REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente aprender et decorar las letras dellas, mas es saber el su verdadero entendimiento". (Siete Partidas: Partida 1ª, Título 1, Ley XLI).

LICENCIA NUMERO 461 DE 7 DE MARZO DE 1996
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

VOLUMEN I

TOMO CCXXX NUMERO 2469

PRIMER SEMESTRE

SANTAFE DE BOGOTA, D. C. — COLOMBIA 1994



IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

EDITORIAL PENICENTRAL DE COLOMBIA — INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC"

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

PRIMER SEMESTRE DE 1994

ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO Y JUNIO

SALA PLENA

Doctor Ricardo Calvete Rangel, Presidente
Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Vicepresidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuan, Secretaria General

SALA LABORAL

Doctor Ernesto Jiménez Díaz, Presidente
Doctora Luz Emilia Jiménez de Molina, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

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

SALA CIVIL

Doctor Pedro Lafont Pianetta, Presidente
Doctor Luis Antonio Montañez Soto, Secretario.

MAGISTRADOS Doctores:

Eduardo García Sarmiento
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Rafael Romero Sierra

SALA PENAL

Doctor Edgar Saavedra Rojas, Presidente
Doctor Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

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

RELATORES:

Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz, Sala Laboral
Doctora Liliana Polanía Alvarez, Sala Civil
Doctora Ayda Lucy López de Giraldo, Sala Penal
Doctora Piedad Arcila Espinosa, Tutelas

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

Dra. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ SALA LABORAL:
Dra. LILIANA POLANIA ALVAREZ SALA CIVIL:
Dra. AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO SALA PENAL:
Dra. PIEDAD ARCILA ESPINOSA TUTELAS:

Tomo CCXXX - Santafé de Bogotá, D. C. - Colombia - Año 1994 - Número 2469

SALA DE CASACION PENAL

COMPETENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / LIBERTAD PROVISIONAL / DETENCION DOMICILIARIA

Esta Sala ha sostenido reiteradamente 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 art. 55 de la Ley 81 de 1993). / El artículo 53 de la Ley 81 de 1993, 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 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, ya que ello implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., catorce de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 001.

Vistos:

El procesado *Ancízar Rodríguez Rodríguez*, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Fusagasugá (Cundinamarca), solicita la libertad provisional, por considerar que el tiempo efectivo en detención y la rebaja a que tiene derecho por trabajo y estudio, satisfacen las dos terceras partes de la sanción impuesta en este asunto. Subsidiariamente demanda la aplicación del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal (detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio), aunque se refiere al beneficio de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la detención domiciliaria, previsto en el artículo 53 de la Ley 81 de 1993.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Sesenta y uno Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 2 de febrero de 1993, condenó a Rodríguez Rodríguez a la pena privativa de la libertad de cinco (5) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio en la modalidad de tentativa, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad, en fallo del 19 de marzo siguiente, el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

El peticionario se halla detenido desde el 27 de diciembre de 1991, es decir, ha descontado efectivamente de la pena impuesta veinticuatro (24) meses y diecisiete (17) días. Por trabajo acredita 1.644 horas que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 82 del estatuto carcelario, le representan una redención de pena equivalente a tres (3) meses, y doce (12) días y por estudio 1.528 horas para un descuento adicional de cuatro (4) meses y siete (7) días, es decir, acumula treinta y dos (32) meses y seis (6) días, inferiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta en los fallos de instancia que equivalen a cuarenta (40) meses de prisión, razón suficiente para declarar la improcedencia del beneficio previsto en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de la petición subsidiaria, consistente en la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria, esta Sala ha sostenido reiteradamente 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 art. 55 de la Ley 81 de 1993).

En efecto: la pretensión del procesado Ancízar Rodríguez Rodríguez apoyada equivocadamente en el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, según las prescripciones del artículo 53 de la Ley 81 de 1993, implica que se le considere como un beneficio, consistente en el cambio de sitio de reclusión.

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 Sala viene pronunciándose, como ocurre en este caso con la petición principal, esto es, 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 art. 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 (c/r. auto del 2 de diciembre de 1993).

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 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 sin autorización legal expresa.

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

Resuelve:

1º NEGAR al procesado Ancízar Rodríguez Rodríguez el beneficio de libertad provisional, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

2º ABSTENERSE de considerar la petición del mismo procesado, consistente en que se le sustituya la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria.

3º Para la notificación personal del detenido, líbrese despacho con los insertos del caso al Juez Primero Penal del Circuito de Fusagasugá, quien lo devolverá debidamente diligenciado una vez vencido el término para interponer y sustentar el recurso de reposición.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DETENCION DOMICILIARIA (ACLARACION DE VOTO) / COMPETENCIA / DETENCION PREVENTIVA

La detención domiciliaria y la detención preventiva son dos medidas de aseguramiento diferentes, y aunque la prueba requerida para aplicarlas es igual, cada una tiene sus especiales características que determinan en un caso dado cuál es procedente. De esa autonomía de las dos medidas en comento se derivan las siguientes situaciones: a.) Proferido el auto que resuelve la situación jurídica y ordena la aplicación de la medida de seguridad de detención preventiva, si el procesado o cualquier otro sujeto legitimado para hacerlo pretende que dicha medida se sustituya por la de detención domiciliaria, debe impugnar el proveído mediante los recursos ordinarios, pero si la decisión ya ha cobrado ejecutoria formal, y aún se encuentra la actuación en la etapa del sumario, en cualquier momento puede impetrar su sustitución; b) En la resolución de acusación, siempre que se mantenga o se decida ordenar la detención, el funcionario calificador deberá explicar las razones por las cuales se inclina por la domiciliaria o la preventiva, para que si alguno de los sujetos procesales desea recurrir, tenga conocimiento de los argumentos que debe atacar. / A partir del momento en que el pliego de cargos adquiere firmeza no es procedente la solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento, pues ello implicaría una modificación a la resolución acusatoria ejecutoriada no prevista en la Ley. Igual situación se presenta cuando ya hay sentencia de primera o segunda instancia, así no haya hecho tránsito a cosa juzgada.

ACLARACION DE VOTO

Según 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 significa que la detención domiciliaria y la detención preventiva son dos medidas de aseguramiento diferentes, y aunque la prueba requerida para aplicarlas es igual, cada una tiene sus especiales características que determinan frente a un caso dado cuál es procedente.

De esa autonomía de las dos medidas en comento se derivan las siguientes situaciones:

a) Proferido el auto que resuelve la situación jurídica y ordena la aplicación de la medida de seguridad de detención preventiva, si el procesado o cualquier otro sujeto legitimado para hacerlo pretende que dicha medida se sustituya por la de detención domiciliaria, debe impugnar el proveído mediante los recursos ordinarios. Pero si la decisión ya ha cobrado ejecutoria formal, y aún se encuentra la actuación en la etapa del sumario, en cualquier momento puede impetrar su sustitución.

b) En la resolución de acusación, siempre que se mantenga o se decida ordenar la detención, el funcionario calificador deberá explicar las razones por las cuales se inclina por la domiciliaria o la preventiva, para que si alguno de los sujetos procesales desea recurrir, tenga conocimiento de los argumentos que debe atacar.

A partir del momento en que el pliego de cargos adquiere firmeza no es procedente la solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento, pues ello implicaría una modificación a la resolución acusatoria ejecutariada no prevista en la ley. Igual situación se presenta cuando ya hay sentencia de primera o segunda instancia, así no haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Dado el estadio procesal en que se encuentra la causa adelantada contra el aquí acriminado, es claro que su petición no podría ser atendida, sin embargo en este caso concreto juega un papel importante el principio de favorabilidad, en la medida en que la Ley 81 de 1993 que amplió las posibilidades de aplicación de la detención domiciliaria es posterior al momento en que se resolvió la situación jurídica y a aquellos posteriores en los que era factible ocuparse del tema.

Como la competencia de la Corte en el trámite del recurso de casación está expresamente señalada por la ley, y nada dice respecto a la sustitución de la medida de aseguramiento, le asiste razón a la Sala al abstenerse de hacer pronunciamiento, pero ha debido remitir la actuación al funcionario competente para resolver la petición, como en muchas otras oportunidades se ha hecho, para cuya ilustración valga recordar lo que se hace con las solicitudes de amnistía.

En oportunidad anterior en que fue tratado este tema por la Sala salvé mi voto, pero al abordar los distintos aspectos que he expuesto

he reconsiderado el punto de la competencia, lo que significa que en lo fundamental comparto el criterio mayoritario, por lo tanto, sobre las divergencias basta con hacer la presente aclaración.

Ricardo Calvete Rangel, Magistrado.

Fecha ut supra.

FAVORABILIDAD / PARTE CIVIL

El principio de favorabilidad, que en su primera formulación sólo era aplicable en relación con las normas de derecho material o sustancial, fue paulatinamente ampliando su cobertura, hasta el punto de que hoy también se reconoce, sin dificultad, su franca ampliación respecto de normas que a pesar de hacer parte del Código de Procedimiento Penal, tienen ciertos caracteres prevalentes de derecho penal sustantivo o material. Así lo admite con toda claridad el artículo 10 del estatuto procesal: "En materia penal y procesal de efectos sustanciales, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". / Tratándose de una sentencia absolutoria recurrida por la parte civil, la hipótesis más favorable para el procesado es la "que haga imposible la penalidad", lo cual sólo puede lograrse rechazando el recurso para que la absolución haga tránsito a cosa juzgada. En otras palabras, por virtud del criterio de favorabilidad es necesario aplicar retroactivamente el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, porque si se diera aplicación a la norma que regía cuando se impugnó el fallo, el procesado correría el riesgo de que su absolución se transmutara en condena. / Es pertinente advertir que si por el contrario de lo que sucede, la sentencia fuera condenatoria y el recurso hubiese sido interpuesto por el procesado o su defensor, esta Corporación, también por razones de favorabilidad y con igual criterio, le habría dado aplicación ultractiva al artículo 218 original del C. de P. P., para entrar a resolver el recurso, que era la hipótesis mejor para el procesado, si se tiene en cuenta el principio de no agravación (art. 227 ibídem).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 02.

Mediante la presente providencia la Sala declarará improcedente el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia del 18 de diciembre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá absolvió a *Hilda Melendro de Triana* respecto del delito de falso testimonio.

Antecedentes:

1. El Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de esta capital, por medio de sentencia del 7 de octubre de 1992 (fls. 375 y ss. 1), condenó a la procesada Hilda Melendro de Triana a un año de prisión, por el delito de falso testimonio previsto en el artículo 172 del Código Penal.

2. La defensora de la acusada apeló esa providencia, y el Tribunal, mediante la suya del 18 de diciembre (fls. 8 y ss. 4), la revocó en su integridad, absolviendo a la procesada.

3. El apoderado de la parte civil recurrió en casación tal fallo, presentando la demanda respectiva, la cual en su momento se la declaró ajustada a las prescripciones legales (fl. 3 cuaderno Corte).

El 22 de noviembre último se recibió el concepto de la Procuraduría Primera Delegada, la cual solicita no casar el fallo impugnado (fls. 5 y ss. cdno. Corte).

Consideraciones de la Corte:

Para el día 5 de febrero de 1993, cuando el recurso extraordinario de casación se interpuso (fls. 16 y vto. del cdno. núm. 4), regía el artículo 218 original del Código de Procedimiento Penal, actualmente en vigencia, en cuya virtud este recurso era procedente contra las sentencias de segunda instancia "proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar ...por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años..."

En armonía con esta disposición el recurso fue admitido, pues se trataba de un fallo de segunda instancia, emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por un delito de falso testimonio, que tiene señalada una pena máxima de cinco (5) años de prisión (art. 172).

Pero ahora, cuando el recurso aún no se ha resuelto, un cambio en la legislación lo ha hecho improcedente. En efecto, el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, cuya vigencia apenas se inició el 2 de noviembre del año en curso, aumentó el quantum del presupuesto de carácter punitivo exigido anteriormente, elevándolo a un mínimo de seis (6) años, requisito que como se advierte apenas obvio, no alcanza a satisfacer la sentencia impugnada.

Para poder decidir si se entra o no a resolver el recurso pendiente, es menester primero determinar cuál de las dos normas de

carácter procesal debe aplicarse: si la que regía para cuando se interpuso el recurso (art. 218 del Decreto 2700 de 1991), o la actualmente en vigencia (art. 35 de la Ley 81 de 1993).

Aunque en principio podría pensarse con el profesor Jiménez de Asúa, que "la posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, deba regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada" (Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada S. A., 1964, Tomo II, pág. 671), por tratarse de un asunto penal, se hace indispensable tener en cuenta el criterio de la favorabilidad, que como se sabe, autoriza la aplicación retroactiva de una ley nueva cuando es más permisiva que la derogada, o la aplicación ultraactiva de esta última, en el caso contrario.

De conformidad con el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Nacional, "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Este principio, que en su primera formulación sólo era aplicable en relación con las normas de derecho material o sustancial, fue paulatinamente ampliando su cobertura, hasta el punto de que hoy también se reconoce, sin dificultad, su franca aplicación respecto de normas que a pesar de hacer parte del Código de Procedimiento Penal, tienen ciertos caracteres prevalentes de derecho penal sustantivo o material. Así lo admite con toda claridad el artículo 10 del estatuto procesal: "En materia penal y procesal penal de efectos sustanciales, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

¿Qué se entiende por ley más favorable? Bien puede la Sala responder con el tratadista ya citado, que en consideración a "que los efectos de la justicia penal consisten en aplicar o no aplicar una pena, o imponer ésta en vez de otra, ha de estimarse como ley más benigna la que haga imposible la penalidad del acusado o dé lugar a una pena menos grave" (pág. 628).

En armonía con las anteriores consideraciones, para la Sala es claro que tratándose de una sentencia absolutoria recurrida por la parte civil, la hipótesis más favorable para el procesado es la "que haga imposible la penalidad", lo cual sólo puede lograrse rechazando el recurso para que la absolución haga tránsito a cosa juzgada. En otras palabras, por virtud del criterio de favorabilidad es necesario aplicar retroactivamente el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, porque si se diera aplicación a la norma que regía cuando se impugnó el fallo, el procesado correría el riesgo de que su absolución se transmutara en condena.

Es pertinente advertir que si por el contrario de lo que sucede, la sentencia fuera condenatoria y el recurso hubiese sido interpuesto

por el procesado o su defensor, esta Corporación, también por razones de favorabilidad y con igual criterio, le habría dado aplicación ultraactiva al artículo 218 original del C. de P. P., para entrar a resolver el recurso, que era la hipótesis mejor para el procesado, si se tiene en cuenta el principio de no agravación (art. 227 *ibidem*).

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Declarar improcedente el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de origen y fecha anotados.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA

La causal de impedimento del numeral 6º, del artículo 103 del C. de P. P., solamente es válida cuando el funcionario que debe conocer en segunda instancia es el mismo que profirió la decisión objeto de impugnación o reproche, o participó en el proceso en calidad de agente del Ministerio Público, Fiscal, secuestre, perito, etc. / Las causales de impedimento son taxativas, el juez no puede crearlas por vía de interpretación o por aplicación extensiva o analógica, debe ceñirse a las establecidas en forma expresa por el legislador, teniendo en cuenta que sobre las de carácter general prevalecen las especiales, como la del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal que deliberadamente prevé como impedimento haber suscrito la decisión objeto de revisión.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 002. Enero 19 de 1994.

Vistos:

De plano decide la Corte el impedimento manifestado por una Sala del Tribunal Superior de Bogotá y desestimado por la que le sigue en turno, conforme lo establece el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes:

Henry Alfonso Cuéllar Hernández y *Claudia Sarmiento Bernal* fingiendo autorización del verdadero dueño ofrecieron en venta unos terrenos localizados en el sitio denominado "Puente Largo" de la jurisdicción de Engativá a Faustino Quesada y los hermanos Pachón Ballesteros, falsificando la firma del propietario en el contrato de promesa de venta.

La investigación adelantada correspondió en la etapa del juicio al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá que mediante sentencia del 27 de noviembre de 1990 los condenó a las penas principales de catorce meses de prisión y un mil pesos de multa, accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual y al resarcimiento de perjuicios, como responsables del delito de estafa.

Impugnado el fallo correspondió conocer en segunda instancia a la Sala del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados Fernando Maldonado Cala, Alvaro Moreno Perilla y Luis Eduardo Manrique Bernal, que en providencia del 21 de junio de 1991 *declaró la nulidad parcial de lo actuado* así:

A partir del cierre de la investigación para que por separado se investiguen los hechos de que fueron sujetos pasivos los hermanos Pachón Bullesteros, por ausencia de conexidad.

A partir de la audiencia pública en lo relacionado con el ofendido Faustino Quesada Pedraza, para que el Juzgado *"proceda a adicionar el auto calificatorio, con la falsedad documental, en los términos del artículo 32 del Decreto 1861 de 1989"*.

En cumplimiento de lo ordenado por el Superior, el *a quo* en decisión del 13 de agosto de 1991 adicionó el auto calificatorio del Juzgado 28 de Instrucción Criminal atribuyendo a los procesados la conducta de la falsedad en documento privado en calidad de determinadores.

Luego, el mismo Juzgado 35 Penal del Circuito, profirió sentencia el 31 de marzo de 1992 condenándolos a sendas penas de veinticinco meses de prisión y multa de cincuenta mil pesos, como principales, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, como accesoria, y al pago solidario de daños y perjuicios (diez gramos oro por los morales y cuatrocientos cincuenta mil pesos por los materiales), como *coautores responsables de los delitos de estafa y falsedad en documento privado*, en concurso.

Ahora el abogado de Diana Claudia Sarmiento Bernal, actuando con poder especial, intenta la acción de revisión mediante demanda presentada en la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, remitida a la Corte y devuelta mediante auto de Presidencia considerando que como la sentencia del Circuito no había sido recurrida la acción propuesta debía resolverla el Tribunal que, además, era la autoridad a quien estaba dirigido el libelo.

El asunto correspondió a la Sala que había decretado la nulidad y por esa razón se declaró impedida, con fundamento en el artículo 103-6 del Código de Procedimiento Penal, manifestando en auto del 10 de noviembre del año en curso:

"Ciertamente no se trata de haber dictado la sentencia cuya revisión se trata (*sic*), pero sí una providencia de magnitud tal que se convirtió en el fundamento del fallo. Tanto es cierto, que por eso el legislador en el artículo 236 del C. de P. P. reitera la situación de impedimentos generales y establece una causal especial para la acción de revisión; con lo cual busca preservar la independencia absoluta de los funcionarios que han de tramitar y resolver la acción de revisión... no cabe posibilidad distinta a la de considerarnos impedidos para conocer... la acción de revisión que justamente ataca la determinación dictada por esta Sala en cuanto considera él es hoy violatoria de la Constitución...".

Por su parte la Sala que le sigue en turno ordena la remisión de la actuación a la Corte para que como Superior dirima el asunto, después de no aceptar el impedimento porque quienes lo han manifestado no suscriben la decisión objeto de revisión y, según jurisprudencia que cita, la Corte ha reiterado que la causal invocada solamente procede si el funcionario que revisa fue el mismo que como *a quo* dictó la decisión objeto del recurso sin que pueda referirse a actuaciones precedentes como juez de segunda instancia, y agrega:

"...de ninguna manera puede aceptarse que el auto declaratorio de la nulidad proferido por la Sala... que ahora se declara impedida pueda asimilarse a la sentencia, así se hayan compartido por el Juzgado argumentos expresados por el *ad quem*. La declaratoria de nulidad en comento no implicaba inexorablemente el proferimiento de sentencia condenatoria sino únicamente la variación de la calificación al tenor de las normas por entonces vigentes; con mayor razón no cabe el impedimento si... ningún pronunciamiento hizo sobre la sentencia que en última dictara el Juzgado".

Consideraciones de la Sala:

De la época de la sentencia se infiere que el proceso hasta su culminación (entiéndase fallo de segunda instancia, de haber existido) debió regirse por el anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) y las normas que lo hubiesen modificado, pues para entonces el actual estatuto no estaba vigente, situación extensiva al trámite de impugnación posterior al 1º de julio de 1992 (art. 13 transitorio del Decreto 2700 de 1991). Sin embargo recursos o acciones posteriores, como en este momento la de revisión, están sometidos al actual Estatuto porque la excepción señalada no va más allá de la segunda instancia.

Frente a la causal aducida, con referencia exclusiva al procedimiento actual, el criterio de esta Colegiatura se mantiene invariable en el sentido que solamente es válida cuando el funcionario que debe

conocer en segunda instancia es el mismo que profirió la decisión objeto de impugnación o reproche, o participó en el proceso en calidad de agente del Ministerio Público, fiscal, secuestre, perito, etc., siendo pertinentes y oportunas las referencias jurisprudenciales hechas por la Sala siguiente.

Como la acción está dirigida contra la sentencia que puso fin al proceso, que no es otra que la del Juzgado 35 Penal del Circuito, resulta infundada la razón expuesta por la primera Sala porque en la decisión que profirió en anterior oportunidad, no se adentró en el análisis de fondo de la providencia recurrida, se limitó a detectar, en desarrollo de la actividad inicial de verificación de los aspectos formales, las fallas procedimentales que ameritaban retrotraer la actuación para corregirlas, sin comprometer su criterio sobre lo esencial o medular de aquel fallo que, además, afectado por el correctivo desapareció como tal.

Además, las causales de impedimento son taxativas, el juez no puede crearlas por vía de interpretación o por aplicación extensiva o analógica, debe ceñirse a las establecidas en forma expresa por el legislador, teniendo en cuenta que sobre las de carácter general prevalecen las especiales, como la del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal que deliberadamente prevé como impedimento *haber suscrito la decisión* objeto de revisión, situación que no concurre en el caso de la Sala que pretende marginarse del conocimiento que legalmente le correspondió.

Bastan las anteriores consideraciones para estimar infundada la causal, otorgando la razón a quienes no aceptaron el impedimento.

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

Resuelve:

Declarar *infundado el impedimento* expresado por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá a la que inicialmente correspondió el conocimiento de la acción de revisión.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NON BIS IN IDEM / DEBIDO PROCESO / INTERROGATORIO DE PARTE / FALSO TESTIMONIO

La violación al principio del non bis in ídem, atentaría contra el principio de la cosa juzgada, previsto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal anterior, que es el que se aplica aquí, con base en el artículo transitorio 13 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Constituiría, así, una violación al debido proceso y no propiamente al derecho de defensa. / La prohibición de declarar contra sí mismo sólo puede favorecer a los acusados por la comisión de hechos punibles y no a las personas en sus relaciones entre sí, cuando entre ellas surjan conflictos de interés, puesto que en tales situaciones los particulares se encuentran en condiciones de igualdad frente al Estado para que éste dirima sus diferencias. / Es importante insistir también en que la aplicación extensiva de esta garantía a asuntos distintos de los penales, correccionales o de policía, atentaría contra los deberes y obligaciones que la misma Constitución impone a todas las personas en cuanto al ejercicio responsable y no abusivo de sus derechos, que aparecen previstos en los ordinales 1º y 7º del artículo 95, así, respectivamente: "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 114, diciembre 7 de 1993.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 30 de abril de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a *Luis Antonio Rueda Hernández* a 12 meses de prisión, por el delito de falso testimonio.

Antecedentes:

1. A comienzos de 1986, Luis Antonio Rueda Hernández (conocido como el indio amazónico) contrató a Hernando Santos para que le fabricara 5.000 dijes de bronce con las leyendas "indio amazónico amuleto indígena" e "imán de la fortuna", trabajo que se convino en un millón de pesos. Santos cumplió, mas Rueda Hernández le dijo que carecía de dinero, que le pagaría $ 20.000.00 semanales, lo cual Santos no aceptó.

Santos le dio entonces poder a un abogado, que por escrito formuló el respectivo interrogatorio de parte, diligencia que se llevó a cabo el 3 de julio del citado año, en el Juzgado Octavo Civil Municipal de Santafé de Bogotá, y en el curso de la misma Rueda Hernández negó haber efectuado dicho contrato.

2. Santos denunció penalmente a Rueda Hernández por el delito de estafa, y el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, luego de abrir investigación y de practicar algunas pruebas, resolvió cesar procedimiento por estimar que se trataba de una "obligación civil" (fls. 29 y ss.-1), a la vez que ordenó la correspondiente expedición de copias para averiguar el posible falso testimonio cometido por Rueda Hernández en el Juzgado Octavo Civil Municipal, auto este que fue confirmado enteramente por el Tribunal (fls. 3 y ss.).

3. Esas copias correspondieron al Juzgado 19 de Instrucción Criminal, que abrió investigación (fl. 36), practicó varias pruebas, entre ellas la injurada de Rueda Hernández, cerró la investigación y la calificó mediante auto del 15 de julio de 1989 (fls. 193 y ss.) con resolución acusatoria por el delito de falso testimonio (art. 172 del C. P.), imponiendo medida de aseguramiento de caución. Apelada esta providencia por el defensor del procesado, el Tribunal la confirmó íntegralmente (fls. 21 y ss.-2).

4. Celebrada la audiencia pública, el Juzgado 31 Penal del Circuito dictó fallo de primera instancia (septiembre 25 de 1991, fls. 270 y ss.), por medio del cual condenó a Rueda Hernández a la pena principal de 12 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. No condenó a perjuicios y concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 68 del C. P.).

Apelado ese fallo por el defensor del acusado, el Tribunal, mediante el suyo que aquél recurrió en casación, lo confirmó íntegralmente (fls. 10 y ss.-3).

La demanda:

1. Un primer cargo hace el actor con base en el artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal, alegando que existe nulidad, dado

que se quebrantó el principio del *non bis in idem*, toda vez que por un mismo hecho se cesó procedimiento y luego se ordenó la expedición de copias, con base en las cuales se formó el proceso que terminó con condena para Rueda Hernández.

Así, dice que se violó el derecho de defensa y el debido proceso, "en atención a que después de considerar la inexistencia del delito de estafa por tratarse de un asunto meramente civil cual era el contrato verbal de compraventa, dedujo de un mismo hecho que hizo tránsito a cosa juzgada la existencia de otro hecho delictual, o sea, el delito de falso testimonio" (fl. 11, cuaderno de la Corte).

2. El segundo cargo atañe a la violación indirecta de la ley, considerando el casacionista que su representado fue objeto del fallo condenatorio "no obstante existir en el expediente prueba contundente que tiende a demostrar en forma inobjetable que mi defendido no faltó a la verdad ni la calló total o parcialmente en el interrogatorio de parte" (fl. 12). Agrega el demandante que si se lee la diligencia civil correspondiente, "llegaremos a la conclusión de que por el contrario Rueda Hernández aceptó en forma clara e inobjetable la celebración de varias negociaciones, incluyendo entre ellas la adquisición de los amuletos de que da cuenta el plenario. De ello se infiere que admitió la posibilidad de la celebración del contrato verbal, pero sólo en la cantidad de amuletos o dijes aceptada por él, y no como consecuencia de un encargo formal de determinada cantidad sino como una compra ocasional que según pruebas arrimadas al proceso y que no fueron tenidas en cuenta, era su manera de negociar, lo cual ciertamente poco importa para que se establezca la existencia de un contrato verbal de compraventa" (fl. 13).

Dice que ninguna de las 20 preguntas del interrogatorio absuelto por el acusado "menciona la expresión contrato verbal", de lo cual puede concluirse que con dicha diligencia no se pretendía "establecer la existencia de contrato alguno" (fl. 14).

Agrega que se ha venido sosteniendo "por tratadistas y tribunales que no hay falsedad cuando la declaración de que se trata no presta mérito, y que tal ocurre por ejemplo, cuando se toma la declaración prescindiendo de las formalidades externas, señaladas en la ley, formalidades tales como las consagradas en los artículos 153 y 154 del C. de P. P., vigente para la época en que se absolvió el interrogatorio a instancia de parte y cuya omisión hace ineficaz al juramento, y como consecuencia, a la declaración de la cual el juramento es parte fundamental, porque el juramento es la garantía de la verdad en lo que se declara".

Señala que la conducta "no es típica, ni antijurídica, ni culpable" (fl. 15), y que el Tribunal incurrió "en violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 172 del Código Penal,

en armonía con los artículos 1º, 3º, 4º y 5º *ibidem*, incurriendo por tanto, además, en ostensible error de hecho que ha ocasionado perjuicios a mi defendido, perjuicios inmensos e irreversibles" (fl. 15), indicando que el fallador cometió atentado contra la lógica, al desfigurar el sentido objetivo del acta que recoge la declaración en el Juzgado Civil.

Dice el actor que, contrario a lo que sostiene el sentenciador, su defendido "aceptó la existencia de cuatro convenios verbales sólo que en condiciones y cuantías distintas a las pretendidas por el promotor del interrogatorio de la referencia" y reitera la atipicidad del comportamiento.

Finalmente, cita el artículo 33 de la Constitución Nacional actual, y sostiene que de conformidad con esa norma, el acusado no estaba en la obligación de declarar contra sí mismo "en hecho que pudiera eventualmente perjudicarlo", aunque de todos modos —dice— el procesado no faltó a la verdad.

En esos términos, pues, pide que se case la sentencia.

La Delegada:

Cargo primero:

Sobre este cargo, de nulidad por violación al principio de *non bis in idem*, dice el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que en la argumentación del actor no existe "comprobación alguna de que el comportamiento del procesado cuando faltó a la verdad en el interrogatorio de parte al que fuera sometido como prueba anticipada, haya sido objeto de análisis por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá con ocasión del trámite que inició con fundamento en la denuncia formulada por el señor Hernando Santos, ni hay esfuerzo alguno por demostrar que tal acción configuró, para los objetos de la cesación de procedimiento, una situación fáctica que haya quedado englobada por la terminación anormal de aquella actuación, ni menos aún, se puede desprender de lo transcrito que este nuevo juzgamiento haya tomado la misma conducta antes denunciada para construir sobre ella una nueva imputación de carácter penal" (fl. 28).

Anota que, por el contrario, en la providencia que cesó procedimiento por la estafa, "se deslindaron perfectamente los ámbitos de cada uno de los hechos punibles materia del debate" (fl. 29), y agrega (fl. 30): "Diversas las acciones, son distintos también los bienes jurídicos en juego y por tanto, diferentes también fácticamente las circunstancias determinantes del reproche jurídico, razón por la cual debe concluirse que no se quebrantó en modo alguno el principio *non bis in idem* que es fundamento de la censura".

Dice que, en consecuencia, ese cargo no debe prosperar.

Cargo segundo:

Dice la Delegada que por parte alguna menciona el casacionista "el tipo de error" que le atribuye al sentenciador, si bien insinúa primeramente que se trata de error de hecho por desfiguración del contenido objetivo de la diligencia cumplida en el Juzgado Civil. No obstante ello, anota, "es lo cierto que el desarrollo apunta a tratar de recuperar la credibilidad para el procesado en las respuestas que suministró en el interrogatorio de parte al que fuera sometido en la justicia civil, como reclamado un específico poder de convicción a la mencionada prueba, por encima del que consideró el sentenciador y con prescindencia de los demás elementos que fueron tomados en consideración en su oportunidad" (fl. 31).

Agrega que lo que ocurre es que el casacionista enfrenta su propio criterio al del fallador, acerca del "contenido del interrogatorio" (fl. 31); hace unas citas de los fallos de instancia y acota que cuando el casacionista cuestiona el significado de las expresiones "callar total o parcialmente" la verdad, está alegando violación directa de la ley, en la que no se puede atacar la prueba, como repetidamente hace el libelista. Añade más adelante (fl. 33):

> "Para ahondar en inconsistencias técnicas, dentro del mismo ataque y sin confeccionar siquiera un capítulo separado, el libelista se ocupó de otro aspecto totalmente desligado de los anteriores: La falta de formalidades legales en la mentada declaración ante la justicia civil, olvidando que tal vicio ha debido plantearlo bajo la proposición de un error de derecho por falso juicio de legalidad sobre la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia recurrida, ya que lo que reclamaba es que ella no se ajustó a las formalidades que la ley establece para entenderla como una prueba de tipo testimonial. Empero, ni siquiera confrontó el acta con las normas que gobiernan su elaboración, de donde dejó a mitad de camino su alegación".

Desde otro punto de vista dice la Delegada: "Finalmente, otra vez se desvía el censor de lo pretendido, porque denuncia una infracción a un precepto constitucional —no vigente para la época de los hechos— reclamando la inexistencia del delito por haberse obligado al exponente a declarar contra sí mismo, sin desarrollar en modo alguno el porqué debe aplicarse retroactivamente el mandato constitucional a una situación ya consolidada y que, por tanto, resulta imposible de retrotraer" (fl. 34). A renglón seguido añade:

> "Dejó de lado, también, el examen específico de la situación que le habría podido revelar que si bien es cierto que hoy por hoy la garantía constitucional no hace distinción en

cuanto al tipo de actuación en la cual se rinde el testimonio, ello no implica, como parece entenderlo el libelista, que el interrogado pueda faltar a la verdad y ampararse en el mandato superior. La verdad es que, aún en tales eventos, si el declarante no se acoge a su propia reserva y decide falsear la verdad, será posible —cuando menos objetivamente— de una acción penal por un posible falso testimonio".

Es del sentir, pues, que la demanda no prospera.

Se considera:

Cargo primero:

Afirma el casacionista que se violó el principio de *non bis in ídem*, dado que se juzgó dos veces al procesado Rueda Hernández por un mismo hecho.

Esa violación atentaría contra el principio de la cosa juzgada, previsto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal anterior, que es el que se aplica aquí, con base en el artículo transitorio 13 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Constituiría, así, una violación al debido proceso y no propiamente —como le agrega el casacionista— al derecho de defensa.

Pues bien: Es clarísimo que en el presente caso no se dio dicha violación, sencillamente porque al procesado Rueda Hernández se le cesó procedimiento sólo *respecto del delito de estafa*, ya que en esa providencia se dijo que el no haberle pagado a Hernando Santos los dijes o amuletos, no configuraba ese delito contra el patrimonio económico (C. P., art. 356), reduciéndose el incumplimiento a una cuestión meramente civil. El *nuevo* proceso que se le adelantó, y por el cual se dictó la sentencia impugnada, corresponde claramente a *otro* hecho, como es el de haber *mentido* en el Juzgado Civil, hecho este con el cual justamente el procesado pretendió evitar el pago de la mencionada obligación.

No es posible, pues, confundir esos dos hechos, nítidamente separables y autónomos, y llegar a proponer, como lo hace el censor, la *unidad* factual, como si no haber pagado el millón de pesos objeto del contrato, fuera lo mismo que comparecer a un Juzgado Civil y, bajo juramento, mentir.

No prospera entonces el cargo.

Cargo segundo:

En primer término, la demanda merece varias censuras por faltar a la técnica de este recurso extraordinario:

Si bien el actor alega violación *indirecta* de la ley y da a entender —pues no es claro al respecto— que el fallador incurrió en error de hecho al tergiversar la declaración civil (invita a que se lea el acta respectiva y reitera que el procesado no mintió), a renglón seguido y sin separación de ninguna especie, invoca un falso juicio de legalidad (error de derecho) al cuestionar el juramento que se le tomó al procesado.

Pero luego habla de violación al artículo 172 del Código Penal y de la violación *directa* de la ley, —para dentro del mismo cargo— aducir después la violación a un mandato constitucional y sostener que de acuerdo con el mismo, su defendido no estaba obligado a prestar juramento.

No obstante esos yerros, la Sala se permite hacer las siguientes observaciones:

1. La mencionada acta que recoge la declaración del procesado en el Juzgado Octavo Civil Municipal de Santafé de Bogotá, figura a folios 17 y siguientes del cuaderno número 1.

Allí se lee que el procesado Rueda Hernández compareció, se identificó y luego juró decir la verdad. Dice la parte pertinente: "...a quien el suscrito juez lo juramentó y bajo cuya gravedad prometió decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en el interrogatorio" (fl. 17).

Es decir que así no se haya seguido literalmente la fórmula que para el juramento trae el artículo 153 del citado código y no aparezca la "amonestación" prevista en el artículo subsiguiente (importancia moral y legal del acto, y la lectura del articulado que sanciona penalmente faltar a la verdad), lo cierto e indubitable es que Rueda Hernández juró decir la verdad.

Ahora bien: En cuanto a lo que dijo en el curso de esa diligencia, igualmente aparece claro que a todo lo largo de la misma negó el contrato de los 5.000 amuletos. Al respecto aparece respondiendo que "yo no he mandado hacer trabajos", "eso no es cierto", "no tengo conocimiento que él me haya fabricado esos amuletos y no los mandé hacer". De esta forma contrarió el declarante una verdad, ratificada por los declarantes Pedro Julio Medina, Miguel Antonio Salcedo Barrera y Rigoberto Peñuela (fls. 19 y ss., 44, 47 y 60).

2. Según el recurrente, la garantía consagrada en el artículo 33 de la Constitución Nacional, por no expresarse en su texto, como sí se hacía en el artículo 25 de la Carta Política de 1886, que es de aplicación exclusiva en asuntos penales, correccionales o de policía, debe entenderse hoy aplicable a todas estas materias, concretamente a la civil, pues fue en una actuación de esta índole donde surgió este proceso. Si el acusado, de conformidad con el ya citado canon cons-

titucional no podía ser obligado a declarar contra sí mismo, obvio resulta que el delito de falso testimonio que se le imputó jamás podía configurarse.

El problema que plantea el casacionista y que, obviamente, resuelve en favor de los intereses que representa, no es la primera vez que lo enfrenta la Sala, que en dos oportunidades ha manifestado su criterio sobre el mismo.

En realidad, el principal y más serio argumento que se da para poder sustentar la tesis del recurrente, es el de que en su nueva formulación, la garantía de no declarar contra sí mismo ni contra los parientes que en la norma se citan, no hace alusión expresa a que ella es de aplicación exclusiva en "asunto penal, correccional o de policía"; es más, podría agregarse con apoyo en la Gaceta Constitucional (publicaciones de abril 16 de 1991, págs. 19 y 20; mayo 2 de 1991, pág. 13; mayo 15 de 1991; septiembre 5 de 1991; septiembre 9 de 1991; junio 15 de 1991; junio 27 de 1991; noviembre 12 de 1991, pág. 15; y, diciembre 21 de 1991), que fue voluntad expresa de la Asamblea Constituyente, que tal agregado no se hiciera.

Pero no obstante lo anterior, considera la Sala que este antecedente histórico, cuya verdadera motivación no alcanza a percibirse a cabalidad de lo relatado en las actas, no es suficiente para concluir de él que esta garantía constitucional sea de aplicación en toda clase de asuntos.

Como se dijo por la Sala Plena de esta Corporación en su fallo del 17 de octubre de 1991 (Magistrado ponente doctor Rafael Méndez Arango), "esta única circunstancia no sería suficiente por sí misma para variar el entendimiento del analizado artículo 33 de la Carta de Derechos, pues la comprensión de este ordenamiento superior no puede hacerse tomando aisladamente uno solo de sus textos; ya que el germino sentido de los mandatos constitucionales solamente resulta de una interpretación sistemática de todo su articulado de manera tal que no resulten jamás antinomias que destruyan la lógica y la coherencia interna que como norma de normas forzosamente debe tener la Constitución Política".

Y con base en esa interpretación sistemática de todo el articulado de la Carta, la Sala mantiene firme la conclusión que se plasmó en el memorado fallo de la Sala Plena, en el sentido de que la garantía consagrada por el artículo 33 tiene una aplicación "limitada a los asuntos en que va envuelta la potestad sancionatoria del Estado. Así se desprende de la circunstancia de que la norma se halle enmarcada por otras de innegables connotaciones penales, ya que la disposición en comento está antecedida de un artículo que como el 32 establece los postulados a los cuales debe ceñirse la aprehensión del delincuente sorprendido en flagrante delito y seguida de otros que proscriben la imposición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación,

permiten que pueda declararse la extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (art. 34) y prohíben la extradición de colombianos por nacimiento (art. 35), todo lo cual solamente cabe predicar de personas incursas en conductas punibles".

Otro argumento más que se tuvo en cuenta en este fallo y que ahora reitera la Sala, surge de la consideración de que esta garantía "está íntimamente vinculada con la presunción de inocencia que respecto de las personas juzgadas por delitos establece el artículo 29 de la misma Constitución, mientras no se les haya declarado judicialmente culpables, por reputarse consustancial a esta clase de procesamientos que sea el Estado el obligado a probar la culpabilidad de la persona en la comisión de un hecho calificado previamente como delictuoso. Por este motivo, en rigor lógico y conforme a los principios universales sobre la materia, la prohibición de declarar contra sí mismo sólo puede favorecer a los acusados por la comisión de hechos punibles y no a las personas en sus relaciones entre sí, cuando entre ellas surjan conflictos de interés, puesto que en tales situaciones los particulares se encuentran en condiciones de igualdad frente al Estado para que éste dirima sus diferencias".

Es importante insistir también en que la aplicación extensiva de esta garantía a asuntos distintos de los penales, correccionales o de policía, atentaría contra los *deberes y obligaciones* que la misma Constitución impone a todas las personas en cuanto al ejercicio responsable y no abusivo de sus derechos, que aparecen previstos en los ordinales 1º y 7º del artículo 95, así, respectivamente: "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios", y "colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia".

Con posterioridad al fallo a que se ha hecho referencia, la Corte, en pronunciamiento, también de Sala Plena, fechado el 12 de diciembre de 1991 (ponencia de los Magistrados Pedro Escobar Trujillo y Pablo J. Cáceres Corrales), al cual igualmente concurrieron los integrantes de esta Sala de Casación Penal, reiteró su anterior criterio y dio un argumento más, de marcadísima importancia, para insistir, como ahora también se hace por la Sala, en su tesis de que la garantía consagrada por el artículo 33 de la Constitución sólo es aplicable en asuntos penales, correccionales o de policía.

De acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Nacional, "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los *tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*", entre los cuales se encuentra la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, también denominada "*Pacto de San José de Costa Rica*", firmada el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

Pues bien. Si se repasa el contenido de este Pacto, se advierte que en su artículo 8º consagra las "garantías judiciales", entre las cuales menciona en primer lugar la del debido proceso, que se exige en actuaciones de orden penal, civil, laboral o "de cualquier otro carácter". A continuación y en su ordinal segundo, señala los derechos que tiene *"toda persona inculpada de delito"*. Entre éstos incluye el *"derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable"* (letra g).

Muy similar a la anterior fue la técnica utilizada por el constituyente colombiano: como que en el artículo 29 consagró la garantía del debido proceso, que también se "aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", y luego, en el artículo 33, estableció la garantía en comento, pero sólo para las actuaciones en las cuales va envuelta la facultad sancionatoria del Estado, según la interpretación de la Corte. Armoniza, pues, esta interpretación con el texto del "Pacto de San José de Costa Rica", que también es bueno destacarlo, siguió muy de cerca la formulación del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968), con el cual igualmente es concordante la interpretación dada al canon constitucional.

Como consecuencia de todo lo anotado, la impugnación será desechada y el fallo no se casará.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

INTERROGATORIO DE PARTE / FALSO TESTIMONIO (SALVAMENTO DE VOTO)

Hasta la expedición de la nueva Constitución bien podría legislarse sobre la forma, contenido, alcance de un interrogatorio de parte, bajo juramento, en los campos extra-penales-correccionales-policivos, porque la Constitución permitía esta especie de compulsación, haciendo prevalecer la necesidad de contar con este medio para demostrar determinados hechos o situaciones, para aliviar así, o hacer más efectivo, el servicio de administración de justicia. Era imperioso el apego a decir toda la verdad y nada más que la verdad así devinieran los mayores perjuicios en el patrimonio del individuo o del grupo familiar. Pero a partir de la nueva vigencia del nuevo Estatuto Fundamental, ya es imposible admitir la presencia de instituciones de esta naturaleza y su resonancia tal como está constituida y se le viene interpretando y aplicando.

Cuando el magistrado Duque Ruiz presentó la ponencia en este proceso, el suscrito tenía registrada ponencia en el proceso 7943 (Luis F. Fuentes B.), casaciones en las cuales se cuestionaba el mismo problema (la validez del interrogatorio de parte, cuando se ha faltado al juramento, como constitutivo de un delito de falso testimonio) pero se les daba una total, absoluta y diferente solución. Se decidió, entonces, resolver el asunto en tal forma que la resolución adoptada por la Sala se tendría por definición de las dos casaciones. Se impuso, a la postre, la concepción que expusiera el magistrado Guillermo Duque Ruiz, con la sola salvedad de voto del magistrado que ahora rubrica este disentimiento.

Valga, entonces, como fundamento de esta insular divergencia reproducir lo que anoté en la ponencia también derrotada de la casación del procesado Luis F. Fuentes B., aunque insertando lo que en ese expediente conceptuara el Procurador Primero Delegado en lo Penal, opinión de suma importancia, ya porque fija nítidamente el criterio que inspiró la reforma de la Constitución que nos rige en cuanto a la garantía de no declarar en contra de sí mismo, ya porque también insinúa una solución que, aunque no comparto, no deja de revestir interés e inteligencia.

Así dijo, en el extracto preparado por el suscrito, su colaborador fiscal (el Procurador Tercero Delegado en lo Penal): Las dos primeras censuras reunifican la argumentación sobre un punto central, o sea, la atipicidad de la conducta. Pero un aspecto del mismo lo desarrolla mediante la causal de nulidad y el otro bajo la pauta de la violación directa, propuestas que no se concilian mucho puesto que el primero llevaría a la anulación del proceso y el segundo a la absolución.

Pero pasando el reparo técnico, muy explicable por abundar innecesariamente en razones y porque en ambos, contra lo que opina la delegada se afirma y puede darse la absolución, el Ministerio Público destaca:

a) Cuestiona la favorabilidad o permisibilidad de la Constitución Política, por haberse producido la atestación mentirosa del interrogado bajo juramento (Fuentes Toboada), cuando regía un distinto principio constitucional que permitía en el área civil cumplir una diligencia de esta naturaleza y adjudicarle diferentes efectos, tanto en el ordenamiento indicado como en el penal.

b) Repasándose la *Gaceta Constitucional*, en donde se inserta la historia de los debates, propuestas, conclusiones y articulado definitivamente acordado por la constituyente, se tiene ocasión de advertir el contenido de esa publicación en sus fechas: abril 16 de 1991 páginas 19 y 20; mayo 2 de 1991, página 13; mayo 15 de 1991; septiembre 5 de 1991, septiembre 9 de 1991, junio 15 de 1991; junio 27 de 1991, noviembre 12 de 1991, página 15; y diciembre 21 de 1991. De ello surge con meridiana claridad ("de manera expresa y consciente, no accidental ni por error de ninguna naturaleza") que se quiso insertar en la Constitución Política, una dispensa de propia declaración más amplia que la que regía en la anterior Carta Fundamental, puesto que fue excluida la iniciativa de mantener las limitantes, exclusivamente, al tema penal, correccional y policivo.

Conviene extractar a plenitud ese recorrido histórico y la tesis de la delegada:

"...El proyecto de nueva carta de derechos, deberes, garantías y libertades, en el artículo 6º de las garantías procesales, inciso final, determinó "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad" (*Gaceta Constitucional*, abril 16 de 1991, págs. 19, 20).

"En el acta número 13 de abril 16 de 1991, en el debate sobre los principios rectores de la administración de justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, se estableció que "Todo acusado tiene por lo menos, los siguientes derechos: e) A no ser obligado a declarar con-

tra sí mismo, su pareja permanente, sus padres, sus hijos o demás parientes en el grado que determine la ley".

"La constituyente doctora María Teresa Garcés propone para el literal e) que se diga: 'Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo, su cónyuge, su pareja permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad y cuarto civil' (*Gaceta Constitucional* del día jueves 2 de mayo de 1991, pág. 13).

"En el informe rendido por la Secretaría de la Comisión Cuarta número 1, del 19 de abril de 1991, dentro de los principios de Derecho Penal, numeral 2, literal c), numeral 2 del cuaderno, quedó consignada la prohibición de obligar a declarar en asunto criminal, correccional o de Policía (*Gaceta Constitucional* del día miércoles 15 de mayo de 1991).

"En el acta de la sesión plenaria efectuada el día viernes 31 de mayo de 1991, se presentó el articulado general aprobado por la Comisión Cuarta en fecha mayo 21 de 1991, y allí quedó consignado dentro de los principios de Derecho Penal, numeral 2, derecho de defensa, literal c), inciso 3, con la restricción a la prohibición de obligar a declarar un asunto criminal, correccional o de Policía (*Gaceta Constitucional* jueves 5 de septiembre de 1991).

"En el acta de sesión plenaria, realizada el día 1º de junio de 1991, donde se continuó el primer debate sobre Administración de Justicia y Ministerio Público, se aprobó el artículo 'Principio del respeto a la solidaridad íntima', con el texto completo como fue aprobado por la comisión cuarta '...en asunto penal, disciplinario o de Policía...' (*Gaceta Constitucional*, lunes 9 de septiembre de 1991).

"En el acta de sesión plenaria del día 15 de junio de 1991, al someter a votación el artículo denominado 'Principio del respeto a la solidaridad íntima', el constituyente y presidente doctor Horacio Serpa Uribe, indica que el mencionado artículo se votará en dos partes: Primera Parte 'Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil'.

"Se obtiene la siguiente votación:

"Cuarenta (40) votos afirmativos.

"Ninguno (0) negativo, y

"Ninguna (0) abstención.

"La primera parte es aprobada.

"Inmediatamente se somete a votación la otra parte del texto: '...en asunto penal, disciplinario o de Policía...', con el siguiente resultado:

"Siete (7) votos afirmativos.

"Trece (13) negativos y,

"Cuatro (4) abstenciones.

"La expresión fue negada.

"Se somete a votación el texto completo, con la supresión de la frase que se refiere a la materia penal, disciplinaria o policiva, con este resultado:

"Cuarenta (40) votos afirmativos.

"Ninguno (0) negativo y,

"Ninguna (0) abstención.

"Es aprobado finalmente con el siguiente contenido:

"Artículo XII. Principio del respeto a la solidaridad íntima. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (*Gaceta Constitucional* del 27 de junio de 1991 y noviembre 12 de 1991, pág. 15).

"En el acta de sesión plenaria, del día viernes 28 de junio de 1991, donde se sometió a segundo debate el articulado de la Constitución Política de Colombia, quedó aprobado el artículo así: 'Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil' (*Gaceta Constitucional*, sábado 21 de diciembre de 1991).

"No puede caber duda ninguna en que la asamblea constituyente, al estudiar el texto del actual artículo 33 de la Carta, extendió el sentido de la norma eliminándole la expresión limitante a los 'asuntos penales, disciplinarios o de Policía'. Con lo cual es válido el interrogante de si ello permite ampliar el ámbito de aplicación de la prohibición a materias diversas de las penales, disciplinarias o policivas —como serían las civiles, o laborales, por ejemplo—.

"No obstante que la doctrina nacional, y las decisiones de la jurisprudencia han fijado el alcance del artículo 33 en el sentido que eliminó la asamblea constituyente (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de octubre 17 de 1991) que se ha repetido por los autores de derecho público que el texto consagra solamente una '*inmunidad penal*', esta delegada estima —con respeto— que ciertamente la expresión literal del texto, y la historia del mismo comprueban que el constituyente amplió la cobertura de *la prohibición de obligar a declarar* contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes consanguíneos, afines o civiles. Por ello, cree la delegada que cabe su aplicación en otros campos, fuera del derecho penal,

disciplinario o policivo, pero en el sentido exacto que tiene la norma en comentario: *está prohibido obligar a alguien a declarar contra sí mismo o sus parientes*, en donde lo vedado normativamente por la Carta no es el declarar voluntariamente —lo cual está admitido en el texto— sino el hecho de que el Estado a través de sus agentes u órganos fuerce al individuo a hacer una declaración contra personas que le están vinculadas por la relación parental, o contra sí mismo, o diciéndolo de otra manera lo prohibido es obligar la declaración, pero no el declarar por propia voluntad. Aquí hay un conflicto de intereses sobre el deber de veracidad que se pide en las declaraciones oficiales, para los fines propios del Estado, los deberes de solidaridad interna de los núcleos familiares y de impedir la autoincriminación en homenaje a la llamada 'solidaridad íntima' según expresión de la asamblea constituyente. Pero, si de manera libre y voluntaria la persona elige entre el deber de veracidad y el de respeto a la solidaridad íntima, escogiendo por propia decisión concurrir a declarar ante la autoridad del Estado, surge, por esa expresión de voluntad en que se basa su elección, el compromiso ineludible de ser veraz como en cualquier situación general. Es decir, el Estado limita su poder en cuanto a no forzar la declaración a fin de no colocar al declarante en la situación de vulnerar esos deberes de solidaridad íntima que se respetan de tal forma, para lo cual le dispensa de declarar, pero no lo exime del deber de ser veraz si, no obstante la dispensa constitucional, decide dar prevalencia al deber de declarar sobre la materia específica de que se trate. Porque en esa hipótesis, la voluntad del sujeto que rehúsa la dispensa a declarar, convalida el compromiso ético-social de ser veraz en lo declarado ante las autoridades del Estado. Es una elección en un conflicto de intereses, en donde el amparado por la dispensa, con acto libre, selecciona uno de ellos, lo que no entra en la prohibición de la Carta en su artículo 33. Por ello si bien la disposición de dispensa a declarar se amplió en la Constitución actual a materias distintas a las penales, disciplinarias y policivas, es evidente que no prohibió el declarar por acto voluntario y libre de quien es llamado para esos efectos en actividad procesal de índole civil, o laboral, o administrativa (vaya por vía de ejemplo). Tal aspecto no es nuevo en nuestro ámbito judicial, como que cuando se estableció la posibilidad de recibir la indagatoria del procesado en sede penal bajo juramento, se concluyó en sentido semejante al que ahora se expone por la delegada.

"En el caso concreto, es evidente que no fue obligado a declarar el condenado, en las diligencias de interrogatorio de parte a las cuales voluntariamente quiso acudir, por lo que estuvo a partir de allí obligado legalmente a decir la verdad que se le pedía bajo juramento. Podría pensarse en que la intimidación normativamente establecida respecto de la confesión ficta, para hechos que sean susceptibles de ser confesados (art. 210 del C. P. Civil), es una forma de obligar a declarar contra el mandato constitucional, lo cual no resulta atendible si se mira que la Carta Constitucional apunta es a la obligación

coercitiva de fuerza de la autoridad estatal, o de ejercicio indebido del poder del Estado, para lograr la declaración rompiendo así la solidaridad familiar y personal que se protege en el ámbito del artículo 23. Es un límite al poder del Estado para llevar a las personas a declarar materialmente (conducción por la Policía para ello, como aparece en los procedimientos penales, y sanción de arresto si se niega a declarar), pero ciertamente que no se mira a las cargas procesales y consecuencias de la negativa a declarar que asumiera el individuo en un momento determinado. La carga procesal —declararlo confeso en lo que sea admisible— no es la clase de fuerza prohibida por el mandato de la Carta sino del ejercicio de la potestad de la autoridad pública para conducir y forzar a rendir materialmente la declaración. Esto último es lo vedado, y no la posibilidad de que surjan a posteriori consecuencias desfavorables contra el propio sindicado, que se derivan no de la auto incriminación de parientes en la misma condición, sino de una regla procesal que establece consecuencias para el sujeto que se niega. No se trata de un sofístico argumento de diferencias, sino que se mira a la posibilidad del abuso de poder del funcionario en detrimento de la solidaridad íntima que debe respetar el sujeto, si se acoge a la dispensa que le brinda el sistema jurídico. Pero no al sistema legal preestablecido, respecto del cual todo ciudadano estará obligado en cuanto los mandatos legales tienen esa característica de ser vinculantes en determinadas situaciones concretas. Es decir no es una coerción prohibida, sino legitimada en el sistema jurídico. En criterio de esta delegada, lo que se quiere impedir es el acto de la autoridad pública que rompa la voluntad del sujeto para llevarlo a declarar, como un típico abuso de funciones del agente o empleado del Estado. Pero no, ciertamente liberar de los deberes y obligaciones que la ley impone a todos, pues ello es de la esencia de la norma de derecho en una sociedad organizada.

"Por lo dicho, carece de razón el recurrente en este punto, pues no hubo un abuso de poder del Estado al citarlo a declarar, a lo cual él concurrió voluntariamente, es decir seleccionó la opción de ser veraz en el interrogatorio, momento en el que asume todas las consecuencias legales propias de la diligencia específica que asumió en uso de su libertad de decisión".

"Respecto del último cargo destaca con la certidumbre de la brevedad, su yerro técnico al invocarse "la convicción que ha debido dar el sentenciador a la versión de Prada y a la indagatoria rendida por el procesado, no indicando que esa es la vía que escoge y olvidando que no puede alegar falsos juicios de convicción dentro del sistema de la sana crítica que rige desde 1987. No cita la norma, ni demuestra la infracción a la norma".

La recomendación del Ministerio Público es la de mantener el fallo.

Y lo que pretendíamos que aceptara la Sala, se presentó del siguiente modo:

Fácil quedaría a la Sala resolver adversamente la pretensión del demandante, bastando para ello invocar el contenido del fallo de constitucionalidad del Decreto 624 de 1989, artículo 748, que contempla un fenómeno de confesión ficta o presunta, en el campo tributario, afincada ésta en la falta de respuesta al requerimiento dirigido al contribuyente, o cuando es dable calificar la contestación como contradictoria o evasiva. La importancia de este pronunciamiento es que el análisis de la cuestión se llevó al ámbito de los mandatos de la Nueva Constitución Política, esto es, a las previsiones de su artículo 33.

Conviene extractar sus principales aspectos:

a) Del escrutinio de las actas respectivas publicadas en la *Gaceta Constitucional* (núm. 13, abril 6 de 1991, *G. C.*, núm. 645; *Gaceta Constitucional* núm. 74; *Gaceta Constitucional* núms. 51 y 82; *Gaceta Constitucional* núm. 109; *G. C.* núm. 122; *G. C.* núm. 123), la Corte dedujo, como interpretación sistemática, que el artículo 33, en cuanto a su ámbito de aplicación, se circunscribía a los asuntos en que va envuelta la potestad sancionatoria del Estado. Así se desprende de la circunstancia de que la norma se halle enmarcada por otras de innegables connotaciones penales, ya que la disposición en comento está antecedida de un artículo que como el 32 establece los postulados a los cuales debe ceñirse la aprehensión del delincuente sorprendido en flagrante delito y seguida de otros que proscriben la imposición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, permiten que pueda declararse la extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito "en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social" (art. 34) y prohíben la extradición de colombianos por nacimiento (art. 35), todo lo cual solamente cabe predicar de las personas incursas en conductas punibles.

Indudablemente el citado artículo 33 se refiere a una salvaguarda de la persona humana, en procesos penales, correccionales o de policía, porque de no "Se tendría que con grave detrimento de la igualdad de trato por parte de la ley y las autoridades que también consagra el artículo 13 de la Constitución en vigor, en caso de un litigio que enfrentara a dos personas, una de las cuales no fuese un ser humano, resultaría roto el principio de igualdad al serle posible a una de ellas el valerse de la declaración de su contraparte contra sí misma mientras que a la otra tal proceder le estaría vedado".

c) La prohibición está íntimamente vinculada a la presunción de inocencia, de donde, conforme a principios universales, aquella "sólo puede favorecer a los acusados por la comisión de hechos punibles y no a las personas en sus relaciones entre sí, cuando entre ellas surjan conflictos de interés, puesto que en tales situaciones los particulares se encuentran en condiciones de igualdad frente al Estado para que éste dirima sus diferencias".

d) La prerrogativa procura mantener intactos los vínculos de lealtad, solidaridad e intimidad propios al núcleo familiar, impidiéndose así la obligación de colaborar con la administración de justicia, pues aquella finalidad aparece en la Carta como digna de fundamental preservación (arts. 15, 42).

e) "...la aplicación de dicha prohibición es excepcional, pues su indiscriminada aplicación extensiva pugnaría con los deberes y obligaciones generales antes mencionados (art. 95-1 y 7), que conforme lo dice el artículo 95 tienen los miembros de la comunidad nacional".

f) La sentencia se cierra con este enunciado:

"Analizado el precepto acusado a la luz de los anteriores criterios se impone como única conclusión racional que no existe motivo alguno de inexequibilidad, ya que al contribuyente únicamente se le deducen consecuencias de su conducta omisiva o evasiva al ser requerido por la Administración de Impuestos Nacionales para verificar su capacidad contributiva; de tal manera que la buena fe que debe presidir sus relaciones con las autoridades, según lo ordena el artículo 83 del Código Constitucional, se vería quebrantada si el contribuyente no colabora con las autoridades en la tasación del tributo que debe pagar y, por consiguiente, ha de entenderse que sabedor de ellas se somete voluntariamente a las consecuencias que deduce la ley, si además y como lo prevé el demandado artículo 748 del Decreto 624 de 1989, no concurre a desvirtuar, pudiendo hacerlo, la presunción legal que se configura en su contra.

"Agrégase a lo anterior que la confesión proscrita por el ameritado artículo 33 es la obtenida por coacción física o moral o con el empleo de medios aviesos orientados a lograr el quebrantamiento de la voluntad de la persona con olvido de su dignidad como ser humano y que la fuerzan a declarar contra sí misma, su cónyuge o compañero permanente o sus parientes; pero nada de ello es predicable del precepto bajo examen, pues en manera alguna se afecta la dignidad del contribuyente o se quebranta su voluntad para obligarlo a confesar hechos que lo perjudican".

2. Para reclamar autorización para disentir de este pronunciamiento, al cual concurrieron los integrantes de esta Sala de Casación Penal, débese recordar que el respeto y acatamiento debidos a esa clase de fallos, se contrae a la declaratoria de constitucionalidad de la norma acusada, no así en cuanto a la totalidad de sus motivaciones que pueden desatenderse en buena parte, máxime si su incidencia en otros campos resulta exorbitada e improcedente.

3. No resulta categóricamente suasorio enseñar que la dispensa consagrada en el artículo 33 de la Carta Política, solamente tenía una finalidad *directa* en cuanto hace relación a un interrogatorio penal, correccional o policivo, esfera dentro de la cual puede hablarse de

principios de solidaridad íntima proyectados sobre la unidad familiar, tan valioso y prioritarios que llegan a sacrificar el deber moral y la obligación jurídica de respetar la verdad y colaborar con la administración de justicia, la que, en casos tales debe contar con otros medios de realización y apoyo.

Lo que se advierte en la discusión de la fórmula constitucional comentada, es un propósito de ampliar su alcance para llevarlo a espacios jurídicos distintos, como serían, por ejemplo, las cuestiones civiles, comerciales, laborales, tributarias, etc., En este último novedoso terreno no aparece como tesis sólida, si se atiende a necesarios componentes de lógica y armonía conceptual, pretender que el compromiso judicial que pueda afectar notoriamente el patrimonio no tenga ese contenido de preservación buscado por la Carta y referido a la solidaridad íntima y familiar. Tanto se quebrantan aquellos estadios (lo penal, correccional y policivo) como en los segundos y se llama, v. gr., al jefe de familia, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad o primero civil, para que enfrenten, en cualesquiera de las órbitas judiciales señaladas, una declaración bajo juramento que puede definir el mantenimiento de su patrimonio o su pérdida o grave menoscabo. Los bienes materiales, que constituyen la base de proyección de la familia (en las lindes parentales o de relación institucional indicadas) en todos sus órdenes, se exponen y afectan seriamente por razón de una competencia que, bajo la gravedad del juramento y por respeto a éste o el temor a sus consecuencias en el campo cívico, moral, religioso o *punitivo*, establezca sobre las manifestaciones así obtenidas una retribución laboral, una obligación civil o un gravamen comercial. Y no se diga que ésto apenas constituye una carga o deber procesales porque el proceso puede establecerlas pero sólo a contentamiento de la Carta Política, en primera e imprescindible consideración, es decir hasta donde ella lo autorice, y, en segunda referencia, mientras la legalidad permita fijarla y desarrollarla. Pero esto último no es, y la observación resulta de molesta obviedad, el patrón jurídico primordial y prevalente; esta característica está reservada a la Carta, que de contradecirse por distingos propios de la ciencia procesal, perderán éstos toda importancia y validez. Está bien que la doctrina inserte sus sabios enunciados en los diversos códigos, pero a condición de respetar y acodarse con lo que al respecto haya establecido y mandado la Constitución Política. Si a ésta se la contraría, ninguna teoría, así tenga el respaldo más eximio, podrá merecer atención. Cuando se la desconoce o vulnera, ya no hay sistema, tesis, interpretación, etc., que pueda valer contra un dispositivo de tan altísima categoría. Si ésto no fuera así, la dispensa a declarar, así se tratara de compromiso penal, disciplinario o policivo, también podría justificarse y explicarse como carga o deber procesal. Pero las cargas o deberes procesales son tales mientras la Constitución Política permita su establecimiento.

Hasta la expedición de la nueva Constitución bien podía legislarse sobre la forma, contenido, alcances de un interrogatorio de parte,

bajo juramento, en los campos extra penales, correccionales, policivos, porque la Constitución permitía esta especie de compulsión, haciendo prevalecer la necesidad de contar con este medio para demostrar determinados hechos o situaciones, para aliviar así, o hacer más efectivo, el servicio de administración de justicia. Era imperioso el apego a decir toda la verdad y nada más que la verdad así devinieran los mayores perjuicios en el patrimonio del individuo o del núcleo familiar. Pero a partir de la nueva vigencia del nuevo Estatuto Fundamental, ya es imposible admitir la presencia de instituciones de esta naturaleza y su resonancia tal como está constituida y se le viene interpretando y aplicando.

No resulta forzada sino reflexión de fácil entendimiento aceptar el riesgo y daño de la solidaridad íntima, del privilegiado grupo familiar y a lo que uno y otro recibe como acopio de necesarios y vitales recursos económicos, cuando se propicia o tolera su quebranto mediante la obligación de declarar bajo juramento, porque esta sujeción, en el plano religioso, social y jurídico penal entraña máximo condicionamiento, apremio, amenaza y obligación. Pero este convencimiento, a expensas de estas razones, también surge por la propia vía de los que pretenden la reducción de la prohibición a lo penal, disciplinario o policivo, aunque sea doloroso tener que reconocer lo tardío de este raciocinio, pues tanto se da ahora como antes, aunque la reforma constitucional llegó a reanalizar el tema y a fijarlo en sus exactas lindes.

a) Cuando se produce el interrogatorio de parte, bajo juramento, se mira este momento de la actuación como totalmente desvinculado del aspecto penal, correccional o policivo. Los que así visualizan el fenómeno, de manera tan recortada, sólo alcanzan o quieren percibir que, el interrogado, está refiriéndose a una obligación de carácter civil, que busca establecer la existencia, exigibilidad y modalidades de la misma. Además, dentro del falso o parcial enfoque de la cuestión, también se menciona la libertad en que se está, por aquél, para aceptar o negar el punto sobre los cuales versan las preguntas. Y nada más. Pero sí hay más y mucho más, pues basta considerar las alternativas del interrogado: si cumple con el respeto que impone el juramento, en sus atributos y alcances legales, sociales y religiosos, puede sobrevenir el empobrecimiento personal o familiar al cual, en un momento determinado, es imposible afrontar adecuadamente; pero, si motivado por esta circunstancia (y tantas otras que pueden incidir en su fuero interno, con múltiples valoraciones) responde negativamente, entonces estará sujeto a investigación penal, pudiendo recibir una condena por falso testimonio. Aquí, precisamente la conexión del apremio, que empieza en la esfera civil pero, simultáneamente con su producción, se impregna de resonancias penales graves. De donde, el temor al problema del proceso penal y sus secuelas, es precisamente lo que altera y anula la libertad de su respuesta, y, obviamente, al no poderse separar totalmente las dos áreas comprometidas en el comportamiento,

a la postre se está consiguiendo una declaración que tiene una figuración penal. Aún por este aspecto, por no poderse prescindir por completo de la derivación penal, la garantía constitucional se advierte como desconocida o expuesta y ninguna de estas vicisitudes puede correr tan fundamental resguardo constitucional.

La legislación civil, y lo que se dice de esta puede afirmarse de todas aquellas que utilizan un igual o similar sistema de hacerse a un acopio probatorio por el medio señalado, exhibe un mayúsculo contrasentido en el tratamiento de este asunto. Para iniciar el planteamiento conviene anotar, sintéticamente, que lo por aquella repudiado como medio apto de comprobación, en sus propios marcos, resulta a la postre admitido con pleno valor, a pesar de tratarse de los mismos elementos de convicción desechados o impedidos en su obrar, sólo que ahora otra competencia judicial, la penal, los ha hecho valer.

En efecto, si alguien quisiera utilizar un valioso acopio testimonial, indiciario o pericial, para acreditar un contrato de mutuo en cuantía de diez millones de pesos, y sobre el cual no puede exhibir una prueba documental de pleno valor, tal gestión le estaría vedada, pero puede intentar el interrogatorio de parte, bajo juramento. Si el interrogado por razón de la amenaza penal que envuelve su quebranto, acepta ese requerimiento, la obligación está debidamente establecida y constituye un título de acción de excepcional mérito. Mas si se prefiere el azaroso desenvolvimiento que se desata a partir de la traición a ese compromiso juramentado de verdad (el requerido niega todo), el proceso civil se muestra huérfano de los exigibles esclarecimientos y se registra la frustración o inutilidad de su cometido. Pero, entonces, queda el recurso de acudir a la justicia penal, para establecer la comisión de un falso testimonio, proceso que abre sus amplias puertas probatorias, en donde se da cabida a todo lo que en la dimensión civil carecía de eficacia y confiabilidad (testimonios, indicio, pericia, principio de prueba etc.), resultando entonces patente la mendacidad del declarante, y determinándose su responsabilidad penal, que se concreta de otra parte en reconocer la realidad de ese mutuo, acrecentado con todos los sobrecostos inherentes a los perjuicios.

Las cosas debieran ser miradas y solucionadas a derechas: o bien, autorizando al fallador civil para que ante él en la misma forma que acontece con el sentenciador penal, pueda presentarse y evaluarse ese múltiple acervo de probanzas y alcanzar con éxito y ante ellos, el mismo grado de persuasión. Pero lo que inquieta y hasta irrita es que, para condenar a pena privativa de la libertad, con aditamentos importantes de desmedros patrimoniales, se pueda atender a esa variada prueba y llegar a un estado de certeza o probabilidad sobre situaciones jurídicas de la indicada índole, al paso que todo ello, con igual origen, naturaleza y correlación, aparece ante el juez civil, desacreditado, ineficaz y restado en aptitudes de provocar certidumbre de juicio; o bien, descartar por completo, en los dos ámbitos, penales y civiles, esa

potencialidad probatoria, quedando vedado establecer este *sui generis* falso testimonio, y, castigándose así la negligencia, abandono, credulidad, exceso de confianza, imposibilidad de quien debiendo documentar satisfactoriamente una obligación civil, no lo hizo. Y a esto se arribará en uno de los dos sentidos, si quien tiene autoridad para señalar la interpretación del artículo 33 (Corte Constitucional) llegare a fijar su exacto sentido y alcance en la dirección apuntada.

Pero de esa incongruencia debe salirse por el sensible contrasentido y la dicotomía procesal probatoria que se advierte en esta estudiada situación, procurándose la unificación de criterios con el plausible fin de evitar riesgos, deterioros y negaciones de la dispensa de declarar en determinados casos y circunstancias.

4. Unos últimos comentarios.

a) El mantenimiento de una normatividad jurídica tributaria como la que expresa el artículo 748 del Decreto 624 de 1989, es posible intelectualmente, y hasta puede llegarse a su repetición en ordenamiento similar, afín o distinto, no a expensas de decir que el artículo 33 de la Carta Política restringe su dominio al terreno cerradamente penal, disciplinario o de policía, sino sobre la base de la necesaria participación (o llamado a participar) de quien va a recibir el peso de sus consecuencias, intervención (no juramentada, por supuesto) que estructura el debido proceso, y que permite al funcionario respectivo calificar las respuestas o actitudes, en sí o en cotejo con otras varias comprobaciones para establecer las consecuencias pertinentes. El legislador, en el citado decreto, no sancionó la repulsa a contestar, o de las respuestas reticentes o evasivas con una eventual privación de libertad, ya que allí no se somete la versión al compromiso del juramento. El sistema tributario está facultado para exigir declaraciones y explicaciones del contribuyente y para evaluar el sentido, aceptación o rechazo de éstas, conforme a la legislación que regula estas materias. Ello es perfectamente procedente, al igual que es dable que perduren las ficciones y las presunciones. El ordenamiento procesal respectivo puede conservarlas (deberes procesales, cargas, etc.) pero a condición que las mismas no presupongan un falso testimonio, por el juramento prestado.

También conviene observar que el interrogatorio de parte puede mantenerse pero excluyendo del mismo la juramentación con corolarios penales, policivos o disciplinarios. La forma como se comporte el preguntado y la índole de otras comprobaciones, puede llevar al juez a dar por reconocida la obligación o derecho de que se trate. Y todo queda confinado al trámite civil, laboral, tributario, comercial, etc. Pero sin salirse de sus específicas órbitas judiciales, dándose así el pleno acatamiento de la dispensa señalada en el artículo 33 de la Constitución Política.

b) Estas glosas llevan a la Sala a apartarse de la recomendación de su delegada, para quien lo que la Carta prohíbe es la obligación de

declarar, pero no la voluntaria exposición, bajo juramento, sabiéndose que puede excusarse con invocación de la garantía de dispensa, la cual debe llevarse a conocimiento del declarante. La opción no sería adecuado remedio ni controla el quebranto que trata de prevenirse.

Esto se dice, porque la persona que quiero reconocer algo, no necesita del apremio del juramento, pues sin él puede hacerlo plenamente, ante autoridad judicial, notarial o valiéndose de otros medios; porque de someterse voluntariamente, bajo la gravedad del juramento, no desaparece la posibilidad de un tratamiento penal porque habiendo asentido a decir, bajo esta conminación, la verdad, faltó a ella; y porque siempre se prestará a discusiones la extensión del consentimiento, la precisión del mismo, su verdadera intención, etc., comprometiéndose así lo que la Constitución quiere que no tenga estas alternativas ni vicisitudes.

No es dable someter a interrogatorio de parte, o diligencia de igual o análogo contenido o alcance, bajo el compromiso del juramento, a quien puede colocarse en la alternativa de responder con la verdad, asumiendo afecciones patrimoniales, o a faltar a ésta con las consiguientes consecuencias propias de un "falso testimonio", pues la conexión entre uno y otro acontecimiento y personal conducta, quebranta la garantía consagrada en el artículo 33 de la Carta Política.

En el caso *sub examine*, el procesado cuando rindió su interrogatorio de parte, no podía ser requerido a tal efecto bajo el alternativo gravamen de que si faltaba al juramento incurría en un falso testimonio. De allí su manifiesta atipicidad y por tanto la prosperidad del cargo formulado en la demanda de casación, en su parte inicial, o más concretamente la segunda de las censuras.

En la discusión se ahondó más en el asunto, pero a los fines de fundamentar este salvamento, lo anotado contra la cuestión en sus aspectos más salientes, al menos para quien se apartó de la decisión de mayoría. Por eso no insisto en el tema ni trato de recordar esas adicionales réplicas, las cuales ya no importan tanto dada la índole de la definición de este punto jurídico.

Atentamente,

Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha ut supra.

TRANSITO DE LEGISLACION / IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA

El artículo 13 transitorio entraña una excepción a la regla general de vigencia hacia el futuro de las leyes. Su razón de ser y su finalidad última se encuentran en la preocupación del legislador por evitar las eventuales situaciones de conflicto que apareja el tránsito de un esquema procesal anterior a uno nuevo. Su vigencia está sujeta —dada su naturaleza eminentemente transitoria— al cumplimiento de un término o una condición, pues de lo contrario correría el riesgo de convertirse en permanente. / Si en el caso de la especie, la audiencia pública se inició el 4 de julio de 1990, imperioso es concluir que se cumple a plenitud la "condición" exigida por el artículo 13 transitorio y que, por lo mismo, la actuación ha de regirse hasta el final por la normatividad procesal contenida en el Decreto 050 de 1987.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 002.

Vistos:

Decide la Corte sobre el impedimento manifestado por los integrantes de una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva.

Antecedentes:

1. Dio origen a la presente investigación penal la denuncia formulada por *Leonel González Valencia,* en representación de la Auditoría General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, contra los hermanos *Javier* y *María José Ramos Romero* quienes, aparentando solvencia económica mediante el empleo de documentos espurios, obtu-

vieron en calidad de mutuo el primero la suma de $ 4.455.000.00 y la segunda $ 4.000.000.00, que a su vencimiento se abstuvieron de cancelar. Se informó, además, que Javier había logrado que sobre consignaciones de títulos-valores de otras plazas se le autorizara girar de inmediato, defraudando por este medio a la misma entidad en un total de $ 2.430.000.00, porque los mismos resultaron impagados por el girado.

2. Por los anteriores hechos fueron vinculados a esta investigación, en calidad de sindicados, además de los hermanos Ramos Perdomo aquellas personas que intervinieron en las distintas etapas del trámite de dicho crédito. No obstante, cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva revisó por apelación la providencia calificatoria de primera instancia, delimitó las responsabilidades, manteniendo vigente la resolución acusatoria para los hermanos Javier y María José Ramos Perdomo, en forma exclusiva. La decisión de esta Corporación se produjo el 6 de marzo de 1990 (fl. 23, cdno. núm. 4).

3. Luego de surtida la diligencia de audiencia pública, devino la sentencia que resultó adversa para los procesados Ramos Perdomo. Esta fue proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva el 16 de julio de 1990, y en ella se impuso a Javier una pena principal de treinta y ocho (38) meses de prisión y multa de $ 15.000.00 y a su hermana María José una de veintinueve (29) meses también de prisión y multa de $ 10.000.00. Esta sentencia cobró ejecutoria el 28 de septiembre de 1990, cuando se aceptó el desistimiento del recurso de apelación que había interpuesto —como apelante único— el defensor de María José (fl. 7, cdno. núm. 4).

4. Posteriormente, el rematado Javier Ramos, demanda la acumulación jurídica de la pena aquí impuesta con la decretada en febrero 15 del año pasado por el Juzgado Tercero Penal del mismo Circuito. Por este mecanismo procesal, se le fijó una pena definitiva de cincuenta y dos (52) meses de prisión y $ 55.000.000.00. La acumulación se decretó en decisión de abril 23 del año inmediatamente anterior (fl. 26, cdno. núm. 6).

5. Con posterioridad el mismo sindicado solicita su libertad condicional, que le fue negada en decisión de octubre 11 último. El juzgado luego de despachar desfavorablemente el recurso principal de reposición, concedió el subsidiario de apelación, remitiendo las diligencias al Tribunal Superior de Neiva donde, se originó la situación procesal que debe resolver la Corporación.

La controversia:

1. Según la Sala de Decisión Penal que se declara impedida, la causal que los imposibilita para desatar el recurso de apelación del auto que niega el subrogado de la libertad condicional, es la contenida en el numeral 6 del artículo 103 del C. de P. P. El fundamento único,

haber revisado, por vía de apelación, la resolución acusatoria que en su momento —marzo 18 de 1990— profirió el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Neiva.

2. La Sala que le sigue en turno, no acepta el impedimento. Son sus razones: Que la causal se refiere exclusivamente al funcionario que debiendo actuar en segunda instancia, hubiese proferido la providencia de cuya revisión se trata o hubiese intervenido en el proceso o cuando esta ha sido proferida por algún pariente dentro de los grados señalados por la ley, sin que alguna de esas hipótesis corresponda al planteamiento de sus colegas de colegiatura, pues si bien ellos actuaron dentro del proceso, no lo hicieron como funcionarios de primera instancia, sino al contrario para desatar un recurso de apelación.

Y, que no podrían ser vinculantes las manifestaciones correspondientes a la revisión de la resolución acusatoria, en tanto que lo ahora debatido es un incidente de libertad condicional, aspecto sobre lo cual no se ha comprometido el criterio, amén de que se trata de un trámite ulterior a la sentencia que feneció el juzgamiento.

Para resolver se considera:

1. Sea lo primero señalar que el presente asunto debe regirse por la normatividad procesal vigente al momento de su trámite que concluyó con sentencia de condena para Javier y María José Ramos Perdomo, esto es, el Decreto 050 de 1987, que conservó una vigencia restringida no obstante su derogatoria expresa y el implantamiento del esquema procesal establecido en el Decreto 2700 de 1991. Esa vigencia *sui generis*, está contenida en el artículo 13 transitorio de este último decreto, cuya preceptiva es la siguiente:

> "Trámite de audiencia y sentencia. Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuarán tramitando con base en el anterior código, sin necesidad de traslado en segunda instancia al Ministerio Público".

2. Desde luego que esta norma transitoria entraña una excepción a la regla general de vigencia hacia el futuro de las leyes. Su razón de ser y su finalidad última se encuentran en la preocupación del legislador por evitar las eventuales situaciones de conflicto que apareja el tránsito de un esquema procesal anterior a uno nuevo. Su vigencia está sujeta —dada su naturaleza eminentemente transitoria— al cumplimiento de un término o una condición, pues de lo contrario correría el riesgo de convertirse en permanente.

3. Si en el caso de la especie, la audiencia pública se inició el 4 de julio de 1990 (fl. 314 cdno. núm. 1), imperioso es concluir que se cumple a plenitud la "condición" exigida por el artículo 13 transitorio

y que, por lo mismo, la actuación debe regirse hasta el final por la normatividad procesal contenida en el Decreto 050 de 1987, cuyo artículo 535, inciso 3º establecía:

> "Las apelaciones que se surtan en la etapa de investigación por delitos cuyo conocimiento corresponde en segunda instancia a los tribunales, se decidirán por las salas respectivas, las cuales no podrán conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia proferida en la etapa de juzgamiento".

4. Ninguna de las Salas enfrentadas hizo referencia expresa a esta previsión, por la sencilla razón de que no abordaron el tema en su integridad, limitándose a analizar la situación frente al Código Procesal Penal vigente, dejando de lado la situación especialmente prevista en su artículo 13 transitorio. De todas maneras esa causal impeditiva, no tendría tampoco efectividad práctica alguna en este caso, pues lo que ella previene es la intervención de una misma Sala en las etapas investigativa y de juzgamiento, feneciendo esta última con la ejecutoria de la sentencia, lógrese ésta en primera o en segunda instancia.

5. Ello, porque la presente controversia se ha suscitado en el segmento de ejecución de la pena, que no forma parte de la etapa de juzgamiento, aun cuando de acuerdo a las prescripciones del Decreto 050 de 1987 estaba a cargo del mismo juez que dictó la sentencia de primera instancia. Luego, la intervención anterior de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva presidida por el magistrado Erleans de Jesús Peña Ossa, relacionada con la revisión en segunda instancia de la providencia calificatoria proferida por un juez de instrucción criminal, no la obligaba a separarse del conocimiento de la que niega el subrogado de la libertad condicional, por cuanto que se trata de una situación distinta a la prevista en el citado artículo 535 del Decreto 050 de 1987.

6. En este punto es necesario decir que faltó análisis en el planteamiento de la causal de impedimento por parte de esa Sala, dado no sólo el equivocado señalamiento de una causal que no era la procedente, pues como ya se vio, este asunto se rige exclusivamente por el Decreto 050 de 1987, sino por la falta de una adecuada fundamentación y un ponderado análisis de la situación que son consustanciales a toda decisión judicial, lo cual muy seguramente hubiera evitado este trámite que tiene repercusión directa sobre un tema asaz trascendental para el condenado, como lo es su libertad condicional.

7. Resta señalar que fue acertado el argumento presentado tangencialmente por la Sala que se abstuvo de aceptar el impedimento, remitido a que se trataba de situaciones presentadas luego de terminado el proceso y apenas propias de la ejecución de la pena. Pero no se puede estar de acuerdo en que la solución a la controversia deba buscarse en las prescripciones del artículo 103, numeral 8 del C. de P. P., vigente, ni en que lo dicho cuando se confirmó la resolución

acusatoria no vincule el criterio frente a una ulterior petición de libertad. Desde luego que siendo la acusación la decisión más trascendental de la etapa de investigación —justamente la que le pone término— todo análisis que en torno a ella se haga lleva ínsito el tema de la libertad. De todas maneras, esta no es la situación de fondo, que como atrás se reiteró, se circunscribe a la pérdida de vigencia de la causal prevista en el artículo 535 del Decreto 050 de 1987, cuando se ha concluido la etapa de juzgamiento.

8. Así las cosas, el conocimiento le corresponde a la Sala que inició el trámite con su manifestación impeditiva, puesto que la causal invocada no tiene razón de ser, tal como se estudió en precedencia. Por tanto, esta colegiatura ha de declarar sin fundamento su magra manifestación, reiterando su competencia para conocer del presente asunto.

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

Resuelve:

DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva presidida por el magistrado Erleans de Jesús Peña Ossa, que proseguirá interviniendo en este asunto.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gördillo Lombana, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO / OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PUBLICO / PROCESO DISCIPLINARIO / PROCESO PENAL

El delito de falsedad por supresión u ocultamiento de documentos públicos que el legislador describe en el artículo 223 del Código Penal (modificado por el art. 3º de la Ley 43 de 1982) se configura por la destrucción, supresión u ocultamiento total o parcial de un documento público que puede servir de prueba, evento que de ser protagonizado por un empleado oficial en ejercicio de funciones, se sanciona con prisión de tres a diez años. / Bien sabido se tiene que el objeto y fines del proceso disciplinario y del penal difieren, y que frente a este último la que ha de definirse es la responsabilidad penal del acusado con fundamento en las pruebas válidas y legalmente allegadas al plenario.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 003.

Vistos:

El 13 de julio último profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en Sala de Decisión Penal sentencia condenatoria en contra de la doctora *Martha Lucy Ortiz Londoño* Exjuez Penal del Circuito de Anserma y de su exsecretario señor *Carlos Arturo Orozco Gómez* como coautores del delito de falsedad en documento público, providencia que resultó impugnada en apelación por la encausada y por el defensor del coacusado.

Concedido el recurso y rituado el trámite ante esta instancia, corresponde a la Corte entrar a revisar la decisión motivo de alzada con fundamento en las siguientes consideraciones:

Antecedentes:

1. El conocimiento de los hechos que suscitaron la apertura de este proceso provino de la información suministrada por el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal con sede en Viterbo, porque al recibo del expediente seguido en contra del individuo Luis Gustavo Ramírez Valencia por el delito de porte ilegal de armas que le remitía el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, detectó la ausencia de una parte de la actuación que circunstancialmente allí se había conocido, irregularidad que estimó constitutiva de infracción penal.

Históricamente, la actuación surgida a su vez en contra del señor Ramírez Valencia se explica en un informe de la Policía fechado el 23 de julio de 1990 luego que en su poder se halló sin licencia alguna, un revólver calibre 38 largo y cuatro cartuchos para el mismo, hecho cuya investigación correspondió al Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de Viterbo que indagó al retenido y decretó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva según auto de julio 27, dentro del cual fijó el procedimiento a seguir dentro del trámite abreviado y la remisión del asunto al Juzgado del Circuito de Anserma.

El juzgado de destino avocó conocimiento según providencia de agosto 16 de 1990, y en ella dispuso la práctica de diligencias a cumplir en parte mediante comisionado y en parte dentro de la audiencia pública que señaló para el 14 de noviembre de ese mismo año, sin que en esa fecha se hubiera logrado su evacuación según constancia sentada en el respectivo expediente.

A partir de esta última fecha, la actuación procesal no registró otra gestión hasta 6 de marzo de 1991 en que la titular del Juzgado del Circuito doctora Ortiz Londoño suscribió auto advirtiendo que la competencia para conocer del asunto radicaba en cabeza de los Juzgados Superiores por mandato del Decreto 2790 de 1990, pese a lo cual dispuso el envío de los cuadernos al Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de Viterbo invocando el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal y el lugar de ocurrencia del episodio.

Para el Juzgado de Instrucción de Viterbo la situación se mostraba irregular, pues su libro de registro de comisiones se anotaba el ingreso de un exhorto del 25 de febrero de 1991 procedente del Circuito de Anserma para la notificación del fallo condenatorio proferido en contra de Ramírez Valencia desde el 19 de ese mes de febrero, cuya copia se había conservado, pese a lo cual, los cuadernos remitidos por el juzgado de la doctora Ortiz se recibían sin el acta de la diligencia de audiencia, ni el texto original de la sentencia, como si el acto procesal no se hubiese realizado, ni la providencia se hubiese proferido.

2. Recibidas la información y copias anteriores, dispuso el Tribunal la práctica de diligencias previas que concluyeron con la insatisfactoria explicación de extravío de las piezas faltantes, dándose inicio a la correspondiente instrucción penal el quince de mayo siguiente.

Dentro de la labor instructiva se cumplió con la vinculación de la doctora Ortiz Londoño y de su exsecretario señor Carlos Arturo Orozco en injurada, definiéndoles su situación provisional de manera favorable, pero al proseguir con la etapa instructiva la calificación de fondo suscrita el 24 de junio de 1992 concluyó en resolución de acusación adversa a los dos procesados bajo el cargo de falsedad en documento público por supresión (art. 223 del Código Penal).

Contra la anterior providencia se interpuso oportunamente el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, impugnaciones que por tránsito de legislación correspondió resolver a la Fiscalía, que tanto en primera como en segunda instancia mantuvo la decisión acusatoria.

Impulsado el rito de la causa y para el desplazada en el conocimiento del asunto la Sala de Decisión que participó en la instrucción, se decretó la práctica de las pruebas solicitadas y otras más previstas de oficio, culminando la instancia luego de verificada la diligencia de audiencia mediante el fallo de julio 13 último, motivo ahora de alzada, que declara la responsabilidad penal de los coacusados doctora Martha Lucy Ortiz Londoño y señor Carlos Arturo Orozco Cómez, imponiéndoles la pena principal mínima legal de tres años de prisión como coautores de la infracción motivo de enjuiciamiento, e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, sanción principal que enseguida se suspende por el término de prueba de dos años.

Motivos de la apelación:

1. El nuevo defensor constituido por la doctora Ortiz Londoño para su representación en esta sede inicia la presentación de sus razones recordando que la competencia del *ad quem* resulta restringida ahora por el precepto 31 Constitucional bajo cuya invocación espera le sea cuando menos respetado a la acusada el concedido subrogado de la condena de ejecución condicional.

Refiriéndose a los cargos y a la intervención de la doctora Ortiz Londoño, expresa que dada la inocultabilidad de los documentos suprimidos, lo menos que podría invocarse era la negligencia en el actuar que se reprocha. Sin embargo, asumiendo que por el Tribunal fue esmeradamente rebatida esta hipótesis, es a la problemática surgida de la tipicidad como de la antijuridicidad hacia la cual encamina sus reparos.

Sobre el primer aspecto anota que sin llegar a desconocer la desaparición de las piezas procesales ni su cualificación de documentos públicos, objeto si su entidad de medios probatorios, si se tiene en cuenta que pese a su desaparición todavía subsistían elementos me-

diante los cuales podía acreditarse (testimonios) la realización de la audiencia y la expedición de la sentencia.

No obstante llegar a admitir que "en principio se satisface la tipicidad", lo que no cree posible la defensa es una afirmación categórica de la antijuridicidad, pues a su juicio asoman circunstancias que permiten tener por inmutable la verdad, "comportando así un medio absolutamente inidóneo para el logro de los presuntos propósitos de los sindicados".

Dentro de estas circunstancias cita la realización efectiva de la audiencia con asistencia del personero y dos agentes, la notificación al procesado del fallo adverso, el envío del comisorio al Juzgado de Viterbo para notificación de la sentencia, la constancia de recibo del exhorto y la copia informal de la sentencia extraviada, resaltando que todas ellas impedían el ocultamiento de la verdad, y por lo mismo lesionar o poner siquiera en peligro "la confianza en una verdad de todos previamente conocida".

Reitera que aún por encima de la intención de los acusados de ocultar lo inocultable, su comportamiento "no tuvo entidad ni siquiera de potencial lesividad en cuanto al bien jurídico que se pretende proteger mediante su tipificación y de ahí la aseveración de la defensa en el sentido de que no se satisface lo atinente al juicio de antijuridicidad". Si dentro de esta premisa la acción sólo podría reprocharse bajo un concepto meramente formal de antijuridicidad, ello equivale a admitir la inexistencia misma de este elemento del delito, porque lo que exige hoy la ley es una antijuridicidad material de tonalidad esencialmente proteccionista del bien amparado, rematando con una remisión a la doctrina y la afirmación de impunidad del comportamiento de la acusada, para quien se reclama un fallo absolutorio.

2. El acusado señor Gómez Orozco optó por sustentar directamente su recurso, y al hacerlo afirma la inexistencia de prueba directa alguna en su contra que le señale como autor de un ocultamiento o destrucción documental, catalogando de insuficiente la prueba circunstancial que se cierne en su contra, porque tampoco de ella emerge su señalamiento como autor de la conducta, asegurando que la falta de prueba se ha suplido simplemente con imaginación.

Considera que el hecho mismo de regresar las diligencias al Juzgado de Viterbo no podría considerarse más allá de una verdadera "estupidez", bajo la suposición del ocultamiento o destrucción de documentos, porque como experto empleado con más de 18 años de vinculación al servicio judicial no ignoraba que en esa oficina de destino debían reposar las anotaciones en radicador que impedían entender como verdad una diferente a la contenida en el expediente, solicitando que más bien se tenga ese hecho como lo que es: un contraindicio, que apunta necesariamente a la acreditación de su inocencia.

Refiriendo al indicio de motivo que el Tribunal deduce del interés en que no se descubriera el errado trámite otorgado al proceso explica que la invalidación a que hubiera llegado el Tribunal por vía de consulta jamás podría compararse con las severas consecuencias que ahora sufren, mucho menos si el error en que habían incurrido tenía una explicación valedera en la tardanza con la cual se recibe en provincia la información sobre tránsito legislativo.

Por último estima que si en proceso disciplinario la Procuraduría le absolvió al responder por los mismos hechos que suscitan esta causa, ello acredita una vez más la verdadera ausencia de motivos para la imposición de una sanción penal, aduciendo aspectos relacionados con su buena conducta anterior, su recto proceder de empleado trajinado y sus responsabilidades de padre de familia, factores que espera sean tenidos en cuenta para la sustitución del fallo adverso por uno absolutorio.

Consideraciones de la Sala:

Ni el señor defensor de la doctora Ortiz Londoño ni el procesado señor Orozco Gómez desconocen dentro de la argumentación con la cual concurren a esta instancia la existencia objetiva de los hechos que le sirven de base al encausamiento, pues mientras en favor de la primera se parte de ese presupuesto procurando enervar más bien la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta, para beneficio del segundo cuanto se propone es su ajenidad al hecho, afirmando la insuficiencia de las pruebas que sobre autoría podrían afectarle.

Tratándose de aspectos concretos y enteramente diferentes, de su análisis se ha de ocupar la Sala por aparte:

1. El delito de falsedad por supresión u ocultamiento de documentos públicos que el legislador describe en el artículo 223 del Código Penal (modificado por el art. 3º de la Ley 43 de 1983) se configura por la destrucción, supresión u ocultamiento total o parcial de un documento público que puede servir de prueba, evento que de ser protagonizado por un empleado oficial en ejercicio de funciones, se sanciona con prisión de tres a diez años.

Para el caso que se analiza, no ofrece dificultad alguna la afirmación de la ocurrencia material del hecho predescrito, ni la cualificación de los acusados como empleados oficiales, pues con relación al presupuesto de hecho la primera noticia suministrada por el empleado del Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de Viterbo señor Ramón Cardona quien detectó el recibo del expediente mutilado procedente del Juzgado del Circuito de Anserma, paulatinamente vino a corroborarse hasta la saciedad con el aval de su superior el doctor Mauricio Quintero y el secretario de ese mismo despacho Luis Gonzaga Marín, estableciéndose por el testimonio de Luis Gustavo Ramírez y las versiones

de su defensor Conradino Gómez como del entonces agente del Ministerio Público Henry Giraldo, que dentro del proceso seguido contra Ramírez por porte ilegal de armas la diligencia de audiencia pública cuyo texto jamás apareció sí se había realizado desde el 14 de febrero de 1991 y el fallo condenatorio a un año de prisión se había emitido por el juzgado de la doctora Ortiz desde el 19 de ese mismo mes y año.

Tratándose del segundo aspecto, a la actuación fueron allegadas copias de los actos de nombramiento y posesión de la doctora Martha Lucy Ortiz como Juez Titular del Juzgado Penal del Circuito de Anserma para la época de los sucesos, como los actos de provisión y asunción del empleo de secretario de esa oficina por parte del señor Carlos Arturo Orózco, funciones que una y otro admiten haber ejercicio durante la época a la que se contraen los sucesos que se narran.

La naturaleza de los documentos suprimidos como públicos idóneos y capaces para probar —considerados en el enjuiciamiento como documento compuesto—, tampoco resulta ser aspecto que amerite controversia o enerve la tipicidad: La diligencia de audiencia pública constituía un acto oficial a cargo de la titular del Juzgado del Circuito y su secretario quienes debían suscribir el acta respectiva (arts. 494 y siguientes y 155 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 050 de 1987). Tratábase además de un acto preclusivo que por ministerio de la ley debía constar por escrito y contener la relación de la intervención final del procesado, del recaudo probatorio oral y de las alegaciones finales de las partes, cuyo aporte dentro del proceso resultaba ineludible como requisito previo al proferimiento de la sentencia, y susceptible de revisión en cualquier tiempo e instancia.

El fallo, a su vez, constituye la pieza final del rito de la instancia, conteniendo el resumen de los hechos, las pruebas y las alegaciones, así como la decisión última sobre la situación del procesado, que para el caso controvertido se sabe constituyó la declaración de su responsabilidad, así como su vinculación para la deducción de unas penas principal y accesorias, que sirviendo de base para acreditar la actividad punitiva del Estado, impedirían para el procesado el riesgo de un doble juzgamiento.

El exhorto, también desaparecido, estaba destinado a demostrar que la decisión judicial le fue impuesta personalmente al acusado y a permitir la contabilización del término de ejecutoria como la efectividad de los recursos ordinarios y exigibilidad de la pena. Luego tratábase de piezas documentales esenciales dentro del respectivo trámite procesal, suficientemente relevantes para merecer la tutela penal del Estado como objetos materiales de un delito de falsedad en documentos.

Adulterar, además, la realidad, ocultando la ocurrencia de estos actos y suprimiendo el contenido de las anteriores piezas procesales, no puede pretenderse acto intrascendente o nimio como la parte re

currente ahora lo propone, pues lejos de constituir esa conducta un simple desobedecimiento del deber de lealtad con la administración o el solo incumplimiento de preceptos procesales, la alteración de la verdad entrañaba connotaciones inocultablemente trascendentes tanto para la suerte del proceso seguido en contra del ciudadano Luis Gustavo Ramírez, que ya no se podría acreditar agotado y fruto del ejercicio del poder represor del Estado, sino para el acusado mismo la imposibilidad de demostrar su sometimiento a la administración de justicia como el recibo de las consecuencias propias de la acción pública seguida y culminada en su contra.

Es más: tal y como con acierto lo hizo notorio el Tribunal dentro del fallo objeto del recurso, la actuación sustraída del expediente seguido en contra del particular Luis Gustavo Ramírez demostraba además que por parte de la acusada doctora Martha Lucy Ortiz y de su secretario se habían incumplido las normas procedimentales sobre competencia, aspectos que a su vez tenían capacidad de probar con consecuencias negativas para los dos funcionarios, en particular para la primera, pues si como los mismos procesados lo advierten, ya desde el mes de enero de 1991 y en virtud del Decreto 2790 de 1990 los Juzgados del Circuito habían perdido competencia para juzgar y fallar las infracciones de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal que desde entonces quedaban adscritos al conocimiento de los Juzgados Superiores, el cercenamiento del expediente para sustraerle el acta de la diligencia de audiencia y el fallo y la sustracción del exhorto sobre notificación de la sentencia que ostensiblemente interesaban a la doctora Ortiz y a su secretario el señor Orozco, constituían una vez más inevitable infracción contra la fe pública documental por ocultamiento de las pruebas que vinculaban a estos dos funcionarios con unas actividades ilegales cumplidas por fuera de sus competencias, y susceptibles de investigación en su contra.

Si la antijuridicidad de la conducta típica demanda, entonces, al decir del artículo 4º del Código Penal lesividad para el bien jurídicamente tutelado, o cuando menos potencialidad o capacidad dañosa, lejos de constituirse aquí este presupuesto en una simple especulación o en la afirmación tan solo de un desconocimiento de la ley, surge evidente como cuestión real y objetiva el detrimento para la fe pública documental radicada en medios probatorios escritos constituidos por los originales y copias de las actuaciones cumplidas por la Juez Penal del Circuito de Anserma y su secretario dentro del proceso penal seguido en contra del varias veces mencionado señor Ramírez Valencia.

Que hubiese sido precisamente el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de Viterbo el comisionado para la notificación de la sentencia, o que se hubiese impuesto ya el contenido de esa providencia al procesado no podían constituir circunstancias suficientes para desnaturalizar el hecho de la sustracción documental como punible o restarle capacidad dañosa para la fe pública o los otros intereses amparados

por un precepto pluriprotector como el que se analiza, pues sostenerlo sería tanto como pretender identificar la falsedad con su prueba, o aspirar a que la reprochabilidad de una destrucción documental dependa de que ese acto permanezca ignorado u oculto, extremos a cual más inaceptables, pues por su naturaleza, fines y contenido los documentos sustraídos no satisfacían su capacidad probatoria sino agregados al expediente y los archivos donde habían sido producidos y podían y debían consultarse, de tal manera que también la ocultación por un tiempo relevante integra el punible, toda vez que el acto documentado tiene trascendencia dentro de un contexto de tiempo, de lugar y de personas dentro de los cuales cumple sus consecuencias probatorias, y merece por lo mismo protección penal, que es precisamente la consecuencia a la cual afronta el comportamiento cumplido por los coacusados.

La acción materia de juzgamiento, entonces, además de típica frente al artículo 223 del Código Penal, se torna ostensiblemente contraria a derecho y merecedora del reproche penal que en estas diligencias se le endilga.

2. Plantea, el procesado señor Orozco Gómez su inocencia, argumentando que ninguna demostración existe dentro del proceso que lleve a considerarle como autor o partícipe de la conducta punible que viene de serle atribuida.

Semejante esfuerzo defensivo equivocadamente insinúa que en tanto no medie confesión o prueba directa de autoría, imposible resulta la producción de un fallo de condena.

Y sostiene la Sala que un planteamiento tal resulta equivocado, pues dentro del principio de libertad de prueba que consagra el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, y *ad latere* a la relación de medios legales de prueba que enlista ese ordenamiento, de nuevo el acierto se ofrece en las consideraciones todas que contiene el fallo de primera instancia, prolífico en el análisis de las diferentes circunstancias que entraron a rodear el hecho sancionado.

Inquiriendo por un motivo para la actividad realizada, no aparece discutible la deducción que el *a quo* realiza sobre la actuación errada de la doctora Ortiz Londoño y de su exsecretario, pues si a partir del mes de enero de 1991 había perdido ese despacho competencia para avanzar procesos de la índole del seguido en contra de Luis Gustavo Ramírez por tenencia ilegal de arma de fuego de defensa personal, haber convocado y realizado audiencia, haber proferido el fallo de primer grado y rituado su notificación constituían una serie de actos desacertados y sin competencia que sólo a los dos acusados interesaba ocultar por las consecuencias disciplinarias que con su conocimiento podían repercutirles, sin descontar aquellas de índole administrativo dentro de la calificación pendiente de servicios como actos de ignorancia y de descuido.

Sumado a lo anterior se tuvo en cuenta que por la naturaleza de los actos cumplidos sólo la doctora Martha Lucy Ortiz y su secretario el señor Carlos Arturo Orozco podían dominar el hecho, sustraer los documentos y procurar el destino final de las diligencias, pues eran ellos y sólo ellos quienes podían impartir, como en efecto la impartieron, la orden de remitir el expediente con destino a otro despacho, decisión que necesariamente debía obedecer el estadio procesal por el cual avanzaba la actuación.

Si el auto ordenatorio de envío al Juzgado de Instrucción se fundó en que aún quedaban actos pendientes de esa etapa, necesariamente se partía de la inexistencia de la audiencia y del fallo que a ciencia y conciencia ni la juez ni el secretario podían ignorar, porque aquella había presidido y éste suscrito la diligencia de audiencia, y entre los dos habían elaborado y firmado la sentencia, correspondiéndole a Orozco como deberes funcionales los de realizar la notificación del fallo.

Y cómo olvidar tan pronto que esa actuación se había realizado, si apenas habían pasado unos días desde su ejecución, ni siquiera varias semanas y mucho menos un mes? La explicación que a este interrogante pretendieron dar los acusados se remitió a la posibilidad de que otro empleado de la Secretaría hubiese traspapelado la documentación, añadiendo que el alto volumen de trabajo facilitaba la confusión, y luego el olvido.

Contradiciendo la excusa, tiénese con claridad en el plenario que no se trató tan solo del extravío del acta de la audiencia y del texto original de la sentencia. De los archivos también desaparecieron las copias respectivas y ello sólo lleva a colegir que el interés de ocultar esa actuación era rotundo y determinante. Por lo demás, no se trató de la sola sustracción de documentos, sino de una actividad consecutiva, la del envío del expediente para que prosiguiera su "instrucción", situación que claramente sabían imposible la juez y su secretario, porque los dos habían realizado los actos culminativos del enjuiciamiento dentro de ese trámite procesal.

Peor todavía; como acertadamente lo analiza el Tribunal de origen, tampoco el volumen de trabajo podía ser razón que atizara un descuido o el olvido. A los libros del Juzgado del Circuito se realizó una diligencia de inspección y los resultados no pudieron ser más contradictorios: "Consta al folio 152 —precisa el fallo recurrido— que durante el mes de febrero y la primera quincena de marzo de 1991 salieron para otros despachos por competencia apenas tres procesos, se remitieron al Tribunal 8, se envió uno en comisión, se pusieron a disposición de la oficina 6 detenidos, se profirieron 9 sentencias, se celebraron 15 audiencias, se dictaron 17 autos interlocutorios y 3 calificatorios". "Estos datos dan la idea de un movimiento normal, no tan voluminoso como para producir problemas excepcionales en el manejo y organización de los procesos".

Pero es más: Otro hecho relevante que tampoco escapó al fallador en la primera instancia lo constituyó la secuencia relacionada con la actuación del exhorto librado para notificación de la sentencia. De haber sido en verdad accidental la pérdida del acta de la audiencia y la sentencia, cuáles las razones que auspiciaban la pérdida también del exhorto que se probó haber regresado al Juzgado del Circuito días luego de remitido el expediente al Juzgado de Instrucción? La única razón que alumbra compagina con el interés definido de ocultar que en el proceso seguido contra Ramírez se realizó la audiencia y se profirió sentencia cuando el juzgado había perdido competencia, actuaciones maliciosas consecutivas y complejas que sólo pueden ser atribuidas a los acusados.

La culpabilidad dolosa de la doctora Ortiz Londoño y del señor Orozco Gómez resulta incontestable, porque a sabiendas de la ilicitud que constituía por su parte la sustracción de documentos que funcionalmente estaban obligados a conservar, manejar y proteger, para su solo provecho y de manera voluntaria optaron por sustraerlos y hacerlos desaparecer con clara deslealtad de sus deberes y notoria afectación y daño principal para la fe pública documental y consecutivo para la administración de justicia.

Que al procesado señor Orozco Gómez se le haya absuelto o no disciplinariamente por hechos que guardan relación con los que son objeto de este enjuiciamiento es hecho que, por lo demás, carece en este fallo de incidencia, pues bien sabido se tiene que el objeto y fines del proceso disciplinario y del penal difieren, y que frente a éste último lo que ha de definirse es la responsabilidad penal del acusado con fundamento en las pruebas válida y legalmente allegadas al plenario, sobre las cuales ha operado el análisis que antecede.

La consecuencia obligada de este actuar no podía diferir de la declaración de responsabilidad e imposición de las penas principal y accesorias previstas en la ley, que por haberse ceñido a los mínimos y el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional —excluidas las penas accesorias—, no podrá modificar en esta ocasión la Sala por respeto al precepto 31 Constitucional, en tanto la impugnación sólo provino del interés de los propios afectados con el fallo de condena.

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

Resuelve:

CONFIRMAR íntegramente la sentencia de condena proferida por el Tribunal Superior de Manizales en contra de los acusados Martha

Lucy Ortiz Londoño y Carlos Arturo Orozco Gómez por el delito de falsedad en documentos por el cual fueron convocados a responder en esta causa.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / CASACION DISCRECIONAL

Las competencias son siempre taxativas según el principio, considerado "la regla de oro en el Estado de Derecho", de que la autoridad pública sólo debe hacer lo que la ley le ordene. En desarrollo de dicho principio el Código de Procedimiento Penal en su artículo 218 (hoy subrogado por el art. 35 de la Ley 81 de 1993) establece que: "El recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años...". La excepción de esa regla la trae el inciso final de dicho precepto. Pero, cuando tal norma dispone que de manera excepcional la Corte Suprema de Justicia puede aceptar un recurso de casación "en casos distintos a los arriba mencionados", no está indicando que proceda el recurso contra todo tipo de decisiones judiciales, sino exclusivamente contra sentencias de segunda instancia así no hayan sido proferidas por los Tribunales mencionados o cuando profiriéndolas éstos, el delito tenga una pena inferior a la indicada en el artículo transcrito. / La naturaleza de las decisiones judiciales en materia penal la define inequívocamente el artículo 179 del mismo ordenamiento procesal en referencia. No hay, pues, lugar a confundir una sentencia con un auto interlocutorio y en este mismo orden de ideas, no cabe duda tampoco que un Fiscal jamás podrá dictar sentencias.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 003.

Do plano decide la Corte lo correspondiente en derecho respecto del recurso de hecho que interpusiera el defensor de uno de los procesados de la referencia contra la providencia que denegó conceder la

impugnación extraordinaria de casación intentada contra el auto de segunda instancia de un fiscal delegado ante el Tribunal Nacional.

Antecedentes inmediatos:

El 18 de agosto de 1993, un Fiscal Regional de Barranquilla se abstuvo de revocar la medida de aseguramiento que había proferido contra los procesados *Víctor Pacheco Arama* y otros dentro del Expediente 26723 que por infracción a la Ley 30 de 1986 se les adelantó en dicho despacho; como fuese apelada tal determinación por los defensores, un fiscal delegado ante el Tribunal Nacional que conoció de ella, mediante auto de noviembre diez del mismo año la confirmó en su integridad.

El defensor de varios de los procesados, en escrito de noviembre 19, interpuso recurso extraordinario de casación contra dicha decisión el cual le fue denegado por auto de noviembre 25. En memorial de diciembre 14 dirigido a la Corte Suprema de Justicia, interpone el recurso de hecho para que le sea concedido el de casación denegado por la Fiscalía mencionada.

Consideraciones de la Corte:

Independientemente de si está interpuesto el recurso de hecho dentro del término legal o si ha sido o no debidamente sustentado, lo fundamental por dilucidar en esta ocasión es si el recurso extraordinario de casación procede contra providencias de la naturaleza jurídica a la que se refiere la mencionada en esta actuación.

Para nadie es un secreto, y menos debe serlo para quien aduce la condición de abogado, que las competencias son siempre taxativas según el principio, considerado "la regla de oro en el Estado de Derecho", de que la autoridad pública sólo debe hacer lo que la ley le ordene.

En desarrollo de dicho principio el Código de Procedimiento Penal en su artículo 218 (hoy subrogado por el art. 35 de la Ley 81 de 1993) establece que "El recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años..."

La excepción a esa regla la trae el inciso final de dicho precepto. Pero, cuando tal norma dispone que de manera excepcional la Corte Suprema de Justicia puede aceptar un recurso de casación "en casos distintos a los arriba mencionados", no está indicando que proceda el recurso contra todo tipo de decisiones judiciales, sino exclusiva-

mente contra sentencias de segunda instancia así no hayan sido proferidas por los Tribunales mencionados o cuando profiriéndolas éstos, el delito tenga una pena inferior a la indicada en el artículo transcrito.

De otra parte, la naturaleza de las decisiones judiciales en materia penal la define inequívocamente el artículo 179 del mismo ordenamiento procesal en referencia. No hay, pues, lugar a confundir una sentencia con un auto interlocutorio y, en este mismo orden de ideas, no cabe duda tampoco que un fiscal jamás podrá dictar sentencias.

Como la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación ha sido una de naturaleza interlocutoria de segunda instancia dictada por un fiscal, en los términos del artículo 197 del C. de P. P., contra dicha determinación no cabe recurso alguno por haber cobrado ejecutoria el día en que fue suscrita por el funcionario correspondiente y, menos aún cabe el extraordinario mencionado, que ha sido reservado por el legislador únicamente para las sentencias de segunda instancia. En consecuencia, se denegará el recurso de hecho interpuesto por improcedente.

Por último, como en el escrito que obra a folios 17 y siguientes el impugnante refiere hechos que pueden constituir infracción penal, se impone ordenar compulsar copias de dicho memorial y de este proveído y remitirlas a la Unidad de Fiscalías correspondiente para lo de su cargo.

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

Resuelve:

1. DENIEGASE, por improcedente, el recurso de hecho interpuesto contra el auto que negó el de casación incoado contra el interlocutorio que el fiscal delegado ante el Tribunal Nacional profirió el 10 de noviembre de 1993 confirmando la impugnación contra la negativa de revocación de una medida asegurativa que un Fiscal Regional de Barranquilla decidió.

2. Compúlsense las copias referidas en la parte motiva y envíense a la autoridad correspondiente.

En firme, regrese la actuación 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, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / IN DUBIO PRO REO / SANA CRITICA

Tratándose de una acusación de violación indirecta por error de derecho mediante el cual se desconoció el principio del in dubio pro reo por falsos juicios de convicción, procede recordar que éste se da cuando el juzgador desconoce el valor tarifado que le otorga la ley a un determinado medio probatorio, o cuando le otorga una connotación legal que no le corresponde, lo cual supone, obviamente, la existencia de una prevaloración normativa expresa y concreta. Inexistiendo esos parámetros dentro de la preceptiva que rige el derecho procesal penal colombiano que en este aspecto recoge el principio de la sana crítica, la única alternativa que al censor le queda dentro de la alegación de estos errores de derecho es la de demostrar que el juzgador reconoció a una prueba un valor que no le confería la ley, o que de modo manifiesto u ostensible se abandonaron las reglas que nutren y orientan una sana crítica. Reconocida la dificultad y excepcionalidad de un ataque dentro de esta perspectiva, los reparos que el libelo amerita se orientan principalmente hacia su análisis restrictivo y parcial de la prueba como al enfoque crítico subjetivo con que la misma se analiza, desconociendo el censor que por la vía escogida le obligaba además entrar a desquiciar en su integridad el fundamento probatorio del fallo de condena, y que le era ineludible demostrar, la presencia del error protuberante o manifiesto, valga decir, de aquel que asoma a simple vista y sin necesidad de elaborados y complejos esfuerzos de dialéctica, lo que equivale a afirmar que la prosperidad de la censura no podía quedar asegurada con una simple oposición de opiniones o criterios frente a los exhibidos por el fallador en su sentencia. / Tratándose de la interpretación de la prueba dentro del criterio de la sana crítica, goza el juzgador de amplitud para llegar a su convencimiento, sin preterm itir el deber de explicar los fundamentos de sus conclusiones, frente a las cuales no basta con sugerir otras hipótesis probables, pues lo probable no se identifica con lo claro ni puede imponerse con fuerza incontrastable.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 003.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados *Luis Felipe Rudas Castellar, Nicolás Gómez Julio, Angel María Castro Ortega, Nicolás Alberto de la Hoz Torres* y *Jacob Arrieta Pérez*, y por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Barranquilla, en contra de la sentencia emanada de esa Corporación el 22 de agosto de 1991, mediante la cual se impartió confirmación a la de condena que por los delitos de peculado y cohecho profiriera en primera instancia el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad.

Hechos y actuación procesal:

En horas del mediodía 11 de abril de 1989, agentes de la patrulla 351 del grupo contra-atracos de la SIJIN observaron a distancia que de la camioneta número 610 y la grúa número 504 de propiedad de la Electrificadora del Atlántico S. A., estacionadas frente al inmueble de la calle 27 número 133-71 del barrio Hipódromo del Municipio de Soledad, varios trabajadores descargaban material eléctrico, hecho que llevó a la intervención de los pesquisidores y al hallazgo dentro de dos de los cuartos de la vivienda de cinco rollos de cable número 4 con peso de 172 kilos, tres rollos de cable número 2 por 115 kilos, dos rollos de cable número 4 (56 kilos), tres rollos de cable número 6 (81 kilos), ocho sillas para crucetas, un perno carruaje 5/8 x 6 y dos pares de brazos para crucetas.

El ocupante de la vivienda Luis Felipe Rudas Castellar quien atendió a los agentes y permitió su ingreso, se identificó como trabajador de la Electrificadora, manifestando que se limitaba a atender una orden impartida por el capataz de cuadrilla de la empresa señor Nicolás de la Hoz, cuya información sirvió para que los agentes se trasladaran a la calle 44 con carrera 26 donde el jefe del grupo de trabajo respondió que se trataba de un problema común a toda la cuadrilla de obreros entregando previa conversación con ellos la suma de cien mil pesos al cabo primero José Cayetano Suárez, proponiéndole que se llevara también el material a cambio de que no les fuera a perjudicar. Tras el rechazo de la propuesta corrupta se produjo la aprehen-

sión de Rudas Castellar junto con Nicolás de la Hoz, Nicolás Gómez, Jacob Arrieta y Angel María Castro, quienes quedarían a disposición de las autoridades judiciales.

La investigación fue adelantada por el entonces Juzgado Sexto de Instrucción Criminal Ambulante de Barranquilla ante el cual rindieron indagatoria los inculpados, siguiéndose de allí el procedimiento abreviado y la definición de la situación jurídica de los vinculados con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de peculado y cohecho por dar u ofrecer.

Rituada la causa ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla y finalizada la audiencia pública, la causa se definió mediante sentencia del 26 de abril de 1991 que condena como autores responsables de los citados delitos a Nicolás Cómez Julio, Alberto de la Hoz Torres, Jacob Arrieta Pérez y Angel María Castro, imponiéndoles la pena de 48 meses de prisión más tres meses de arresto, y multa de $ 20.000.00, en tanto a Luis Felipe Rudas Castellar a quien se le dejó la misma pena pecuniaria, se le impuso la de 48 meses de prisión por el punible de peculado.

Inconformes con la decisión los defensores de los acusados interpusieron el recurso de apelación que concluyó al ser resuelto por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla le impartió confirmación, modificando la pena, para fijarla a los primeros en 50 meses de prisión, mantuvo la pena de multa y las accesorias de ley, en lo relacionado con Rudas Castellar le impartió confirmación integral.

Tanto los defensores de los procesados como el Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Barranquilla interpusieron en contra del anterior fallo el recurso extraordinario de casación, siendo admitido por la Corte solamente en lo relacionado con el delito de peculado.

Las demandas:

1. *Demanda a nombre de Luis Rudas Castellar.*

El casacionista impugna la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, por falla de apreciación de la prueba integrada a la investigación administrativa y la incautación del material eléctrico, advirtiendo que esos medios no comprometían la presencia de todos los sindicados o de sus defensores, y que tampoco fueron controvertidos.

Asegura, que no existe en el proceso relación directa que vincule los 13 rollos decomisados con aquellos que salieron de la Electrificadora, ni se estableció si correspondían en número, calidad o color; ni prueba de relación de la cuadrilla de trabajadores a la cual perte-

necía el procesado, con la entrega de tal cantidad que, deducidos los materiales utilizados en la obra de la calle 44 de Barranquilla, permitiera tener lo decomisado como excedente. Así concreta de sus razonamientos:

> "...se partió de conjunto de suposiciones, para sacar el fallo del presente caso. Porque es deber probatorio de la empresa, por entenderse estar dirigida por personas ilustradas en la ciencia de la cultura, y asesorada por un abogado o conocedor del derecho, y hacia allá, debió dirigir la investigación, o sea, probar que los cables encontrados en primer lugar corresponden a la Electrificadora, en segundo lugar, son parte de unos de mayor cantidad entregados a la cuadrilla investigada, y por último, que de esos rollos se emplearon en el sector de la calle equis cantidad, luego la conclusión es lógica.
>
> "Como conclusión de mis premisas, es que al señor Luis Rudas Castellar, no le encontraron rollos que pertenecieran a la Electrificadora del Atlántico, sino a un particular, como él lo afirma en su injurada, y tampoco en la cantidad que dicen los autos, sino en dos rollos, y el resto de rollos o sean los 11 que le hace aparecer el informe policivo, fueron obtenidos de la grúa del señor Ballestas (persona que no vincularon, a pesar de estar en la cuadrilla de trabajadores de la empresa que salió también a hacer el trabajo y capturado en un principio ese sí en flagrancia), y que esos rollos no se probaron que pertenecían a la Empresa Electrificadora del Atlántico, por lo que hay una violación de la ley sustancial, tal como lo planteó en el punto anterior, por lo que solicito se INFIRME la sentencia que confirmó con salvamento de voto, el honorable Tribunal del Distrito del Atlántico, casándola. Cita como normas violadas los artículos 10, 137, 226.1, 246, 252 y 253 del Código de Procedimiento Penal".

2. *Demanda a nombre de: Nicolás Gómez Julio, Angel María Castro, Nicolás de la Hoz Torres y Jacob Arrieta Pérez.*

La impugnación dentro de este libelo se presenta al amparo de la causal primera artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, reformatorio del 226 del Código de Procedimiento Penal, numeral 1º, acusando la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, seguida de un error de hecho en la apreciación de la prueba. Como disposiciones violadas por indebida ampliación se citan los artículos: 2º, 3º, 4º, 5º, 19, 21, 23, 26, 27, 28, 61 y 133 del Código Penal, explicando como sustentación que a los acusados se les condenó por el delito de peculado sin haberles demostrado el encargo de guarda o custodia de los bienes incautados, pues para la adecuación del hecho al delito tipo de la imputación.

"...no basta la tenencia y disposición simplemente material, sino que se exige la disponibilidad jurídica..."; "razón por la cual ha incurrido en error de hecho, al suponer la prueba que no existe y con esa suposición dar por probados hechos que efectivamente no lo están, porque procesalmente no se allegó o produjo la prueba sobre ese menester.

"No se encuentra prueba alguna en la actuación que permita dar por demostrado o establecido que la persona Jurídica de Derecho Público, con carácter de Sociedad Comercial de Economía Mixta, denominada Electrificadora del Atlántico S. A., sea la propietaria de los objetos sobre los cuales se dice recayó el punible de peculado, o que se le hubiesen confiado por razón de sus funciones oficiales como ente del Estado. Tampoco se encuentra en el proceso la prueba que demuestra que los procesados, como trabajadores oficiales de la empresa citada, tenían funcionalmente la administración de los mismos objetos o bienes, en virtud de estar consagrados así en la ley, reglamento, convención o contrato de trabajo. Estos últimos se encuentran aportados probatoriamente al proceso y no contienen ninguna información sobre la arista a que nos estamos refiriendo".

Agrega que como aparece en la actuación administrativa y luego ratificado en el Juzgado de Instrucción por los ingenieros Jesús Herazo de Alba y Robinson Ramos Herrera, los elementos encontrados en casa del procesado Luis Felipe Rudas Castellar eran apenas semejantes a los utilizados por la Electrificadora del Atlántico S. A., pero no pertenecientes a esa empresa, y que se trataba de un material ni autorizado ni entregado a los acusados el día de los hechos o con anterioridad, manifestaciones que por resultar simplemente supuestas, sirvieron como fundamento para dictar el fallo de condena.

Como tampoco se demostró la pertenencia de los elementos del supuesto peculado a otra entidad oficial distinta de la Electrificadora del Atlántico S. A., o a particulares, ni su administración se hubiese confiado al Estado y concretamente a los procesados en razón de las funciones públicas desempeñadas, y de las fotocopias autenticadas de los documentos relacionados con la salida de los materiales que aparecen a folios 68 a 83, sólo algunas fueron reconocidas por el procesado Nicolás de la Hoz Torres, mal podría afirmarse que todos los implementos encontrados por la Policía en la residencia de Rudas Castellar pertenecían al ente oficial o habían sido confiados a los procesados dentro de su órbita funcional.

"El contenido de tales documentos sólo establece cuál es el material entregado a determinado trabajador como jefe o responsable de cuadrilla. Luego el sentenciador supone la prueba, cuando incluye los mencionados documentos dentro

de las probanzas que demuestran la pertenencia a la Electrificadora del Atlántico S. A., de los elementos e implementos señalados por la Policía como decomisados en la residencia del procesado Rudas Castellar, siendo esto otra circunstancia evidenciadora del error de hecho..."

"Tampoco prueban los susodichos documentos, como erróneamente los ha tomado el sentenciador, de que esos objetos estaban bajo la administración de los procesados, en virtud de sus funciones públicas..."

"Lo expresado significa que en la sentencia de segunda instancia se tuvo por hecho punible, lo que en efecto no se demostró procesalmente tuviese tal entidad jurídico-penal, porque no se estableció que la conducta atribuida a los procesados correspondiese típicamente con las descripciones pergeñadas en el tipo del Peculado por Apropiación; no existiendo igualmente, en autos la prueba que demuestre el perjuicio o daño que sufrió la Administración Pública, a través de la Sociedad de Economía Mixta denominada Electrificadora del Atlántico S. A., necesario estructuralmente para la integración del hecho punible. Por tanto, no se estableció probatoriamente que los procesados realizaron acción u omisión típica, antijurídica y culpable y por ello se les tuvo y declaró como autores de un punible cuya demostración no se encuentra en los autos, condenándoseles sin haberse establecido que con su acción y omisión causaron el resultado del cual depende la existencia del punible de Peculado por Apropiación".

Con base en lo anterior, solicita de la Corte casar la sentencia impugnada en lo que respecta a la condena que se les impuso por el delito de peculado.

3. *Demanda presentada por la Fiscalía Tercera del Tribunal Superior de Barranquilla.*

El representante del Ministerio Público ante el Tribunal invoca en su libelo la causal 1ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal por infracción indirecta por indebida aplicación de los artículos 2º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 133 y 143 del Código Penal derivada de un error de derecho generado al omitir el Tribunal la aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*.

Luego de evocar los requisitos que la ley procesal exige para proferir fallo de condena, y los relativos a la certeza judicial dice el censor que:

"La sentencia parte de la consideración de que sólo Luis Felipe Rudas Castellar es la persona capturada en la casa del barrio Hipódromo y que éste confesó a la patrulla que los

materiales los dejó en su casa un contratista. De esta afirmación parte para darle plena credibilidad a los testimonios del cabo primero José Cayetano Suárez y a los agentes Juan de Jesús Macía Artunduaga, Pablo Emilio Borda de la Hoz, Carlos Arturo Orozco de Alba (fls. 102, 115, 123, 129 del cdno. núm. 1). De aquí también parte para prohijar la deducción del *a quo* cuando afirma que la convicción razonable de certeza y por ello de la participación activa de los encausados en los hechos materia del proceso, está demostrada.

"Es aquí donde la honorable Sala desvió el proceso de análisis lógico de la prueba arrimada, para caer en elucubraciones eminentemente subjetivas puesto que parte de la consideración no demostrada en el sentido que los operativos policiales como el que dio margen a la captura son de común ocurrencia y que es legalmente permitido que tales operativos se den. Pero esta es una hipótesis sin concreción en el expediente puesto que el sumario partió del informe de captura y tales consideraciones pertenecen al mundo exterior del proceso y por ende no pueden ser fundamentos para convalidar una hipótesis cierta de responsabilidad para los acriminados.

"Con fundamento en esa hipótesis, la Sala otorgó plena credibilidad al informe del cabo Cayetano Suárez hasta calificarlo de una verdadera exposición de motivos, cuando lo que grita el informativo es la incongruencia entre el material decomisado en la casa de Rudas Castellar y lo que posteriormente fue puesto a disposición del instructor. Es mucha mayor la cantidad última y no se explica por la patrulla de dónde salió esa mayor cantidad que no fue decomisada a Rudas Castellar en su casa ni estaba en la grúa número 504 ni el carro 610 de la Electrificadora el día de los hechos".

Afirma que no pueden tenerse como indicios que lleven a la certeza de responsabilidad plena, aquellos que no demuestren:

"a) El real lugar de la captura de todos que no se sabe si fue en Soledad o en Barranquilla. b) La exacta cantidad de alambre decomisada a Rudas Castellar en Soledad porque el informe no lo dice textualmente. c) La circunstancia tempo-ro-espacial en que realmente se inició y agotó el operativo policial porque no notició la patrulla el papel que jugó Luis Ballestas Arciniegas conductor de la grúa número 504, quien estaba en uno de los dos lugares de los hechos pues transportaba un poste que se ubicaría en Barranquilla en la carrera 26 con calle 44. d) No se capturó a Ballestas y sin embargo, en esta última dirección estaban Nicolás Gómez Julio y Jacob Arrieta Pérez encaramados en un poste cuando supuestamente llegó la patrulla con Rudas Castellar. e) Si todos fueron ubi-

cados en flagrancia en Soledad (Atlántico), no está claro por qué estaban en Barranquilla, ni cómo pudieron trasladarse en la hora de almuerzo dos vehículos tan pesados, en un tránsito denso a casi 40 minutos, ir o volver al segundo sitio. f) La identificación con binoculares a 600 metros, de Rudas Castellar quien usaba una gorra roja, que contradice el informe pues todos fueron sorprendidos en flagrancia en Soledad y sin embargo nada se dice de los restantes. Repetimos pues que estos hechos no suficientemente probados no pueden fundar indicios de responsabilidad, configurándose un error de derecho en la valoración del conjunto".

Se remite luego el Procurador impugnante al concepto que rindiera ante el Tribunal, cuya propuesta para que se aplicara el *in dubio pro reo* fue acogida inicialmente en la ponencia del magistrado disidente, agregando, que la actuación administrativa interna de la Electrificadora "no podía aducirse con valor probatorio pleno porque dicha investigación no se hizo cuestionar por los acusados pretermitiendo el principio de contradicción, sino que se hizo valer como prueba dentro del proceso penal, simplemente", aduciendo que los hechos no pueden tenerse como probados y con base en ellos fundar el fallo de responsabilidad, porque según el dicho de los ingenieros Herazo de Alba y Ramos Herrera, el material incautado no salió de los patios de la Electrificadora el día de los hechos ni el día anterior.

Con base en las anteriores premisas insiste en la presencia del error de derecho cometido en la valoración excluyente del testimonio del cabo José Cayetano Suárez, por habérsele otorgado plena credibilidad (valor de certeza) pues si se le compara con el rendido por los otros policías citados en el fallo y con las injuradas de los procesados, ostenta claras inconsistencias dado que:

"No es de recibo para la sana crítica, aunque se diga que es función potestativa, del juez, sobrevalorar un testimonio tomándolo como resultante demostrativo de unos indicios que no aparecen suficientemente claros, porque de esta manera se viola por omisión la regla del artículo 248 e indirectamente las normas sustanciales enunciadas. La duda racional no puede eliminarse con hipótesis indemostradas", y solicita de la Corte "Casar la sentencia recurrida de agosto 22 de 1991 por lo que respecta a la valoración probatoria otorgada al testimonio del cabo José Cayetano Suárez, cuya valoración incidió en su contenido declarativo de fondo, y producir la sentencia sustitutiva correspondiente".

Alegación de la parte civil:

El señor representante de la parte civil reconocida en cabeza de la Electrificadora del Atlántico S. A., considera que ninguna de las

demandas presentadas puede prosperar pues cada una acusa protuberantes errores de técnica que imponen su desestimación.

La presentada a nombre de Luis Felipe Rudas Castellar, anuncia único cargo basado en falta de apreciación de una prueba, pero en su desarrollo cuanto el censor arguye es la inexistencia de medios probatorios lo que viene a constituir un verdadero contrasentido, pues tan sólo puede dejarse de estimar una prueba que tenga existencia real en el proceso. De otra parte, al lado del error de hecho y simultáneamente se propone que la violación se da porque la prueba no fue controvertida, proposición propia del error de derecho, añadiendo con relación a la investigación administrativa e incautación de materiales que no existia documento que requiriera de traslado específico, como sí se exige para la peritación o el avalúo de perjuicios, ni se trató de prueba oculta, pues todas contaron con amplio debate en las instancias.

Con relación a la demanda presentada a nombre de los coacusados Nicolás Gómez Julio, Angel María Castro, Nicolás de la Hoz Torres y Jacob Arrieta Pérez, el opositor estima que en ella se refundieron en un sólo cargo el desarrollo de por lo menos tres censuras diferentes, relacionadas con el dominio de los bienes, con su administración y con la estructura del tipo penal, siendo lo cierto que en cualquiera de los eventos planteados el actor se aparta de la realidad, ya que el Tribunal analizó a los folios 36, 40 y 41 cada uno de los puntos extrañados.

Además y en cuanto tiene que ver con los perjuicios, su objeción en sede de casación requiere de una formulación independiente, pues una cosa es su prueba para efecto de la adecuación típica y otra distinta la que tiene que ver con la liquidación indemnizatoria, estimando en oposición a la alegación del demandante que en el presente caso se cumplió con la exigencia de probar la propiedad de los elementos, y por ende este aspecto propio de la tipicidad de la conducta.

De la demanda formulada por el representante del Ministerio Público, dice el contradictor que su formulación resulta equivocada, porque el error de derecho no se refiere al contenido de la prueba sino a la simple falta de aplicación del principio del *in dubio pro reo*, y tal defecto no se dio en el presente caso pues los falladores descartaron la duda probatoria antes de emitir el fallo de condena. Por otro aspecto, los cuestionamientos que se hacen a las declaraciones del cabo José Cayetano Suárez, la omisión de la captura en flagrancia de Luis Ballestas y los otros integrantes de la cuadrilla, lo atinente con el desplazamiento de los vehículos y la observación de uno de los imputados por medio de binoculares desde un adistancia de 600 metros, son objeciones que no corresponden con el cargo enunciado, por cuanto se trata de manifestaciones propias del error de hecho en la apreciación de los distintos medios de prueba, y ello viene a constituir una

insalvable contradicción que se agudiza al refundir en único cargo el ataque a disímiles medios probatorios como los testimonios, documentos e indicios, que se ha debido proponer separadamente como lo exige la técnica del recurso.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se muestra igualmente partidario de la desestimación de las distintas demandas allegadas, por cuanto en cada una se acusan graves e insalvables errores de técnica, coincidiendo básicamente en las tachas propuestas por el señor representante de la parte civil.

Pese a que en el primer libelo presentado a nombre de Luis Rudas Castellar se invoca la causal primera acusando la presencia de un error por falta de apreciación de la prueba, en su desarrollo el casacionista menciona indistintamente cuando menos, "tres situaciones diversas: la ilegal incorporación al proceso penal de lo actuando ante la instancia administrativa, que entrañaría un falso juicio de legalidad; la indebida apreciación de ese mismo material probatorio, que comporta un falso juicio de convicción; y la ausencia de pruebas de respaldo a los hechos demostrados con la prueba trasladada, en lo que parece ser una alegación por error de hecho que implicó la violación al principio *in dubio pro reo*".

Si lo que veladamente se quiso atacar fue el recaudo de la prueba administrativa por falta de previa ordenación, ninguna razón le asiste al impugnante, pues en el folio 108 y siguientes del cuaderno segundo consta su debida aducción, y la expresión de la forma como se recibió en el juzgado, debidamente autenticada y procedente de la empresa perjudicada con el hecho, dándose de esa manera cumplimiento a las exigencias del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal vigente para entonces. Luego por ese medio, los sujetos procesales tuvieron la oportunidad de ejercer a plenitud el derecho de contradicción.

Un reproche más se le hace a esta demanda, porque al mismo tiempo el casacionista menciona la disparidad entre el número de los rollos incautados y los entregados por la empresa, pues "....ya no se habla de un falso juicio de legalidad, sino que se cuestiona el valor de las diligencias que antes se pensaba debían excluirse del acervo probatorio por infringir las reglas de su aducción" incurriendo el censor "en una contradicción insalvable, porque si las probanzas fueron mal aportadas al expediente, no existe otro camino que plantear su imposibilidad de apreciación por el rompimiento de las reglas legalmente definidas para ritual un trámite ajustado a derecho, y no puede, por ello, cuestionarse inmediatamente y sin argumento diferenciador alguno, el poder de convicción de las mismas".

Entrando, sin embargo al tema de si llegó a determinar o no si los rollos incautados tenían relación en el número, color y calidad, cuáles habían sido utilizados y si el excedente correspondía a la diferencia entre lo entregado por la Electrificadora y lo decomisado, reproduce los argumentos del juzgador para sostener que "No se advierte en lo transcrito ánimo diferente a resaltar que la actividad instructiva fue deficiente" y tampoco se evidencian.

> "argumentos convincentes o tan siquiera superfluamente presentados, que apunten a comprobar una vulneración de la ley sustancial de manera mediata, porque el censor se queda en especulaciones que nada aportan al libelo que, ni tan siquiera, se ocupa de analizar la forma como los sentenciadores arribaron a las conclusiones que les permitieron pronunciar la sentencia de condena; y, al haberse planteado este tercer aspecto dentro de un mismo cargo con las dos proposiciones anteriores, constituye también evidente falla técnica pues al pretender que las pruebas surgidas de la actuación administrativa han debido ser complementadas, es reconocer la validez que a ellas se les había negado en la primera sección de la censura, con lo que el alegato se torna contradictorio y por tanto deficiente para la sustentación de un recurso de casación en donde se debe presentar a la Corte un juicio técnico-jurídico contra la sentencia de segunda instancia que respete, además, las reglas de la lógica y de la coherencia"

ni demuestra en qué consistió la falta de apreciación de la prueba, dejando de lado los múltiples aspectos que llevaron a los juzgadores a creer lo contrario.

Recuerda cómo la mención a la presencia de un sujeto conocido como "Tata" y quien habría hecho entrega del material decomisado se quedó sin apoyo en el proceso y de añadido cómo al proponerse un incidente por parte de un tercero que pretendía reclamar dos de los rollos, le mereció una orden para que se le investigara penalmente, circunstancias todas que le llevan a proponer que el cargo no prospere.

Contestando a la demanda que presenta el defensor de los acusados Nicolás de la Hoz y otros bajo invocación de una violación indirecta por error de hecho en la apreciación de la prueba relativa a la salida de materiales y al dominio de dichos bienes en cabeza de la Electrificadora, el procurador responde que la sentencia del *a quo* hizo alusión al testimonio de Jesús Ramos Herrera y a las fotocopias autenticadas de los documentos, en las cuales consta la salida de 780 kilos de alambre desnudo solicitado por Nicolás de la Hoz Torres al personal administrativo de la Electrificadora del Atlántico. Que igualmente se hizo referencia a la excusa dada por este acusado en la diligencia de audiencia pública, cuando dijo que once (11) de los trece (13) rollos de alambre fueron agregados o colocados por la policía

a los dos (2) que habían recuperado en casa de Rudas Castellar, retirados del cuarto de recuperación, y que si bien es cierto ese agregado de materiales se hizo en las instalaciones de la Policía Judicial, de todas maneras los abogados que asistieron a los imputados en la diligencia de versión libre no dejaron consignada ninguna irregularidad al respecto.

Contrario a lo manifestado por los encartados que sostuvieron no haber recibido en esa fecha materiales, la providencia resaltó lo dicho por el procesado Jacob Arrieta Pérez a folio 99, donde reconoció que "ese día llevaban 2 rollos de alambre número 6 de 50 kilos, 2 rollos de alambre número 2 a 50 kilos, etc., que sumándolos da un total como de 12 rollos", lo cual le permitió evidenciar, que sí efectivamente los acusados detentaban los elementos dejados precipitadamente en la residencia de Luis Felipe Rudas Castellar, retirándose de allí en los vehículos oficiales con la misma rapidez.

Hizo además mención el fallo a la inspección en donde se relacionaron los bienes recuperados y decomisados (424 kls.), cuyo avalúo practicado en conjunto con los otros elementos (las crucetas y el perno), dio la suma de $ 1.216.514.40; insistiendo el Tribunal en su fallo sobre la manera como se pudo establecer la propiedad del material en cabeza de la Electrificadora del Atlántico S. A., y la relación existente entre esos bienes y los sindicados, lo cual infiere del informe policial, las copias de los contratos de trabajo, las fotocopias de las salidas del material, y la mención a la decisión mediante la cual se ordenó devolver a la Electrificadora los elementos incautados, providencia que así no constituya prueba, sirve para reproducir tanto las consideraciones allí plasmadas, como el reconocimiento que hiciera el implicado Nicolás Alberto de la Hoz Torres cuando dijo que el alambre era de la misma clase del que se utilizaba en los trabajos de la Electrificadora.

Así las cosas, resulta evidente que el fallo no se fundamentó tan solo en las declaraciones de los ingenieros, ni las fotocopias fueron supuestas porque existían contándose con un análisis probatorio de conjunto que incluyó los contratos de trabajo de los empleados, la solicitud y entrega al jefe de cuadrilla de 780 kilos de alambre, y que cuando finalmente bajaron las piezas para introducirlas al domicilio de Rudas, se encontraban en el desempeño de sus actividades laborales. "En tal virtud, la posición del actor no pasa de ser un disentimiento de la forma como los juzgadores asumieron para sí la certeza necesaria para decidir cómo se hizo", y refiriéndose al planteamiento sobre atipicidad objeta su presentación ténica en el libelo, pues:

> "Bien sabido es que al cuestionarse la tipicidad con supuestos como los transcritos, la alegación debe adelantarse por violación directa de la ley sustancial y en el caso bajo examen lo adecuado sería por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal, sin reprobar los hechos tal y conforme los consideró el juzgador..."

El cargo contenido en esta demanda —concluye el procurador— tampoco puede prosperar.

Refiriéndose por último a la demanda del representante del Ministerio Público ante el Tribunal, critica la delegada que si bien el recurrente acertó al atacar la duda por violación indirecta de la ley sustancial en la medida que ésta no fue admitida en la sentencia, la invocación que se hace del error de derecho sólo resultaba posible dentro de un falso juicio de legalidad, ya que la tarifa legal fue abolida de nuestro sistema, y en consecuencia no era posible alegar el falso juicio de convicción.

No en pese, como en el desarrollo de la censura el actor tocó uno y otro aspecto refiriéndose específicamente al informe de captura en su forma y contenido, a la actuación administrativa surtida en la Electrificadora, y al valor otorgado al testimonio del cabo primero José Cayetano Suárez, constituyendo este último el centro del ataque, la delegada responde que no fue el informe de captura el origen del sumario, porque los jueces de Instrucción Criminal ya antes de proferir el auto cabeza de proceso contaban con las versiones libres y espontáneas de los aprehendidos, sin que un planteamiento de esta índole corresponda con el error de derecho invocado.

Refiriéndose al informe del cabo Cayetano Suárez recuerda que los falladores no lo tuvieron en cuenta de manera aislada, si no que fueron muchos otros los elementos que se estimaron en conjunto tales como documentos y pruebas técnicas, etc., además, que la tímida mención del libelista a la "incongruencia" entre el material incautado y el puesto a disposición del funcionario instructor, carociendo de demostración, mucho menos explica su ingerencia en el fallo. Por ello:

> "...la ineptitud de la demanda es protuberante; no ubica la inconformidad con precisión, ni hace la crítica asido de una construcción lógico-jurídica pedida por el recurso..."
>
> "Para esta delegada —continúa— constituye un craso error referirse a 'indicios' dentro de un contexto de violación indirecta por error de derecho como se ha planteado, toda vez que el reparo sobre esta materia tiene cabida en casación por falso juicio de identidad, partiendo del presupuesto basilar que la edificación indiciaria es compleja y el hecho indicado debe establecerse por el sendero de la inferencia lógica para saber sin duda si hay o no relación y cuál su grado y entonces la fallida labor del juzgador en esta tarea sería lo que a la final cimentaría el reproche.
>
> "Equivocado es por eso, la vía escogida por el actor pues si el soporte de su ataque es por error de derecho, éste no guarda en su seno la acepción acertada – falso juicio de identidad— para hacer próspera la censura, lo que de acuerdo a lo acotado constituye un innegable error.

"Además, lo manifestado por el memorialista es inconciliable ya que al presentar los supuestos hechos no probados, introduce situaciones contrarias a la lógica, por ejemplo la no captura de ballestas y el cómo explicar el traslado en una hora de los procesados de un sitio a otro. Ello, en el mejor de los casos, es simplemente un marcado inconformismo del censor con algunos de los hechos admitidos por los juzgadores que en complemento a los otros medios probatorios dieron pie a la sentencia condenatoria.

"De allí que sea insoportable aceptar que bajo esos postulados, piense el recurrente que se configuró un error de derecho en la valoración del conjunto probatorio, sin siquiera advertir lo necesario en el ataque y ahí si poder con soltura desenvolver magistralmente el reparo.

"Un lamentable yerro más comete el casacionista al indicar que la actuación administrativa de la Electrificadora no podía aducirse con valor probatorio por falta de contradicción. Al efecto es dable sostener, como se dijera en los primeros renglones de este concepto, que un procedimiento penal permisible en el acceso de las actuaciones judiciales en que esté garantizado el derecho de la defensa, que sea público en latitud, carente de óbices para el acusado y donde por contera se pueda contraprobar —como aquí ocurrió— es este un trámite que rinde culto al derecho de contradicción.

"Lo que tampoco merece olvido es que el procedimiento que acompañó la gestión judicial fue el abreviado —flagrancia— y aunque de alguna manera lo troque con crítica el censor, el tema fue debatido en instancias, por manera que en esta sede sea tópico indemne.

"Si a lo dicho añadimos que para nada el casacionista perfila una razón para mantener firme su apreciación en el sentido de que no podía aducirse la investigación administrativa al proceso, fuera de implementar su aseveración con que los ingenieros no afirmaron ser el mismo material el salido del ente y aquel incautado; fuerza concluir que arroja en áreas desérticas su pretensión".

La réplica se extiende para censurar que dentro del error de derecho se cuestione el testimonio del cabo José Cayetano Suárez, por cuanto no se trata de prueba sujeta a tarifa legal, ni resultó ser el fundamento del fallo de condena, ya que los juzgadores tuvieron en cuenta muchos otros elementos, culminando la respuesta con la precisión de los siguientes vicios adicionales de la demanda:

"a) El extravío del censor propiciado por su estadía equívoca dentro de parámetros que alinderan otra modalidad de

error al denunciado; b) Ausencia demostrativa de los errores de derecho alegados dejando inalcanzable la posibilidad jurídica de desentrañar en qué medida una eventual disparidad contraria de modo eficaz y objetivo las reglas de la lógica y experiencia que son los patrones del principio de la sana crítica; c) Estaticidad en las generalizaciones con ánimo distractor tal como se advirtiera por ejemplo en el caso de asomo al falso juicio de legalidad; d) El tener un criterio valorativo distinto al reconocido por el juez, lo que no constituye error demandable en casación".

Por lo antes expuesto, estima la delegada para concluir, como en el caso de las anteriores, que esta demanda tampoco puede prosperar, de donde se sugiere a la Corte no casar la sentencia materia de impugnación extraordinaria.

Consideraciones de la Corte:

Son exactas las críticas que a las demandas concretan en su concepto el Ministerio Público y al descorrer traslado el señor representante de la parte civil, según pormenorizadamente y con referencia a cada uno de los tres escritos pasa en su orden a cotejarse:

1. En la breve y confusa *demanda presentada a nombre de Luis Rudas Castellar*, según en su momento se puso de resalto, el censor impugnó el fallo de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustancial, por "falta de apreciación de la prueba", mencionando enseguida y criticando la actuación administrativa relacionada con el decomiso de los rollos de alambre, porque a su juicio se trató de una prueba ilegalmente allegada, a espaldas de los defensores y sin posibilidad de controversia.

Dentro del mismo y único cargo y sin más explicaciones prosiguió el censor diciendo que tampoco se acreditó relación alguna entre los rollos decomisados y el material de propiedad de la Empresa Electrificadora, pues jamás se cotejaron en inventarios de material entregado a la cuadrilla a la cual pertenecía el señor Rudas para determinar los faltantes, ni mucho menos se procuró por otro medio establecer esa relación con el material incautado, criticando la orientación y resultados de la investigación administrativa y penal, concluyendo en que no se acreditó que los bienes hallados a los procesados fueran del dominio de la empresa ofendida, ni se desvirtuó que el cable hallado al señor Rudas le pertenecía era a un particular.

No obstante la brevedad con que se expone esta censura, los defectos sustanciales que en la misma se contienen resultan de tal grado y cantidad que de ninguna manera habilitan en sede de casación una respuesta adecuada según pasa a demostrarse:

Lo que primero se descubre es que pese al anuncio de un error de hecho, lo que en su crítica inicial plantea el libelista es uno de derecho, pues constituye falso juicio de legalidad que impide la consideración de una prueba su aducción irregular al proceso, lo que habría sucedido al ingresar los resultados de la averiguación administrativa sin auto que la ordenara o autorizara.

A este defecto notorio se añade, como bien lo hizo ver la Procuraduría Delegada, un claro distanciamiento de la realidad contenida en el proceso, pues atendiendo un informe de Secretaría que enteraba sobre el recibo de la documentación en respuesta a un oficio petitorio del juzgado, produjo el instructor el auto de septiembre veinte de mil novecientos ochenta y nueve, mediante el cual autorizó expresamente la incorporación de esas piezas como prueba válida dentro del proceso —fl. 108 del segundo cuaderno de originales—, momento a partir del cual hicieron parte del legajo y dieron la oportunidad amplia para su debate por las partes, lo cual demuestra el obedecimiento del mandato contenido en el artículo 252 del entonces Código de Procedimiento Penal donde expresamente se advertía que ninguna prueba sería apreciada sin auto que la ordenara o admitiera.

Y las contradicciones desde allí se sucedieron para hacerse irremediables, porque hacia el interior del mismo cargo pasó el censor a criticar el valor de los medios probatorios para acusar de nuevo la actuación administrativa de desorientada y deficiente para probar que los trece rollos de alambre hallados a los cuadrilleros hubieran sido parte de los manejados en sus actividades laborales como empleados de la Electrificadora, porque al entrar en estas objeciones pasa el actor a conceder valor mas no credibilidad al aporte probatorio, impidiendo desde ese momento definir si abandonaba el falso juicio de legalidad para pasar a uno de convicción o viceversa, disyuntiva que por no haber definido a su iniciativa impide a la Corte entrar a resolver, inhibida como se halla esta Corporación para la corrección o complementación de la demanda de casación.

Y no cesan allí las deficiencias: todavía el censor aduce que a cambio de demostrarse el dominio que tenía la Electrificadora sobre aquellos bienes, el juzgador desestimó la prueba que respaldando al procesado acreditaba como dueño del material incautado a un tercero, dejando sin saber a qué medios se estaba refiriendo y por lo mismo en la imposibilidad de establecer si es que mediaban motivos para que esa excusa se desestimara.

Sin que ante esta deficiente censura se hallase obligada la Sala a localizar la supuesta prueba ignorada, menos a complementarle oficiosamente al recurrente su libelo, no puede dejar de anotar que si la referencia aludía a la excusa de Rudas Castellar cuando afirmó que los dos rollos encontrados en su residencia los guardaba a un contratista de la Guajira conocido como "Tuta", los juzgadores desestimaron su excusa porque jamás suministró el procesado el menor informe

orientado a la identificación y localización de ese supuesto depositante, aspecto enteramente omitido por el inconforme que de este modo limitó su alegación a un desordenado e informal y contradictorio escrito, por completo deficiente para desquiciar el fallo atacado.

Y si la referencia se remite al incidente que promovió Fabio García Ocampo representando la firma INGELEC G. & Cía. Limitada, en el cuaderno respectivo consta que el resultado de esa osada interferencia no fue otro que el vencimiento del reclamante y la orden de que se le investigara penalmente tanto por la interferencia que pretendió infundadamente en el proceso como por la pretensión de alzarse con los materiales incautados.

El cargo no prospera.

2. *Demanda a nombre de Nicolás Gómez Julio, Angel María Castro, Nicolás de la Hoz Torres y Jacob Arrieta Pérez.*

En el primer cargo de esta demanda el recurrente propone la violación indirecta de la ley por error de hecho en la apreciación de la prueba, impugnación que entró a desarrollar advirtiendo que el delito de peculado no se daba, porque en ausencia de prueba referente al dominio del Estado sobre los elementos materia del ilícito ni aquella que vinculara a los acusados con la disponibilidad jurídica de los bienes extraviados se adujo al proceso, siendo suplida esta deficiencia por el juzgador quien la supuso.

Para sustentar esta censura explica que los ingenieros Jesús Herazo y Robinson Ramos se limitaron a afirmar que los elementos decomisados eran apenas parecidos a los utilizados por la Electrificadora, y que con relación al nexo funcional de los acusados con el material perdido, en sólo algunos de los comprobantes de egreso aparecía la firma de Nicolás de la Hoz, mas no en todos, quedando por saber si esos bienes se hallaban bajo el cuidado o responsabilidad de los acusados por razón de sus funciones.

Contestando por separado a cada uno de estos dos aspectos, y avalando las observaciones de la Procuraduría cuando recuerda que el ataque al fallo por la vía de la violación indirecta presupone que el censor desquicie no un medio demostrativo cualquiera ni aún varios, sino el sustento mismo sobre el cual descansan las conclusiones de la providencia que se impugna, coincide la Sala en concluir que para elevar el cargo que se estudia el casacionista descuidó cuáles habían sido los soportes de la medida de condena, en cada uno de los aspectos que aquí se controvierten, así que refiriéndose apenas parcialmente a esos medios, dejó incólumes las bases que le sirven de sustento.

Cuando el Tribunal se refirió al tema de la preexistencia y del dominio de los materiales de cuya indebida apropiación trata el cargo, afirmó, complementando los razonamientos del juzgado que la tenen-

cia y manejo de los materiales se hallaba acreditada por parte de la Electrificadora mediante los documentos que registraron la salida de los 730 kilos de alambre desnudo y la evidencia de su recuperación en poder de quienes no supieron dar explicación satisfactoria distinta a la del procesado Nicolás de la Hoz quien admitió que se trataba de material de aquel con el cual trabajaban en la Electrificadora. Por su parte y en sustentación más detallada, el juzgado había relacionado pormenorizadamente la prueba acopiada, dentro de ella, es cierto la relacionada con el manejo estadístico interno de materiales en la Electrificadora lo que acreditaba que sí se detentaba en esa empresa esta clase de objetos, con las cotejaciones de los elementos recuperados y su reconocimiento, pero además y de manera importante por las circunstancias que mediaron para la recuperación de dichos elementos, pues no dejó de apreciar que el descubrimiento del ilícito se dio por el seguimiento que se le hizo a los procesados por parte de la policía, detectando las facilidades que tenían para transportar el alambre y demás elementos a sus residencias donde efectivamente fueron encontrados, análisis conjunto de los medios que le llevó a la comprensión de la ilícita procedencia del objeto material de la infracción, como producto de la defraudación a la Empresa Electrificadora.

Sobre la vinculación de los procesados con ese ente de capital oficial mayoritario, destacaron también los fallos de instancia la relación laboral existente entre los acusados y la empresa dentro de unos concretos destinos funcionales (linieros, ayudante de línea y sobrestante de redes), destacando la utilización que por razón de sus funciones tenían los acusados con los materiales que, como lo ratificara De la Hoz eran precisamente los que les correspondía utilizar en sus labores ordinarias, de manera que lejos de tratarse de una relación simplemente material o por accidente, a cargo de estos empleados se hallaba el retiro de los materiales, su transporte y su aplicación, de donde cabe desprender su deber de custodia y de manejo.

Apenas parcialmente se refirió, según se dijo, el casacionista al mérito de éstas probanzas y ello significa que por no haber socavado en sus fundamentos esenciales los presupuestos del fallo de condena, debe reconocerse la pervivencia de esa decisión por encima de las incompletas objeciones defensivas.

Añadió el procurador, y en ello coincide la Corte a este punto, que un defecto de más sumaba la demanda al pretender introducir para finalizar el cargo una crítica atinente con la adecuación típica de la conducta al artículo 133 del Código Penal, sugiriendo que la conducta de los acusados ni era generadora de perjuicio ni se ajustaba a las descripciones de la norma legal, porque el cargo se había anunciado y desarrollado hasta allí por la vía de la violación indirecta de la ley, de donde resulta inadmisible el súbito desvío a una referencia

crítica sobre el alcance dado por el juzgador al precepto sustancial, propia de la violación directa.

El cargo no prospera.

3. *Demanda presentada por el señor representante del Ministerio Público en favor de los acusados.*

Para responder a esta demanda le bastaría a la Sala con hacer una remisión integral a los certeros argumentos aportados por la Procuraduría Delegada con los cuales coincide.

Tratándose de una acusación de violación indirecta por error de derecho mediante el cual se desconoció —se dice— el principio del *in dubio pro reo* por falsos juicios de convicción, procede recordar que éste se da cuando el juzgador desconoce el valor tarifado que le otorga la ley a un determinado medio probatorio, o cuando le otorga una connotación legal que no le corresponde, lo cual supone, obviamente, la existencia de una prevaloración normativa expresa y concreta. Inexistiendo esos parámetros dentro de la preceptiva que rige el derecho procesal penal colombiano que en este aspecto acoge el principio de la sana crítica, la única alternativa que al censor le queda dentro de la alegación de estos errores de derecho es la de demostrar que el juzgador reconoció a una prueba un valor que no le confería la ley, o que de modo manifiesto u ostensible se abandonaron las reglas que nutren y orientan una sana crítica.

Reconocida la dificultad y excepcionalidad de un ataque dentro de esta perspectiva, los reparos que el libelo amerita se orientan principalmente hacia su análisis restrictivo y parcial de la prueba como el enfoque crítico subjetivo con que la misma se analiza, desconociendo el censor que por la vía escogida le obligaba además entrar a desquiciar en su integridad el fundamento probatorio del fallo de condena, y que le era ineludible demostrar la presencia del error protuberante o manifiesto, valga decir, de aquel que asoma a simple vista y sin necesidad de elaborados y complejos esfuerzos de dialéctica, lo que equivale a afirmar que la prosperidad de la censura no podía quedar asegurada con una simple oposición de opiniones o criterios frente a los exhibidos por el fallador en su sentencia.

Cuando el censor en este caso propone que el informe de la Policía fue contradictorio porque llevó al juzgado más elementos de aquellos que se habían decomisado, o porque no le parece que a unos seiscientos metros pueda hacerse la identificación de una persona mediante la utilización de unos binoculares, palpablemente ignoró que el informe fue avalado con amplitud con las versiones dadas por los procesados que corroboran las circunstancias de una aprehensión flagrante y con ellas avalan que sí se dio el seguimiento, incluyéndose la admisión común respecto de la clase de elementos que de ordinario tenía que manejar la cuadrilla de trabajadores de la Electrificadora y la versión

de De la Hoz al admitir la correspondencia entre el material decomisado y aquel que diariamente utilizaban como linieros, aspectos complementarios del informe policivo que tuvo el instructor a su alcance antes de iniciar la investigación y que estaba en la obligación de citar y controvertir parejamente el libelista.

Cuando el censor apunta su ataque contra la documentación relativa a la actuación administrativa y de ella dice que no se la sometió a contradicción, su alegación no pasa de constituir una simple afirmación sin mayores explicaciones ni agregados, que fácilmente se opone a la realidad que encierra el expediente, pues sin que exista una disposición que obligue a hacer traslado a las partes de los documentos allegados como si se tratara de un dictamen, es lo cierto y así ya lo resaltó la Sala al contestar un cargo similar en las demandas precedentes, que esta documentación fue legalmente acogida por el instructor que ordenó en auto tenerla como prueba, momento a partir del cual contó la defensa con la amplia posibilidad de criticar, debatir y contraprobar el contenido de esos medios, haciéndose de imposible recibo la equiparación de la tolerancia o pasividad de la defensa frente a un medio probatorio, con el desconocimiento del derecho a controvertirlo, lo que lleva a concluir en que el reparo en estos términos propuesto carece de la relevancia y de la prueba que pudiera determinar su acogida, sin dejar de anotar que en este aspecto lo que en verdad se plantea no es el anunciado error de derecho por falso juicio de convicción sino más bien uno de legalidad, que mayormente exigía se precisara cuál fue la norma medio que en su caso llegó a transgredirse.

Por último y cuando la censura enfila el debate hacia el valor del testimonio rendido por el suboficial de la Policía Cayetano Suárez, cae en el error de pretender que se trató de la prueba sustancial y si no única, sí determinante del fallo de condena, pues ya se ha visto a lo largo de esta decisión que de muchos otros medios se valió el juzgador para acentuar su convencimiento sobre la realidad del hecho y la responsabilidad de los comprometidos, pues la versión del funcionario se apoyó con las de sus acompañantes en la misión cumplida, se avaló con la entrega de los elementos obtenidos y la aprehensión de los responsables quienes admiten las circunstancias del decomiso del material eléctrico motivo del apoderamiento (así objeten que no de todos los rollos de alambre), y dentro de ellas de la presencia de Rudas Castellar no en su lugar de trabajo sino en su residencia, y del hallazgo allí de elementos del delito.

El seguimiento de Rudas determinante de esa incautación debía tener una explicación, y ella la da con lógica y fundamento el declarante advirtiendo que con la noticia de irregularidades en la Empresa Electrificadora y el desplazamiento sospechoso de Rudas trasladándose a su casa lo siguió, advertencias que los resultados objetivos corroboran y frente de las cuales no basta una simple afirmación para controvertir e infirmar la posibilidad que tuvo el uniformado de seguir

en ocasiones con el empleo de unos binoculares la ruta del aprehendido, pues no sostuvo en su versión que hubiese identificado al procesado con esa ayuda visual, sino que el seguimiento lo realizó empleando el utensilio, porque la corroboración de la identificación del empleado vino a conseguirse precisamente en su captura en tenencia de elementos materiales del delito de peculado investigado.

Estos análisis apenas corroboran que muy distante de la demostración del error protuberante o manifiesto que alegaba sobre el distanciamiento del juzgador frente a las reglas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia, el casacionista apenas logró exhibir su inconformidad con la interpretación judicial de algunas de las pruebas que contiene la sentencia, criterio insuficiente para alcanzar la infirmación de la providencia impugnada, pues, como ya repetidamente se ha dicho por la Sala, tratándose de la interpretación de la prueba dentro del criterio de la sana crítica, goza el juzgador de amplitud para llegar a su convencimiento, sin pretermitir el deber de explicar los fundamentos de sus conclusiones, frente a las cuales no basta con sugerir otras hipótesis probables, pues lo probable no se identifica con lo claro ni puede imponerse con fuerza incontrastable.

No prospera la censura.

Una apuntación final: en el resumen de la actuación se vio que el juez cuando tasó la pena con base en el concurso de delitos optó por su acumulación meramente aritmética, imponiéndole a los acusados Gómez Julio, De la Hoz, Arrieta y Castro 48 meses de prisión más 3 de arresto. El Tribunal, al resolver la alzada que interpuso la defensa, hizo la corrección para imponer a estos acusados un total de cincuenta meses de prisión, eliminando la pena de arresto para incrementar simultáneamente la prisión.

No considera la Sala que con esta rectificación ajustada a la legalidad pudiera contrariarse el precepto del artículo 31 Constitucional, pues manteniéndose dentro del criterio que daba lugar a la equivocada adición por concepto del concurso, lo que hizo el *ad quem* fue precisamente homologar la pena de prisión sin que se excediera en duración, y así en efecto sucedió al reducir de 51 a 50 meses la privación de libertad de éstos cuatro procesados, reducción que precisamente constituye factor determinante de un sensible beneficio, por encima de la desdibujada diferencia penitenciaria entre las calidades de la prisión y del arresto, que en este estadio de la actuación explica el por qué se abstendrá la Corte de modificar oficiosamente el fallo acusado.

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 los defensores de los acusados Luis Felipe Rudas Castellar, Nicolás Gómez Julio, Angel María Castro Ortega, Nicolás Alberto de la Hoz Torres y Jacob Arrieta Pérez, y por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Barranquilla.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

EXTRADICION

Establece el artículo 555 del C. de P. P., en ausencia del Tratado de Extradición entre Colombia e Italia, que: "Una vez perfeccionado el expediente, el Ministerio de Justicia lo remitirá a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para que esta Corporación emita concepto". / La falta de petición expresa de extradición, por elementales razones, impide considerar perfeccionado el expediente remitido por el Ministerio de Justicia, exigencia que en tratándose de trámites de extradición, se constituye en verdadero requisito de procedibilidad para la intervención de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, prevista por el artículo 556 y siguientes del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 03.

Vistos:

Decide la Corte sobre la viabilidad o no de iniciar el trámite de extradición de *Francesco Marconi Saffioti.*

Antecedentes:

1. El jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, mediante oficio 004846 de diciembre 2 del año en curso, comunica a esta Corporación que el Gobierno de Italia ha formalizado la extradición de Francesco Marconi Saffioti, mediante la nota verbal 2088 de septiembre 16 de 1993. Acompaña al mismo, los documentos presentados por la embajada de dicho país y fotocopia del trámite adelantado ante la Fiscalía General de la Nación, que culminó con la resolución de septiembre 27 del año en curso, mediante la cual su titular se abstuvo de ordenar la captura con fines de extradición de dicho ciudadano.

2. No se encuentra dentro de los documentos que, debidamente traducidos, remitió la embajada italiana, la solicitud expresa de extra-

dición. Solamente obran los siguientes: transcripción literal de las normas que se consideran violadas (fls. 2 a 12), providencia de custodia cautelar en captura de dicho ciudadano por el delito de "Asociación finalizada al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicótropas" (fls. 13 a 54) y petición a la Fiscalía General de la República en el Tribunal de Apelación, sobre la captura de Francesco Marconi (fl. 58).

3. Tampoco se observa solicitud de extradición dentro de las diligencias adelantadas en la Fiscalía General, pues allí lo que reposa es la fotocopia de la nota verbal 0945 mediante la cual la Embajada de Italia solicita la búsqueda y la captura provisional del requerido, "mientras llega la solicitud de extradición de rigor" (fl. 2, anexo II), que, como atrás se precisó, fue resuelta desfavorablemente por la Fiscalía General de la Nación, con el siguiente sustento argumental:

> "Por lo anterior, en el caso en estudio, resulta claro, en principio que el señor Francesco Marconi Saffioti, nació en Cali (Valle del Cauca), razón por la cual, frente a la posibilidad de que se trate de un colombiano por nacimiento, este despacho se deberá abstener de decretar la captura preventiva con fines de extradición, en atención al mandato contenido en el artículo 35 de nuestra Constitución Nacional" (fl. 7, anexo II).

4. De otra parte se advierte que dentro de los documentos que la Fiscalía remitió para el presente trámite, figuran dos que no han sido traducidos como es de rigor legal. Estos son: El certificado de nacimiento de Francesco Marconi y su pasaporte (fls. 15 y 20).

En orden a resolver se considera:

1. Establece el artículo 555 del C. de P. P., aplicable en este caso en ausencia de Tratado de Extradición entre Colombia e Italia, que "Una vez perfeccionado el expediente, el Ministerio de Justicia lo remitirá a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para que esta corporación emita concepto".

2. Tal como se concluye de la revisión cuidadosa de la documentación remitida por el Ministerio de Justicia para el trámite de extradición de Francesco Marconi Saffioti, esta carece del más trascendental de los documentos: la solicitud expresa de extradición que hubiera formulado el gobierno italiano. Se encuentra, como atrás se dijo, fotocopia de la nota verbal número 0945 mediante la cual se solicita la búsqueda y la captura provisional de dicho ciudadano. Pero ello no puede suplir la petición expresa, dado el carácter eminentemente transitorio que allí mismo se resalta, cuando se indica que dicha medida se impetra "mientras que llega de Italia la solicitud de extradición de rigor".

3. Esta situación, por elementales razones, impide considerar perfeccionado el expediente remitido por el Ministerio de Justicia, exigencia que en tratándose de trámites de extradición, se constituye en verdadero requisito de procedibilidad para la intervención de la rama jurisdiccional del poder público, prevista por el artículo 556 y siguientes del C. de P. P.

4. La circunstancia que viene de precisarse es suficiente para que la Corporación disponga el regreso de las diligencias al Ministerio de Justicia para su perfección. Sin embargo, como también se evidencian en este momento otros aspectos que inciden en la demostración plena de la exigencia a que atrás se aludió, a ellos se hace referencia de inmediato, en tanto que deben ser objeto de atención, previamente al inicio del trámite judicial. Ellos son:

a) La Fiscalía General de la Nación allegó durante su intervención el certificado de nacimiento y el pasaporte del requerido. No obstante que estos documentos han llegado a este trámite como prueba trasladada, es lo cierto que ellos no han sido debidamente traducidos al castellano, como lo prevé el inciso final del artículo 551 del C. de P. P.; y

b) Además, no parece estar plenamente cumplida la exigencia contenida en el numeral 3º del artículo que viene de citarse, precisamente por la duplicidad de documentos sobre el lugar de nacimiento de Francesco Marconi —de origen foráneo y nacional— y la ausencia del requerido dentro del presente trámite, respecto de quien no se ordenó la captura, solicitada como medida provisional.

5. Frente a la anterior situación, no queda camino diferente a seguir que el de regresar el expediente al Ministerio de Justicia, para que cumplida la exigencia legal de su perfeccionamiento, pueda iniciarse el respectivo trámite por parte de esta Corporación.

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

Resuelve:

DEVOLVER al Ministerio de Justicia el expediente relacionado con la extradición de Francesco Marconi Saffioti.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION / FAVORABILIDAD

Es imperativo para el juez, conforme al artículo 36 del C. de P. P., ordenar la cesación de procedimiento en el momento en que, durante la causa, se presente alguna causal de improseguibilidad de la acción. / Por imperativo de favorabilidad, cumple aplicar en este caso el Código Penal de 1981, antes de su modificación respecto del delito de homicidio por la Ley 40 de 1993, y no el que estaba vigente para la época de los hechos, porque en aquella normatividad contrario a lo que sucedía en ésta, el término prescriptivo que se reinicia a partir de la interrupción del auto enjuiciatorio se reduce a la mitad del máximo de la pena prevista para el delito materia del proceso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 003.

Sería el caso de examinar la demanda de casación frente a los requisitos formales que la ley procesal señala, de no ser porque aparece evidente que se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal en este proceso. Decidirá, entonces, la Corte lo que en derecho corresponde.

Hechos y actuación procesal:

En hechos ocurridos en la vereda "Puerto Nuevo" de la jurisdicción del municipio de Puerto Asís (Putumayo) el 2 de octubre de 1976, *Julio César Gaviria Enríquez* dio muerte a *Vicente Ordóñez* mediante herida de arma cortopunzante y contundente.

Con fundamento en la denuncia de la compañera del occiso, el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Asís abrió la investigación, y en desarrollo de la misma vinculó a Julio César Gaviria Enríquez, a quien en una primera calificación del sumario el Juzgado Segundo Superior de Pasto llamó a juicio por el delito de homicidio voluntario

simple el día 5 de marzo de 1977 (fls. 131-139 cdno. ppal. 1), en providencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad revocó y reemplazó por sobreseimiento temporal el 26 de mayo también de 1977 (fls. 151-153); y, pese a que la reapertura investigativa se había decretado por tres meses, sólo hasta el día 24 de abril de 1984 el mismo despacho le impartió nueva calificación, también por homicidio voluntario simple, imputación que el Tribunal Superior de Pasto confirmó en auto del 28 de mayo de 1986, que se notificó el día 31 de los mismos mes y año (fls. 245-258; 284-297 v. cdno. ppal. 1).

Tramitada lentamente la etapa de la causa (fls. 298 y ss.), que iniciada en el juzgado calificador de Pasto, pasó en abril de 1991 al Juzgado Unico Superior de Mocoa (fls. 313 cdno. ppal. 2), solamente cuando ya estaba vigente el actual C. P. P., esto es, el 24 de marzo de 1993, se profirió el fallo de primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de la ciudad últimamente mencionada, en el que se condenó al implicado por el mismo hecho punible por el que había sido comprometido en juicio (fls. 382-397 cdno. ppal. 2).

Esta sentencia fue apelada por la defensa, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la confirmó el 9 de julio de 1993 (fls. 435-462 cdno. ppal. 2), mediante el fallo que ha sido recurrido en casación (fl. 497 cdno. 2).

El trámite del recurso extraordinario correspondiente al Tribunal se cumplió, con la dilación propia de la notificación a través de comisionado por hallarse privado de la libertad en Mocoa el procesado (fls. 339-342 cdno. 2), venciendo el término de traslado para alegar a los no recurrentes el 5 de noviembre de 1993 (fl. 514), y remitiéndose el proceso a la Corte para la continuación del diligenciamiento del recurso, en donde se recibió el día 22 de noviembre de 1993 (fl. 1, cdno. Corte).

Consideraciones de la Corte:

Es imperativo para el juez, conforme al artículo 36 del C. P. P., ordenar la cesación de procedimiento en el momento en que, durante la causa, se presente alguna causal de improseguibilidad de la acción.

En este proceso, que por competencia para conocimiento del recurso de casación ha recibido la Corte, se observa que la acción penal prescribió a escasos días de ese recibo, por lo que, así deberá declararse, para cesar el procedimiento, pues que con esa incidencia cronológica el Estado ha perdido su potestad punitiva.

Obsérvase que los hechos, sucedidos en 1976, fueron calificados el 28 de mayo de 1986, cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto confirmó el auto de proceder de primera instancia, en

providencia que se notificó el 31 de mayo de tal año por estado, interrumpiéndose en esta fecha el término prescriptivo.

Por imperativo de favorabilidad, cumple aplicar en este caso el C. P. de 1981, antes de su modificación respecto del delito de homicidio por la Ley 40 de 1993, y no el que estaba vigente para la época de los hechos, porque en aquella normatividad contrario a lo que sucedía en ésta, el término prescriptivo que se reinicia a partir de la interrupción del auto enjuiciatorio se reduce a la mitad del máximo de la pena prevista para el delito materia del proceso.

La pena máxima para el delito de homicidio voluntario simple es de quince (15) años (art. 323 C. P.), tiempo éste que por mandato del artículo 84 en concordancia con el 80 del mismo Estatuto, a partir del auto de proceder debe reducirse en la mitad. Si, como se dijo, el auto de proceder interrumpió la prescripción el 31 de mayo de 1986, los siete y medio años necesarios para la prescripción se cumplieron el 30 de noviembre de 1993, vale decir, ocho (8) días antes de que el expediente arribase a la Corte.

En estas condiciones, el transcurso del tiempo ha enervado de manera absoluta la prosecución de la acción penal, y así se declarará para dar por terminado el proceso, lo que en consecuencia acarrea ordenar la libertad del implicado.

Se compulsarán copias si para que la Procuraduría y la Fiscalía correspondiente, si a bien lo tienen investiguen la considerable demora que se dio en la primera instancia.

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

Resuelve:

1. DECLARASE PRESCRITA la acción penal en este proceso, y por consiguiente ORDENASE LA CESACION de procedimiento contra el implicado Julio César Gaviria Enríquez, por el delito de homicidio en la persona de Vicente Ordóñez.

2. CONCEDESE la libertad incondicional a Julio César Gaviria Enríquez, de condiciones civiles conocidas en el proceso por razón de éste, que se hará efectiva si no se halla solicitado por otro despacho judicial.

3. COMPULSAR las copias referidas y enviarlas a la Procuraduría para la vigilancia judicial y a la unidad de Fiscalías ante el Tribunal de Pasto.

En firme, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / EXTORSION

El factor determinante de la competencia; cuantía, impone que la segunda acusación se sujete a la competencia de la primera. Y si, como en efecto ocurre, es superior la cuantía que actualmente otorga competencia respecto del delito de extorsión a los Juzgados Regionales, en comparación con la que se le otorgaba en el Decreto 2790 de 1990, convertido en legislación permanente, fuerza es concluir que el Juzgado regional que venía conociendo del proceso, ha perdido la competencia para continuarlo, y que ella se ha transferido al Juzgado Penal del Circuito, trabado en la litis —aspecto este de orden público y de aplicación inmediata—, cuyos argumentos, por razón del nuevo y posterior ordenamiento, resultan inadmisibles.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 003.

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia surgida entre un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá y el Veintiséis Penal del Circuito de la misma ciudad para conocer de este proceso, en el que se acusó del delito de extorsión a *Pedro Mayorga Morales, Luis Ebel Peralta* e *Israel Aranda.*

Antecedentes:

1. Mediante llamadas telefónicas hechas en febrero y marzo de 1992 a la familia del ciudadano Guillermo Alvarado Moreno, quien había sido secuestrado por personas diferentes a las encausadas en este proceso, los sujetos Pedro Mayorga Morales, Luis Ebel Peralta e Israel Aranda le exigieron el pago de seis millones de pesos ($ 6.000.000.00) para "negociar el rescate" del indebidamente retenido, suma ésta de la cual les fue entregado primero un "abono" de quinientos mil pesos

($ 500.000.00) directamente por los extorsionados, y posteriormente otro de dos millones, que resultó ser ficticio, porque la Policía Nacional, Unidad Antiextorsión y Secuestro, noticiada del ilícito adelantó uno de sus operativos en el que fingió entregarles la suma que esperaban y que en verdad no lo era, y les dio captura en el barrio Jerusalén de esta ciudad capital.

2. Los sindicados fueron comprometidos en juicio mediante resolución acusatoria del 15 de junio de 1993 dictada por la Fiscalía Regional correspondiente, que les imputó dos delitos de extorsión: uno consumado por la suma de quinientos mil pesos que efectivamente recibieron, y uno en grado de tentativa por los cinco y medio millones de pesos restantes (fls. 252-260 cdno. ppal.).

Por reparto para la tramitación de la causa, el asunto pasó a uno de los Juzgados Regionales de Santafé de Bogotá, ante el cual la defensa solicitó el envío del proceso a los jueces comunes por virtud de la cuantía, y así lo dispuso el despacho (fl. 309), correspondiéndole al Veintiséis Penal del Circuito en reparto.

Pero este juzgado no aceptó ser competente y así lo declaró en auto del 19 de noviembre de 1993, proponiendo colisión negativa al remitente. Argumentó que por Decreto 2790 de 1990 y sus modificatorios 099, 390 y 1676 de 1991 se asignó a los Juzgados Regionales la competencia para conocer de los procesos por extorsión en cuantía igual o superior de cinco millones de pesos y que esta competencia no sufrió modificación con la entrada en vigencia del actual C. P. P., debido a que la Constitución Nacional vigente desde 1991 en su artículo 8º transitorio autorizó al gobierno nacional para adoptar como legislación permanente la expedida en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio mientras no fuera improbada por la Comisión Especial, y en uso de tales facultades, se adoptaron como legislación permanente el Decreto 2790 citado y sus modificatorios, convirtiéndose así en normas de carácter especial, prevalentes sobre el ordenamiento del C. P. P. (Decreto 2700 de 1991) cuyo artículo 5º transitorio mantuvo la competencia que traían tales juzgados en los procesos de que venían conociendo. Así, siendo la cuantía del ilícito investigado en este caso superior a cinco millones de pesos, la competencia corresponde a los Juzgados Regionales. Consideró además el despacho colisionante que el nuevo C. P. P., con las modificaciones que le introdujo la Ley 81 de 1993 no varió la situación en comentario.

Basado en estas reflexiones propuso el incidente en estudio.

3. El Juzgado Regional, sin pronunciarse en forma expresa sobre la propuesta colisión, fundamentado en los artículos 9º y 93 de la Ley 81 de 1993, nuevamente devolvió el asunto al Juzgado Veintiséis Penal del Circuito (fls. 319-321); pero, nuevamente a su vez este juzgado se

lo retornó, apoyándose en los mismos planteamientos en que había propuesto la colisión (fl. 324) y solicitándole darle el trámite correspondiente.

Trabó entonces el incidente el Juzgado Regional por auto del 14 de diciembre último (fls. 328-329). Para el efecto se fundamentó en los textos del artículo 71 del C. P. P., ya modificado por la Ley 81 de 1993 que le confiere competencia a los jueces regionales respecto del delito de extorsión cuando la cuantía es o excede de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales; del artículo 63 de la misma ley, que deroga y subroga las disposiciones que le sean contrarias "tanto del C. P. P., como de las disposiciones adoptadas como legislación permanente conforme a lo establecido en el artículo 8º transitorio de la Constitución Política"; y, se basó también en las normas 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, todo ello para demostrar concisamente que la competencia en el caso presente no le pertenece. Y para que la Corte dirima el incidente, le ha hecho llegar la actuación.

Consideraciones de la Corte:

1. El artículo 5º transitorio del C. P. P., actual (Decreto 2700 de 1991), mantuvo la competencia de los juzgados y del Tribunal Superior antes de Orden Público y hoy regionales y nacional, respectivamente, para continuar conociendo de los hechos punibles de los cuales tenía competencia hasta su fecha de entrada en vigencia —julio 1º de 1992—, pero supeditó ésta a la aprobación que los decretos que la atribuían, hiciera la Comisión Especial o "Congresito", manteniéndole así a esta legislación en lo relativo a juzgados y Tribunal antes de Orden Público, la categoría de leyes especiales que traían, aunque integrantes del ordenamiento procesal.

2. Por su parte, el artículo 2º transitorio del mismo estatuto delimitó a diez (10) años a partir de su vigencia la competencia que ese ordenamiento les atribuye a los mismos Jueces Regionales y Tribunal Nacional; e implícitamente durante ese mismo lapso extendió la competencia reiterada a esos mismos despachos en los decretos aprobados por la Comisión Especial.

3. No obstante, ahora, un precepto posterior de igual jerarquía normativa, que tal es el artículo 63 de la Ley 81 de 1993, modificatorio del C. P. P., deroga y subroga las disposiciones a él contrarias, sea que estén incluidas en el Código propiamente dicho o que se encuentren en los decretos convertidos en legislación permanente en virtud del artículo 8º transitorio de la C. N. La norma reza:

> "La presente ley rige a partir de su sanción, deroga y subroga todas las disposiciones que le sean contrarias, tanto del Código de Procedimiento Penal, como de las disposiciones

adoptadas como legislación permanente conforme a lo establecido en el artículo 8º transitorio de la Constitución Política".

Así, al ocuparse concretamente de los decretos en alusión junto al C. de P. P., es obvio que el legislador ha optado también por abolir las normas de ellos, contrarias a las previsiones contenidas en la Ley 81 de 1993; no otra intelección resulta de la especificidad que hace al Código en sí mismo y a los mencionados decretos, independientemente de la naturaleza que puedan tener de normas especiales.

Así la situación, débese reconocer que efectivamente existe contrariedad entre el artículo 71 numeral 4º último aparte del C. P. P.; tal como quedó reformado por el 9º de la Ley 81 de 1993, y el artículo 9º del Decreto 2790 de 1990 tal como fue modificado por los Decretos 099 y 1676 de 1991, que fueran convertidos en legislación permanente, en lo relativo a la competencia de los hoy Juzgados Regionales.

En efecto: La norma de la Ley 81 de 1993 citada (modificatoria del art. 71 C. P. P.) atribuye competencia a esos despachos para conocer de los procesos por delitos de extorsión en cuantía igual o superior a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales (mandato idéntico al del artículo del Código, derogado, el 71-4), mientras que el Decreto 2790 de 1990, convertido con sus modificatorios en legislación permanente por Decreto 2271 de 1991, fijaba la competencia a esos despachos para el mismo delito en suma igual o superior a cinco millones de pesos, cuantía esta que resulta ser inferior a la de la Ley 81, y por consiguiente, contraria a ésta.

Si como se observa, ninguna modificación introduce la ley al artículo 71-4 del Código respecto de la cuantía de esa competencia —ambos la fijan en ciento cincuenta salarios (150) mínimos legales mensuales—, es evidente que la derogatoria sobre el particular está dirigida al decreto convertido en legislación permanente en virtud del artículo 8º transitorio de la C. N., sin perjuicio de su categoría de norma especial, que la Corte le había reconocido en providencias del 22 de julio y 2 de septiembre de 1992, al dirimir conflictos de la misma naturaleza del que aquí se estudia pero contando entonces con presupuesto legislativo diferente, como que para entonces ninguna derogación con la amplitud de la del artículo 63 de la Ley 81 de 1993 se había hecho.

Significa entonces la situación, que la competencia para los delitos de extorsión se halla sometida, en el caso que se resuelve, a la legislación hoy vigente.

4. En este proceso, a los acusados se les imputó en la resolución acusatoria —que bifurcó impropiamente la conducta realizada por ellos—, un delito imperfecto de extorsión en cuantía de cinco y medio millones de pesos, y uno consumado de quinientos mil pesos.

El factor determinante de la competencia: cuantía, impone que la segunda acusación se sujete a la competencia de la primera. Y si, como en efecto ocurre, es superior la cuantía que actualmente otorga competencia respecto del delito de extorsión a los Juzgados Regionales, en comparación con la que se la otorgaba en el Decreto 2790 de 1990 convertido en legislación permanente, fuerza es concluir que el Juzgado Regional que venía conociendo del proceso, ha perdido la competencia para continuarlo, y que ella se ha transferido al Juzgado Veintiséis Penal del Circuito, trabado en la litis —aspecto éste de orden público y de aplicación inmediata— cuyos argumentos, por razón del nuevo y posterior ordenamiento, resultan inadmisibles.

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

Resuelve:

Declarar competente para continuar conociendo de este proceso al Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Santafé de Bogotá. Por consiguiente, remítasele el proceso e infórmese, con copia de esta providencia, al Juzgado Regional trabado en la colisión que queda dirimida.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

Cuando se recurre en casación para que sea revisada la sentencia en segunda instancia, por la vía privilegiada del inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P., el impugnante debe indicar cuáles son los vacíos que vislumbra en este campo y los temas que debieran ser objeto de examen, ampliación o actualización para el desarrollo de la jurisprudencia nacional.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 003.

Vistos:

Se pronunciará la Sala sobre la viabilidad del recurso excepcional de casación intentado por el defensor del procesado *Jaime Florián Polanía* contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en proceso por tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial o testigo de que trata el artículo 147 del Código Penal.

Antecedentes:

Jaime Florián Polanía y Guillermina Vásquez de Lugo, empleados de un juzgado de la ciudad de Ibagué, fueron denunciados, procesados y condenados en sentencias de primera y segunda instancias proferidas por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma, y el Tribunal Superior de ese Distrito, respectivamente, como coautores del delito de tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial descrito en el artículo 147 del Código Penal.

Surtiéndose la notificación de la sentencia de segundo grado, el defensor del procesado Jaime Florián Polanía en sucinta nota dirigida al magistrado sustanciador del Tribunal Superior le hizo saber que

interponía contra dicha decisión el recurso excepcional de casación previsto en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal solicitándole hacerle saber "el procedimiento que debo seguir en este evento".

Vencido el término de ejecutoria, el citado funcionario en lugar de haber remitido de inmediato el expediente a la Corte para los fines pertinentes, optó por imprimirle al recurso interpuesto el trámite previsto en el artículo 224 *ibídem*, esto es, concediéndolo y ordenando los traslados de rigor al recurrente y a los demás sujetos procesales; determinación posteriormente revocada por el Tribunal Superior a pedido de la procuradora en lo judicial ante dicha Corporación, formulado en ejercicio del recurso de reposición.

Encontrándose la solicitud de revocatoria en traslado en la Secretaría del Tribunal, el impugnante hizo llegar un escrito en el que aduce como razones de su pretensión la inexistencia de jurisprudencia de la Corte sobre el delito de tráfico de influencias y la concurrencia de graves errores de interpretación cometidos por los juzgadores de instancia, que afectaron el derecho fundamental de la libertad y el debido proceso "como podré demostrarlo en la demanda de rigor una vez sea autorizado" para ello.

Consideraciones de la Corte:

No obstante que la solicitud para que sea revisada en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, por la vía privilegiada del inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P., proviene del defensor del procesado, parte legitimada para recurrir, y fue presentada dentro del término de ejecutoria del fallo protestado, es lo cierto, que el impugnante se limitó a enunciar su propósito de acudir a este excepcional medio impugnatorio porque respecto al delito por el cual fue juzgado y condenado su acudido (tráfico de influencias) no existe jurisprudencia de la Corte siendo necesario un pronunciamiento sobre el particular; pero sin indicar cuáles son los vacíos que vislumbra en este campo, ni los temas que debieran ser objeto de examen, ampliación o actualización para el desarrollo de la jurisprudencia nacional.

Se afirma lo anterior, porque las explicaciones que en torno a dicho tema consignó el defensor del procesado en escrito allegado durante la tramitación del recurso de reposición interpuesto por la representante del Ministerio Público ante el Tribunal Superior, no pueden considerarse simplemente porque lo fueron en forma extemporánea.

Sobre éste mismo tópico ha dicho la Sala que "cuando uno de los motivos esgrimidos para acogerse a la vía de 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 de un cambio o de una ampliación orientados a enriquecer los criterios de interpretación y aplicación de la ley" (autos del 18 de junio y 13 de octubre de 1993, entre otros).

Como en el presente caso el recurrente se limitó a expresar escuetamente la conveniencia de un pronunciamiento de la Corte respecto al delito de tráfico de influencias tipificado en el artículo 147 del Código Penal, sin ninguna argumentación o fundamento que respalde la viabilidad de su petición, lo que impide conocer su pensamiento y determinar si el tema es necesario para el desarrollo o unificación de la jurisprudencia penal; su pretensión en tal sentido le será denegada.

Y para contribuir a la divulgación del criterio de la Corte en cuanto a la procedencia y requisitos de la casación discrecional, se transcribe a continuación lo pertinente de la providencia del 28 de octubre de 1992 (m. p. doctor Juan Manuel Torres Fresneda):

> "1. El ejercicio de la competencia que de manera excepcional otorga a la Sala Penal de la Corte el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal para calificar la admisibilidad o no del recurso extraordinario de casación en aquellos casos que por regla general lo excluyen, presupone de una parte el lleno de algunos de los precisos requisitos que de modo general le son comunes a esta impugnación extraordinaria, como además el cumplimiento de unas exigencias específicas orientadas a justificar la viabilidad de su aceptación discrecional en ésta sede.
>
> "Dentro de aquellas *exigencias comunes o propias* de este medio extraordinario de impugnación, su admisibilidad presupone:
>
> "a) Que el recurso se dirija contra un fallo de segunda instancia, bien sea que haya sido proferido por un juzgado del circuito, ora por un tribunal superior, cuando en éste último caso el delito por el cual se procede no amerita sanción privativa de la libertad, o si aún teniéndola, ella resulta inferior a los 5 años de prisión. (Hoy de 6 años, según el art. 35 de la Ley 81 de 1993).
>
> "b) Que la impugnación se intente dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación del fallo de segundo grado, valga decir, dentro del término de ejecutoria

que le fija el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal a esa clase de providencias, y que además ratifica el artículo 223 *ibidem*, y

"c) Que como legitimados para recurrir, la impugnación provenga del procurador, su delegado o el defensor del acusado quienes podrán actuar de manera conjunta, separada o exclusiva, siguiéndose de allí que por expresa provisión legal no podrán intentar este recurso en el caso que se estudia, ni la parte civil, ni el fiscal (art. 222 del C. de P. P.), ni el tercero civilmente responsable (art. 155 *ibidem*), ausencia de titularidad que en nada obsta para entender que su intervención quedará garantizada como no recurrente y en las condiciones ordinarias de trámite subsiguiente del recurso, en el caso de ser declarada para éste su admisibilidad.

"*Como exigencias adicionales* que se desprenden tanto de la excepcionalidad y discrecionalidad que caracterizan esta nueva vía de impugnación, como de sus motivos específicos y de su integración en frente de los fines que señala para esta sede el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, se infieren además:

"a) La necesidad de que el impugnante fundamente, así sea de manera breve, pero con la suficiente claridad, cuáles son los motivos que le animan a la interposición del recurso a fin de poder examinar la viabilidad de su pedido, pues dentro de la respuesta que compete a la Corte, el ejercicio de su discrecionalidad lo exige, sea en el evento de que la petición se atienda o se deniegue, el apoyo de un debido fundamento, y ello obliga el conocimiento anticipado de las razones que a juicio del inconforme hacen de recibo el recurso, pues de otra manera podrían ellas descubrirse, ni conocerse el punto que suscita la respectiva controversia, exposición que en modo alguno perjudica o se opone a la necesidad de que en caso de admisibilidad, la impugnación extraordinaria se concrete a través de la formal y oportuna demanda de casación.

"Ahora bien: dentro de una recta comprensión de los precisos fines hacia los cuales apunta la extensión de la casación a eventos que de otro modo quedarían excluidos, y cuya deformación por exceso o por defecto desnaturalizaría el instituto, ora convirtiendo en ordinario lo que por ministerio de la ley se consagra de naturaleza extraordinaria, sino sacrificando —a contrario— los derechos que le dan razón de ser dentro del ordenamiento positivo, será de esperar que cuando el escrito de impugnación aduzca la necesidad de un pronunciamiento que fije con criterio de autoridad el alcance de una norma o tienda a la sana interpretación de doctrinas encontradas, así expresamente se indique, caso en el cual será

precisa la identificación nítida del tema cuyo desarrollo se impetra, dando breve pero claramente las razones que suscitan la intervención de la Corte, teniendo en cuenta que la finalidad que justifica la excepcional extensión del alcance de una norma deberá ser aquella que conduzca a su utilidad como criterio orientador o auxiliar de la actividad judicial, según función que a la jurisprudencia otorga el artículo 230 de la Constitución Nacional (219 del C. de P. P.).

"Siendo ello así, carecerá de sentido entrar simplemente a reiterar criterios ampliamente conocidos o a fijar alcances que ya en ocasiones precedentes han sido debidamente señalados, pues no se trata de instaurar una tercera instancia para que a través de ella entre la Corte a corregir las discrepancias que pueda tener un funcionario frente a la doctrina jurisprudencial mayoritaria, cuando por expreso mandato de la norma superior en cita (art. 230), la actividad del juez solamente está ceñida al precepto de la ley, quedando la jurisprudencia, al lado de la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, sólo como 'criterios auxiliares de la actividad judicial'.

"Tendrá entonces alcance el nuevo precepto procesal que la defensa invoca, para darle cabida a una orientación doctrinal cuando ella falte, o para permitir por ésta vía la unificación de la jurisprudencia, siempre que existiendo en este caso pronunciamiento sobre un tema, ellos resulten insuficientes, vacilantes, incompletos o contradictorios.

"En el segundo caso, *cuando de la efectividad de un derecho se trate*, será precisa su identificación, constituyendo en este caso carga para el impugnante la de entrar a fijar su alcance como garantía fundamental, lo mismo que la de vincular su violación con las actuaciones del respectivo proceso.

"b) Y por último, la necesidad de que por parte del funcionario *ad quem*, se haga junto con el fundado escrito de impugnación la remisión en originales del respectivo expediente, pues sin él resultaría imposible cotejar el lleno de los requisitos hasta aquí enunciados, a fin de calificar la pertenencia del medio impugnativo frente a las razones que por vía de excepción lo justifican.

"Si de todo ese análisis la conclusión que surge es la de admisibilidad del recurso extraordinario, es entendido que el expediente tendrá que regresar al juzgado o Tribunal que produjo la sentencia que se impugna para que allí se proceda en la forma que se indica por el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, pues de allí en adelante el trámite será el

que reglamentan los capítulos VIII y X del Título IV 'Actuación procesal', Libro Primero de ese ordenamiento normativo, respecto de traslados, admisibilidad de la demanda, términos y decisión" (G. J., T. CCXXI, Segundo Semestre 1992, Primera Parte, págs. 736 a 739).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal DECLARA INADMISIBLE EL RECURSO EXCEPCIONAL DE CASACION interpuesto por el defensor del procesado Jaime Florián Polanía y ordena la devolución del 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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA / HABER ACTUADO COMO FISCAL

El artículo 15 numeral 11 de la Ley 81 de 1993, sólo opera cuando el juez haya actuado como fiscal, esto es, como miembro de la "Fiscalía General de la Nación" habiendo conocido del proceso que debe juzgar, porque en ese caso y acorde con la filosofía del sistema que nos rige cumpliría las funciones de investigación, acusación y juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 004.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal a resolverle de plano el impedimento manifestado por los doctores *Enrique Ortega Castiblanco, Juana Marina Pachón Rojas* y *Yacira Elena Palacio Obando*, magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, fundado en la causal 11 del artículo 15 de la Ley 81 de 1993.

Fundamentos del impedimento:

La Sala de Decisión presidida por el doctor Enrique Ortega Castiblanco aduce que una de las funciones atribuidas por la Constitución a los fiscales es la de "calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas"; por ello el artículo 19 de la Ley 81 de 1993 —modificatorio del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal— prevé que compete a los ficales delegados ante el Tribunal de Distrito Judicial "investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, los delitos cuyo juzgamiento esté atribuido en primera instancia al Tribunal Superior de Distrito".

Como el proceso fue calificado por la Sala de Decisión que está conociendo de la causa y acorde con la causal invocada, se presenta

el impedimento cuando el juez haya actuado como fiscal, concurre en los mismos ésta, porque cuando se profirió la resolución de acusación, se actuó como fiscal, además de haber quedado comprometido su criterio en torno al asunto debatido, con lo cual se podría ir en detrimento de los intereses de la persona procesada, pues una de las razones para separar las funciones de instructor y juzgador fue la de evitar injerencia de uno con otro para que se dicte una sentencia desprovista de razonamientos que puedan llevar al juez a decisiones preconcebidas.

La Sala de Decisión presidida por el doctor Vicente Rodríguez Feo, no aceptó el impedimento propuesto, por considerar que en el caso subsiguiente la situación no corresponde exactamente a la causal invocada, toda vez que:

> "...por ejercer funciones integrales de juez de primera instancia, es decir, de formación y calificación del mérito del sumario, de juzgamiento y proferimiento de la correspondiente sentencia de primer grado, no se podía, en vigencia del Código de Procedimiento Penal anterior ni del actual, separar del conocimiento porque, como lo ha sostenido la jurisprudencia, el cumplimiento de deberes oficiales no puede constituir a propio tiempo impedimento, para su posterior conocimiento el (sic) asunto, criterio plasmado en decisiones de la honorable Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, del 29 de marzo de 1979, mayo 13 de 1980, 19 de febrero de 1993 y 8 de febrero de 1993".

Consideraciones de la Sala:

El numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, incluido por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993, establece como causal de impedimento que el juez haya actuado como fiscal.

En el caso en estudio, la Sala del Tribunal no actuó como fiscal sino como juez, en cumplimiento de funciones que conforme a la Constitución Nacional —Carta de 1886— y a la legislación procesal —Decreto 050 de 1987— vigentes, les correspondían, acorde con un sistema procesal distinto al que actualmente nos cobija.

Por ello resulta procedente traer a colación un pronunciamiento anterior de la Corte (septiembre 30 de 1992), con ponencia del magistrado que ahora cumple este mismo cometido, en el que dijo:

> "...no resulta admisible aplicar retroactivamente las reglas del sistema acusatorio a un proceso tramitado bajo una orientación diferente legalmente regulada, pues es obvio que por la vigencia del nuevo código los magistrados de la Sala Penal, no se convirtieron en 'fiscales', ni pasaron a ser sujetos procesales, ni son acusadores en el juicio.

"El compromiso qute surge para el fiscal cuando formula cargos, es muy diferente al previsto en la ley para lo que ocurre con el juez. El primero pasa a ser acusador, el segundo conserva su condición de imparcialidad, luego el impedimento que se pretende no existe".

La causal invocada sólo opera cuando el juez haya actuado como fiscal, esto es, como miembro de la "Fiscalía General de la Nación" habiendo conocido del proceso que debe juzgar; porque en ese caso y acorde con la filosofía del sistema que nos rige cumpliría las funciones de investigación, acusación y juzgamiento.

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento manifestado por los doctores Enrique Ortega Castiblanco, Juana Marina Pachón Rojas y Yacira Helena Palacio Obando, magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca para conocer del presente asunto.

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

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

El demandante incurre en común e insalvable error de técnica de atacar la sentencia por error de derecho en la apreciación probatoria, sin precaver que esta clase de censura no es viable cuando se trata de medios probatorios no sujetos a tarifa legal, salvo la presencia de un grosero o protuberante distanciamiento de las reglas de la lógica o de la experiencia que gobiernan la sana crítica. / La apreciación de la prueba indiciaria no se haya sujeta a tarifación alguna, lo que equivale a reconocer que su confiabilidad reposa en la demostración racional del hecho indicado y la relación con el sujeto a extremos vinculado.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 004.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Fernando Morales Rodríguez* en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá del 29 de septiembre de 1992, con la cual confirmó, modificándola, la condena que como autor material de un concurso homogéneo y sucesivo de estafas emitió en primera instancia el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de la misma ciudad, imponiéndole la pena de 38 meses de prisión, el pago de cien mil pesos de multa y la cancelación de setenta y cinco millones seiscientos treinta mil pesos por concepto de los perjuicios materiales, así como el equivalente en moneda nacional a quince gramos oro por perjuicios morales en favor de cada uno de los perjudicados con la infracción.

Hechos y actuación procesal:

1. Con apego a lo ocurrido, el Tribunal resumió los hechos en la forma que sigue:

"A la empresa FINANCAR LTDA., cuyo objeto social era la compra y venta de vehículos automotores, acudieron —por publicidad hecha en la prensa— numerosas personas en aras a hacerse a un vehículo de servicio público; allí eran atendidos por los vendedores, encargados de cotizar, establecer la forma de pago y financiación y recepcionar las cuotas iniciales que oscilaban entre quinientos mil a dos millones de pesos, recibidas las cuales, se prometía a los compradores que en breve lapso les serían entregados los carros, lo que no se cumplía y ante los múltiples requerimientos, eran contactados con el gerente, Guillermo León García Peña, quien los convencía de que las moras obedecían a múltiples situaciones, como incumplimiento de los concesionarios en las entregas, dilación de los trámites ante las autoridades de tránsito para adquirir los cupos o en las respectivas matrículas".

"Como algunas de las personas no aceptaban las excusas e insistían en la entrega de los vehículos o dineros, García Peña, a lo último, giró cheques de su cuenta corriente para que fueran cobrados luego del 18 de mayo de 1989, siendo impagados por la entidad bancaria (por insuficiencia de fondos en principio y luego por cuenta cancelada) y a la gran mayoría los citó para el 19 de ese mes en aras a cumplir con las entregas, lo cual no ocurrió, pues huyó, sin que se tenga noticia de su paradero".

2. Con fundamento en las diferentes denuncias formuladas por los defraudados compradores de la firma comercial del señor García Peña intervinieron en la instrucción de los hechos los Juzgados 63 y 58 de Instrucción Criminal, resolviendo el primero con motivo de la calificación del mérito sumarial proferir resolución acusatoria en contra de Guillermo León García Peña, Alba Ruby Valencia y Ramón Penagos como coautores del delito de estafa, y en calidad de cómplice a Fernando Morales Rodríguez, en tanto cesó procedimiento en favor de Clara Cecilia García Peña y Juan Ignacio Valbuena Gardeazábal, decisión que sometida a revisión por vía de alzada modificó el *ad quem* para incluir como coautor a Fernando Morales y dejar a Ramón González como cómplice, reabriendo la investigación en favor de Alba Ruby Valencia.

Como el Juzgado 58 de Instrucción también enjuició a García Peña, las actuaciones se acumularon ante el Juzgado 37 Penal del Circuito, que tramitó y concluyó la causa, profiriendo el fallo de condena en la forma antes señalada, decisión impugnada ante el Tribunal y modificada para excluir algunas conductas por contravencionales, decisión esta última sobre la cual recae el recurso extraordinario a iniciativa del defensor del acusado Morales Rodríguez.

La demanda:

Invoca el recurrente como única causal de casación la primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, proponiendo dos cargos bajo la alegación de errores de derecho, pues en su sentir la prueba carece de eficacia para demostrar la responsabilidad penal atribuida al acusado Morales Rodríguez, dado que en la sentencia de segunda instancia se le dio valor de plena prueba a una calidad que no tenía, esto es, la de ser *directivo* de la empresa "FINANCAR", porque apenas se desempeñaba en ella como *vendedor* que devengaba una comisión por cada vehículo que negociara.

En el primer cargo el casacionista sostiene que el fallo fundamentó la certeza sobre responsabilidad del enjuiciado en el hecho de que en el establecimiento se exhibieron como propios unos vehículos que habían sido recibidos en consignación, cuando el objeto social de la empresa era justamente la compra y venta de automotores, así que la posesión de los mismos hacía presumir su propiedad. Tampoco se demostró que Morales en su condición de vendedor o director de ventas de la firma tuviera conocimiento de que los vehículos se detentaban en precarias condiciones, circunstancia que ni siquiera resultaba incidental, ya que el Código Civil hace válida la oferta de bien ajeno. Con alusión del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, sobre tal aspecto abunda que:

> "Se ha incurrido en violación indirecta de esta norma por error de derecho, por cuanto el indicio consistente en haber mostrado unos vehículos dejados en consignación en las oficinas de 'FINANCAR', ofreciéndolos en venta a algunos clientes, no constituye el elemento engaño de la *estafa*, sino por el contrario, es una actividad esencial en la comercialización de vehículos automotores, ... Por tanto, es procedente rechazar la estimación probatoria que hizo en la sentencia el juzgador de segunda instancia sobre la existencia de los vehículos en consignación, como elemento indicativo del engaño". Agrega que: "La responsabilidad penal de Fernando Morales Rodríguez, también está sustentada en la sentencia del Tribunal aludida, en el hecho de que había trabajado con Guillermo León García Peña y por tanto conocía sus ejecutorias. 'Y manejaba, como el que más, el objeto social de la nueva compañía'.
>
> "Vale decir, que se hizo un falso juicio de convicción basado en una vieja amistad dentro del gremio de los vendedores de carros y en la idoneidad profesional de Morales Rodríguez, como vendedor de automóviles. Se tuvo en cuenta un hecho indicador que no puede producir la certeza legal de la responsabilidad penal, por cuanto la amistad y los conocimientos en un arte o profesión, tienen significación en

ámbito de las virtudes, de la moral y de la ética, pero jamás como productores de infracciones a la ley penal".

Al acusado se le consideró además como directivo de la firma por el solo hecho de haberse presentado como tal ante uno de los perjudicados, y a otro haberle ofrecido un vehículo haciendo ostentación de su condición de gerente de ventas, mientras que a un tercero le ofreció mediante comunicación la entrega de otro automotor, cuando se trataba simplemente de hechos propios de las funciones que tenía como vendedor, hábiles más bien para demostrar la buena voluntad con que actuó. Agrega que los documentos de contenido parejo al que reposa en autos, permiten confirmar que no eran actos de creación de Morales Rodríguez, sino parte de los trámites ordenados por el gerente de la empresa, y por ello estima que el proceder del enjuiciado carecía de ánimo engañoso y que sus funciones administrativas le fueron encomendadas por García Peña, de manera que:

"...el juez de segunda instancia, hizo un falso juicio sobre el valor probatorio del hecho indicador de la responsabilidad penal atribuida a Morales Rodríguez. Esto, por cuanto el cargo de gerente de ventas, no lo podía transformar en miembro de la Junta Directiva de la empresa, ya que esa calidad debe demostrarse con los estatutos de la sociedad o con las actas suscritas por los socios, donde conste la designación de sus directivos, permanentes o transitorios".

En la formulación del segundo cargo el actor asegura que su defendido fue condenado como coautor del delito de estafa al lado del gerente general, cuando su exclusiva función cumplida dentro de la empresa fue la de gerente de ventas, recayendo toda la responsabilidad del ilícito en cabeza del gerente García Peña por la forma como creó, instaló y administró el negocio, en el cual Morales no llegó a aportar ningún dinero, limitado como estaba a vincularse con FINANCAR por la llamada de García explicable en la amistad que los unía y su vasta experiencia como vendedor de vehículos que apenas le representaba el recibo de comisión.

Si bien se acepta que el acusado dentro de sus funciones tenía la obligación de convencer a los clientes de las bondades de la negociación, pero sin la posibilidad de prever ni adivinar que el gerente fuera a defraudarlos entregándoles cheques sin fondos u ofreciéndoles unos automotores que no tenía a su alcance, deducciones judiciales con las cuales se violaron las previsiones del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal:

"Para que la conducta de Fernando Morales Rodríguez pudiera tener alguna relevancia penalística, sería menester que su función de vendedor tuviera incidencia en la dirección de la empresa 'FINANCAR', tanto en los aspectos administrativos, como en los contables, económicos, ya como orde-

nador o ejecutor de sus finanzas. Los créditos, los plazos, el giro de cheques, el control de los ingresos y egresos, eran funciones no delegables por el gerente García Peña, y que siempre estuvieron orientadas por éste. Por otra parte, para que una función del gerente García Peña hubiese podido tener trascendencia, hubiese requerido una autorización de la junta de socios y un respaldo estatutario. Nada se probó sobre este particular".

"El tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión, dice que la violación indirecta por quebrantamiento de la ley sustancial, surge de la deformación del hecho juzgado, porque la prueba que lo constituye se piensa que existe, o que existiendo se deja de apreciar, o se *valora erróneamente*, como ocurrió al declarar en la sentencia impugnada, la certeza legal de la responsabilidad penal de Morales Rodríguez, dándole valor a unos hechos probatorios carentes de idoneidad para demostrar la comisión del delito de *estafa*. En esta forma de violación, el Tribunal Superior de Bogotá en su sentencia, parte del supuesto equivocado de que los hechos están plenamente probados, no estándolo. Así las cosas, el entendimiento de la prueba se halla afectado por un error manifiesto de derecho, determinante de la falta de aplicación o de indebida aplicación de la ley en la sentencia".

Recalca que la actividad de su prohijado en la empresa fue la de simple instrumento (vendedor subalterno) importante sí, pero sin cargo ni representación en la Junta Directiva. De otra parte, si el Derecho Comercial autoriza la exageración de las cualidades de un artículo comercial para su venta dentro de los parámetros de la buena fe y la moral, el Tribunal incurrió en su sentencia en error de derecho, lo que ha de conducir a la Corte a casarla en favor del acusado.

Concepto del Ministerio Público:

Para el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al sustentar el censor su planteamiento sobre la base del error de derecho en la apreciación probatoria, determina a la desestimación de su demanda, pues no existe en nuestro sistema una tarifa legal que rija los distintos medios probatorios, así que si la apreciación ha de hacerse dentro de los parámetros de la sana crítica, corresponde al juzgador el uso de una amplia discrecionalidad para sopesar el grado de certeza de los distintos medios legales aportados.

El casacionista atacó la "valoración probatoria" mediante una incompleta y confusa referencia a las diversas pruebas obrantes dentro del plenario, y específicamente los indicios, refiriéndose a los alcances demostrativos que en mayor o menor grado concedieron en su decisión

los falladores, argumentación que se constituye en una simple disparidad de criterios, impropia en esta sede y recurso,

> "pues lo manifiesto y ostensible no es un yerro del fallador en el análisis de la prueba, sino el conflicto de visiones de frente a la realidad que emerge del proceso, contienda esta en la que prima el raciocinio del juez por gozar la sentencia de la doble presunción de acierto y legalidad"; y que:
>
> "En verdad, si en la valoración de las circunstancias mismas en que se desarrollaron los hechos y la actividad desplegada por el procesado dentro de la empresa 'FINANCAR LTDA.'; si de los antecedentes conocidos en el plenario que le permitieron al juzgador colegir una amistad estrecha entre éste y García Peña que hacía ineludible su conocimiento a cerca de las reales posibilidades de satisfacer la demanda de vehículos por parte de los incautos compradores; si además, no se excusa su eficaz protagonismo en la promoción de una fácil adquisición de tales automotores y si, en fin como lo señala el Tribunal Superior en la sentencia, Morales Rodríguez 'conocía de sus ejecutorias y manejaba, como el que más, el objeto social de la nueva compañía', encontró el juzgador pruebas incriminatorias contra este procesado, la opinión contraria del recurrente, marco general al que se reduce su alegación, no puede ello generar en modo alguno la violación indirecta de la ley sustancial, menos aún 'errores de derecho' que como ya se advirtió resultan extraños en materia del análisis probatorio".

Tampoco señaló el censor cuál fue la norma sustancial violada, ni en el *petitum* definió cuál debería ser la decisión que le correspondería a la Corte; errores que aunados a los ya expuestos, llevan a sugerirle a la Sala se abstenga de casar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte:

Como acertadamente lo señala el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el demandante incurre en común e insalvable error de técnica de atacar la sentencia por error de derecho en la apreciación probatoria, sin precaver que esta clase de censura no es viable cuando se trata de medios probatorios no sujetos a tarifa legal, salvo la presencia de un grosero o protuberante distanciamiento de las reglas de la lógica o de la experiencia que gobiernan la sana crítica y que el censor no se aproxima a aducir ni a demostrar, o aquellos casos en que el juzgador le otorga a una prueba un determinado valor que no le ha sido concedido por la ley.

En el *primer cargo* en que el casacionista acusa la sentencia por falso juicio de convicción al haber tenido como indicio el hecho de

que el acusado señor Morales Rodríguez se dedicara a ofrecer en venta los vehículos de FINANCAR, presentándose en ocasiones como directivo y sucribiendo documentos a nombre de la empresa, todo el enervamiento se dirige no a demostrar la inexistencia o deformación de los hechos indicadores sino a cuestionar la deducción judicial que sobre ellos se elabora, pero al hacerlo desconoce el actor los artículos 302 a 304 (hoy 300 a 303) del Código de Procedimiento Penal, según los cuales la apreciación de la prueba indiciaria no se halla sujeta a tarifación alguna, lo que equivale a reconocer que su confiabilidad reposa en la demostración racional del hecho indicador como en la capacidad del juez para sopesarlo e inferir de ella existencia del hecho indicado y la relación con el sujeto a estos extremos vinculado, de ahí que para la doctrina reiterada de la Sala,

> "...la valoración de la prueba indiciaria está en principio encomendada en forma soberana a los juzgadores de instancia, que la casación no puede revisar sino en los limitados casos de que exista error de hecho manifiesto o de derecho en la apreciación de la prueba, puesto que no es dable invadir por mero capricho el fuero interno del fallador en cuanto a la formación de su convencimiento" (Sentencia casación septiembre 21 de 1982, magistrado ponente doctor Alvaro Luna G.).

Sometidos a estos exigentes requisitos, no logra acreditar el censor la presencia del error manifiesto que anuncia, porque al contrario de cuanto dice, encuentra la Sala que las gestiones desplegadas por el acusado además de los amplios conocimientos sobre las actividades que desarrollaba la empresa FINANCAR LTDA., correspondió no a un simple y desavisado dependiente sino a alguien que tenía particulares y poderosos intereses económicos, pues según recuerda el *a quo*, de su propia versión procesal —fl. 430—, Morales reconoció que al ser llamado a la empresa se le ofreció entre el 10 y el 20% de participación en la sociedad, y que el propio García Peña en su indagatoria manifestó que el acusado Rodríguez contaba con el 25% de las acciones.

Las funciones asignadas muestran también que el acusado impugnante tenía a su cargo el manejo del personal según aparece a folios 433 y 435, y además de la referencia a los documentos por él firmados (fls. 436 y 437), aparece su nítida participación en el reato cuando en diferentes oportunidades utilizó ante los reclamantes perjudicados el pretexto de que el automotor ofrecido no se les entregaría porque el día previsto o el anterior había sido estrellado, ocasionándose inclusive el lesionamiento del gerente quien tuvo que ser recluído en una clínica. Esta comprometedora excusa la suministró el acusado a Armando Nel Pachón Cañón y a Miguel Angel Rodríguez (fls. 431 a 433), sirviéndole al juzgador de complementario fundamento para inferir responsabilidad en la coautoría, al punto de consignarse en el fallo de

primera instancia —fl. 431— que: "Desde ningún punto de vista" se coloca el procesado "en un plano neutral a la situación que se presentaba, sino, que lo ubica directamente en el montaje fraudulento que se gestaba en la firma", dentro de una bien concebida división de trabajo.

Así se tiene que ni los presupuestos de hecho de la inferencia del fallo se derrumban, ni la falta de lógica de las conclusiones se hace manifiesta, tratándose a la postre de la subjetiva formulación de alternativas para la interpretación de unos hechos demostrados, dentro de las cuales ninguna preferencia tiene el criterio del actor para entrar a sustituir los bien fundados argumentos que trae la sentencia, menos si su obligación era la de demostrar la presencia de errores manifiestos o notorios y por sí mismos evidentes y no simplemente la de ofrecer un enfoque alternativo frente al que aportaron las instancias.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

En la presentación de la *segunda censura* de la demanda insiste el casacionista en señalar que la labor desplegada por su cliente en la empresa, aunque importante, era la de un simple vendedor dedicado a presentar a los compradores las bondades de las ofertas que FINANCAR hacía, pero con desconocimiento de las intenciones ilícitas que animaban a García Peña, afirmando que el Tribunal le dio a esos hechos valor probatorio, pese a que carecían de idoneidad para demostrar la comisión del delito de estafa, consistiendo aquí el error en suponer que la responsabilidad estaba plenamente comprobada.

De este planteamiento se desprende que el ataque a la sentencia queda reducido a un simple enfrentamiento entre los personales criterios del casacionista con las apreciaciones críticas del juzgador, alegación que tampoco corresponde a la forma de violación invocada, ni resulta de recibo en sede de casación, pues como lo recordó en su momento el Procurador Delegado, la apreciación probatoria realizada por los falladores se hizo con apego a los parámetros de la sana crítica y la experiencia, según se expone por el *ad quem* en los siguientes argumentos atinentes con la responsabilidad de Morales Rodríguez:

> "Su papel en la empresa no era el de simple vendedor como se ha querido presentar por algunos sindicados y por su defensor —se lee a partir del fl. 23 del respectivo cuaderno del Tribunal—, sino que compartía la función directiva con García Peña; así lo presentan en forma clara los testimonios de varios de los perjudicados como Miguel Angel Rodríguez Ayala, ante quien se presentó como gerente de ventas, enfatizándole que él personalmente —Morales Rodríguez— le entregaría el automotor, haciéndole suscribir el formato del cupo (fls. 68 a 72, c.o. número 1), siendo similar la actitud

del procesado con Edilberto Rayo Pedraza, a quien —como gerente de ventas— le dio una carta prometiéndole la entrega (fls. 35 a 87).

"Juan Ignacio Valbuena Gardeazábal es claro en referir que en las reuniones de directivos de 'FINANCAR' asistía el señor Morales y que sólo éste, además de García Peña y Penagos, era quien sabía del negocio, y por otra parte, lo autorizó para que se llevara los documentos en aras a organizar la contabilidad (fls. 170 a 174, c.o. número 1), debiendo para ello atender las explicaciones verbales de Morales Rodríguez (fls. 105 a 112, c.o. número 2); estas funciones de Fernando Morales las certifican Luis Fernando Acevedo Ortegón, quien enfatiza que sus jefes eran Clara Cecilia García Peña al explicar que la empresa la dirigían Guillermo García, Fernando Morales y Ramón Penagos (fl. 452, c.o. cuaderno 1), quedando a cargo Morales Rodríguez cuando Penagos se retiró (fls. 449 a 459, c.o. número 1)".

Tampoco en este caso, según se aprecia del contenido del libelo, se ocupó el censor de impugnar la prueba relacionada con los hechos indicantes, limitándose el ataque a proponer que las deducciones judiciales no resultaban únicas y que a su lado había otras que favorecían la posición del acusado.

En el caso de controversia queda claro que el acusado conocía la imposibilidad en que se hallaba la empresa de entregar los vehículos que ofrecía en el comercio, y de hacer de ellos traspaso, dificultad que no obstó para que provocara y obtuviera valido de la apariencia de solvencia y seriedad de la firma los dineros y bienes recibidos como adelanto, permuta o cuota inicial de la supuesta "negociación", así que su contribución fue eficaz al respaldar y permitir la operancia del ardid o culminación de la *"misse en scene"*, con aprovechamiento económico personal y correlativo detrimento patrimonial de los ofendidos clientes —aproximadamente unas 70 personas timadas—, situación que le ubicaba como infractor del precepto por el cual resultó con otro sancionado.

Ante la realidad que abriga el proceso, el cargo segundo de la demanda tampoco puede prosperar.

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

Resuelva:

No casar la sentencia recurrida en casación por el defensor del procesado Fernando Morales Rodríguez.

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, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

EXTRADICION

El artículo 549 del Código de Procedimiento Penal vigente, que se ocupa de los requisitos sustanciales para conceder u ofrecer la extradición de una persona se apoya en la concurrencia de los siguientes principios: a) Doble incriminación, es decir, que el hecho que motiva la extradición sea considerado como conducta punible en el país reclamante como en Colombia; b) Límite mínimo de la sanción, esto es, que en Colombia el delito invocado esté reprimido con sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años y, c) Que por el delito de que se trata se haya dictado en el exterior cuando menos resolución de acusación o su equivalente. / En la legislación italiana la providencia que jurídicamente equivale por su forma y contenido a la resolución de acusación del procedimiento penal colombiano es el "decreto que dispone el juicio" reglamentado por el artículo 429 de aquella codificación; decisión tomada por el juez a solicitud del Ministerio Público que pone término a la fase instructiva del proceso y señala el comienzo del juicio; que contiene la identidad del inculpado, la indicación de su defensor y de la persona ofendida con el delito; una descripción del hecho con las circunstancias que lo especifiquen, una relación de los medios de prueba y de los hechos que de ella se derivan, así como una indicación de las normas legales violadas. / Las exigencias de forma, los requisitos de fondo y los fines y efectos perseguidos en el procedimiento penal italiano con el proferimiento de una decisión de tal naturaleza, resultan semejantes o equivalentes a las previstas en los artículos 441 y 442 de nuestro ordenamiento procesal penal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 04.

Vistos:

Corresponde a la Corte emitir concepto respecto de la solicitud de extradición de la ciudadana italiana *Silvana Amati*, hecha por el Gobierno de dicho país.

Antecedentes:

El Gobierno italiano a través de su Embajada en Colombia, formalizó mediante nota verbal 2261 del 10 de julio de 1993 la extradición de su súbdita Silvana Amati, acompañando copias traducidas al castellano y debidamente autenticadas, de la orden de custodia cautelar en cárcel, del 24 de febrero de 1993 dictada contra ella por la Juez de Instrucción Anna Introini del Tribunal Ordinario de Milán en desarrollo de la operación "Hielo Verde" por los delitos de asociación para delinquir con fines de narcotráfico; importación, traspaso y venta de ingentes cantidades de substancias estupefacientes; lo mismo que de las disposiciones legales aplicables al caso.

Adujo el país requeriente, que la orden de custodia cautelar en cárcel a que se refiere el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal Italiano vigente, equivale, para efectos de extradición, a la resolución de acusación de que trata el artículo 441 de nuestra codificación procedimental penal.

La Fiscalía General de la Nación con resolución del once de mayo pasado, decretó la captura preventiva, con fines de extradición de la mencionada ciudadana italiana, la que se hizo efectiva dos días después, siendo recluida en la Cárcel de Mujeres "El Buen Pastor" de esta ciudad.

Dentro del término de traslado a su defensor para que solicitara las pruebas que estimara necesarias (art. 556 del C. de P. P.); éste pidió que el Consulado de Italia en Colombia allegara en copia autenticada y traducida al idioma castellano, el texto parcial del Código de Procedimiento Penal de dicho país (Decreto 447 del 22 de septiembre de 1988), en la forma contemplada en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil Colombiano; petición despachada favorablemente por la Sala, librándose las comunicaciones del caso a la autoridad consular, con resultados negativos; situación que obligó a dicho profesional a aportar la prueba decretada y no ovacuada, conforme a las previsiones del artículo 188 ya mencionado (Ver Anexo).

La defensa impetra de la Corte un concepto negativo a la solicitud de extradición formulada por el Gobierno italiano por la falta de uno de los requisitos para concederla de acuerdo al artículo 549 del C. de P. P.; esto es, la no equivalencia de la medida de custodia cautelar del procedimiento italiano con la resolución de acusación de nuestra codificación nacional, conclusión a la que arriba luego de confrontar

los respectivos textos legales de uno y otro sistema, especialmente los artículos 285 de aquél estatuto y el 441 del Código de Procedimiento Penal.

Agrega que por su forma y contenido la orden de custodia cautelar proferida en contra de su representada se asimila más a la medida de aseguramiento de detención preventiva que a la resolución de acusación, tenida como la concreción de cargos al acusado para que se defienda de ellos, constituyendo "una etapa fundamental en la estructura misma del proceso, que hace transitar una investigación al juicio".

Consideraciones de la Corte:

El artículo 549 del Código de Procedimiento Penal vigente, que se ocupa de los requisitos sustanciales para conceder u ofrecer la extradición de una persona se apoya en la concurrencia de los siguientes principios: a) *Doble incriminación*, es decir, que el hecho que motiva la extradición sea considerado como conducta punible en el país reclamante como en Colombia; b) *Límite mínimo de la sanción*, esto es, que en Colombia el delito invocado esté reprimido con sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años y, c) Que por el delito de que se trata se haya dictado en el exterior cuando menos resolución de acusación o su equivalente.

De ahí que el artículo 551 *ibidem*, que señala los documentos que deben anexarse a la solicitud de extradición, mencione entre otros, la copia o transcripción auténtica de la sentencia, de la resolución de acusación o su equivalente.

En cuanto al primer requisito relacionado con la doble incriminación y el límite mínimo de la sanción no hay objeción que formular, porque con las pruebas aportadas durante la tramitación del incidente ha quedado establecido que la reclamada en extradición Silvana Amati se encuentra procesada en Italia por un concurso de hechos punibles (Asociación para delinquir con fines de narcotráfico; importación, traspaso y venta de ingentes cantidades de substancias estupefacientes); previstas como tales en Colombia por los artículos 186 del Código Penal y 33 y siguientes de la Ley 30 de 1986, el más grave de los cuales sancionado con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no es inferior a cuatro años.

Respecto al segundo requisito, se tiene que la Embajada Italiana aportó copia auténtica de la orden de custodia cautelar en cárcel proferida en el Tribunal de Milano por la juez instructora Anna Introini el 24 de febrero de 1993 contra Silvana Amati ordenando a los oficiales y agentes de la Policía Judicial que procedieran a su captura por los delitos indicados y fuera trasladada de inmediato a la cárcel, quedando allí a disposición de la autoridad judicial.

Conforme al claro texto del artículo 285 del Código de Procedimiento Penal Italiano y disposiciones afines, la custodia cautelar en establecimiento carcelario es medida coercitiva expedida por el juez de instrucción, a solicitud del Ministerio Público, a fin de que el inculpado sea aprehendido por las autoridades policivas y puesto en estado de detención a su disposición en la cárcel, cuando existan graves indicios de culpabilidad en su contra.

Como medida cautelar de carácter personal es esencialmente revocable y sustituible cuando sobrevengan las circunstancias contempladas en dicho Estatuto Procedimental y además, limitada en cuanto a su máxima duración por el artículo 303, cuando desde el inicio de su ejecución hayan discurrido los términos allí previstos "sin que se haya emitido la providencia que dispone el juicio, o sin que haya sido proferida una de las sentencias previstas en los artículos 442, 448 inciso 1, 561 y 563".

En la legislación italiana la providencia que jurídicamente equivale por su forma y contenido a la resolución de acusación del procedimiento penal colombiano es el "decreto que dispone el juicio" reglamentado por el artículo 429 de aquella codificación; decisión tomada por el juez a solicitud del Ministerio Público que pone término a la fase instructiva del proceso y señala el comienzo del juicio; que contiene la identidad del inculpado, la indicación de su defensor y de la persona ofendida con el delito; una descripción del hecho con las circunstancias que lo especifiquen, una relación de los medios de prueba y de los hechos que de ellas se derivan, así como una indicación de las normas legales violadas.

Las exigencias de forma, los requisitos de fondo y los fines y efectos perseguidos en el procedimiento penal italiano con el proferimiento de una decisión de tal naturaleza, resultan semejantes o equivalentes a las previstas en los artículos 441 y 442 de nuestro ordenamiento procedimental penal.

De manera pues, que si a la solicitud de extradición de Silvana Amati únicamente se aportó una simple orden de custodia cautelar en cárcel y no se agregó ninguna resolución judicial igual o equivalente a la resolución de acusación, lógico es concluir que faltando uno de los requisitos sustanciales para concederla como lo dispone el artículo 549 del C. de P. P. colombiano, el concepto a emitir debe ser negativo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, *conceptúa desfavorablemente* a la extradición de la ciudadana italiana Silvana Amati.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El artículo 84 del Código de Procedimiento Penal autoriza a los sujetos procesales para solicitar el cambio de radicación del proceso antes del fallo de primera instancia, mediante petición dirigida al funcionario que esté conociendo del asunto, quien lo remitirá a la autoridad que deba resolver. / Mientras que el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal señala como fundamento de esa decisión la existencia de "circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 004.

Vistos:

De plano decide la Sala la solicitud impetrada por el condenado *Alfonso Sicachá Gaviria* y enviada a esta Corporación por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá —Sala Penal—, petición orientada a conseguir el cambio de radicación del proceso que se adelantó contra el solicitante en el Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de esta ciudad, por el delito de falsedad en concurso con el de estafa.

Antecedentes:

1º Dentro del proceso seguido contra Edgar Alfonso Sicachá Gaviria, por los delitos de falsedad y estafa, el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Santafé de Bogotá profirió sentencia condenatoria en la que impuso al incriminado dieciocho (18) meses de prisión y multa de diez mil pesos ($ 10.000.00), negando al mismo el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El condenado fue capturado y puesto a disposición del Juzgado el 21 de julio de 1993. Se libró la correspondiente boleta de detención para ante el director de la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota". La Dirección General de Prisiones, mediante Resolución número 5338 de agosto 10 de 1993, señaló a la Cárcel del Distrito Judicial de Riohacha (Guajira), para el cumplimiento de la sanción impuesta, lugar a donde fue trasladado el acusado.

El Juzgado del conocimiento se abstuvo de decretar la nulidad solicitada por el defensor, en razón a que existe sentencia debidamente ejecutoriada. Contra la anterior determinación se interpuso recurso de apelación, el cual fue declarado desierto por el Tribunal Superior de esta ciudad.

2º El procesado dirige un memorial al Juez Treinta y Siete Penal del Circuito en el que le solicita textualmente: "Ordenar el cambio de radicación de mi expediente en razón, no sólo de estar detenido en Riohacha, sino que además tengo 14 años de vivir con mi familia en Maicao y por considerar que estando ese expediente en Bogotá, se me limitan mis derechos en una sanción que sólo tiene 18 meses y es excarcelable; situación esta que ojalá usted resolviera a mi favor al enviar el expediente".

Consideraciones de la Corte:

El artículo 84 del Código de Procedimiento Penal autoriza a los sujetos procesales para solicitar el cambio de radicación del proceso antes del fallo de primera instancia, mediante petición dirigida al funcionario que esté conociendo del asunto, quien lo remitirá a la autoridad que deba resolver.

En el presente caso, la petición se formuló luego de estar ejecutoriada la sentencia de primera instancia proferida en su contra, esto es, cuando ya no podía intentarse el cambio de radicación, por ser improcedente.

De otro lado, no sobra observar que ninguna de las razones previstas para la prosperidad del cambio de radicación asoman para su viabilidad en el caso que se propone, pues mientras que el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal señala como fundamento de esa decisión la existencia de "circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad de sindicado o su integridad personal", todo cuanto pone de presente el solicitante es que estando detenido en Riohacha y encontrándose el expediente en Bogotá, se le limitan sus derechos, expresión que nada dice sobre la necesidad o conveniencia de variar la radicación.

Los motivos anteriores son suficientes para que la Sala desestime el pedimento formulado.

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

Resuelve:

No disponer el cambio de radicación solicitado.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

La solicitud de revisión se hace inadmisible por manifiesta ineptitud, porque se funda en aspectos atinentes a la tipicidad del hecho y la legalidad del proceso y de la sentencia ejecutoriada, propios del recurso extraordinario de casación; pero totalmente extraños a la acción de revisión que circunscribe sus objetivos a las causales taxativamente señaladas en la ley. / La causal tercera de revisión se refiere a hechos nuevos o elementos de convicción cuyo conocimiento sobrevenga después de la sentencia de condena, debiendo ser de tal fuerza que evidencien la inocencia del acusado o su inimputabilidad. / Si se pretende plantear un supuesto quebranto del principio de derecho non bis in ídem, debe rechazarse tal postura por cuanto el legislador permite que una misma persona sea juzgada penal y disciplinariamente por los mismos hechos, sin que con ello se vulnere dicha garantía (art. 71 del Decreto 196 de 1971).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 005.

Vistos:

Habiendo sido presentada demanda de revisión a nombre de la sentenciada *Martha Lucía Orozco Guzmán,* se procede a calificar su idoneidad.

Antecedentes:

La doctora Martha Lucía Orozco Guzmán condenada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, a la pena principal de die-

ciséis meses (16) de prisión y multa como responsable del delito de abuso de confianza, sin derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional; solicita por conducto de apoderado especial la revisión de dicho proceso, acogiéndose a la causal tercera de revisión prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

De autos aparece que el 19 de noviembre de 1984 en desarrollo de diligencia de embargo y secuestro cumplida por la Inspección Sexta B Distrital de Policía; comisionada al efecto por el Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad capital, le fueron entregados a la secuestre designada Yolanda Mendoza Zárate, muebles y enseres avaluados en suma superior a quinientos mil pesos "quien procedió a retirarlos y dejarlos a título de depósito gratuito y a su orden en cabeza de la doctora Martha Orozco Guzmán", persona que desapareció del lugar sin dejar rastro alguno, razón por la que su propietario señor José Gabriel Reyes Gallego le formuló denuncia penal por el delito de abuso de confianza.

La abogada Orozco Guzmán fue juzgada y condenada en ausencia por el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito y el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante sentencias de primera y segunda instancias, dictadas el 7 de septiembre y el 4 de noviembre de 1988, respectivamente.

Argumenta el accionante que su representada no se apropió de los bienes muebles recibidos mediante depósito informal, no se ausentó de la ciudad como se afirma en la sentencia de condena y careció durante el juzgamiento de defensa técnica, toda vez que los defensores de oficio no abogaron en su favor por lo que el delito endilgado no pudo ser cometido por ella.

Refiriéndose a la causal de revisión invocada expresa que las pruebas aportadas con la demanda (copias de los fallos de instancia, del auto mediante el cual la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Bogotá se abstuvo de iniciar acción disciplinaria contra la abogada Martha Lucía Orozco Guzmán por los mismos hechos y, de una diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado Civil Municipal de Ubaté (Cundinamarca) meses después de proferida la sentencia de segundo grado, tienden a demostrar la inocencia de la injustamente sentenciada pues "existen dos fallos en derecho totalmente contradictorios, en razón que mientras uno condena, el otro absuelve, sobre puntos iguales en derecho" y su patrocinada "no tuvo, ni tenía la más mínima intención de apoderarse de los bienes muebles por los cuales fue procesada y condenada; sino simplemente no tuvo la oportunidad de poderse defender por física imposibilidad de sus abogados oficiosos".

Consideraciones de la Corte:

La solicitud de revisión se hace inadmisible por manifiesta ineptitud, porque se funda en aspectos atinentes a la tipicidad del hecho y a

la legalidad del proceso y de la sentencia ejecutoriada, propios del recurso extraordinario de casación; pero totalmente extraños a la acción instaurada que circunscribe sus objetivos a las causales taxativamente señaladas por la ley.

La causal tercera de revisión se refiere a hechos nuevos o elementos de convicción cuyo conocimiento sobrevenga después de la sentencia de condena, debiendo ser de tal fuerza que evidencien la inocencia del acusado o su inimputabilidad.

Las pruebas acompañadas con la demanda no cumplen dicha finalidad porque la verificación de la existencia de los bienes muebles materia del ilícito en un inmueble de la población de Ubaté, realizada el 16 de febrero de 1989 (meses después de proferida la sentencia condenatoria por parte del Tribunal Superior) careció de la fuerza persuasiva requerida para demeritar la conclusión a que arribaron los juzgadores de instancia en el sentido de que la abogada, conocedora más que ninguna otra persona de la ley, recibió los bienes a título precario desapareciendo del lugar durante más de cuatro años, no sin antes suministrar una dirección que resultó ser inexistente.

El auto inhibitorio emitido por una Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Bogotá, en razón de los mismos hechos materia de indagación penal, por ser medida eminentemente precaria o provisional no tiene la fuerza vinculante ni decisoria que les atribuye el impugnante como para equipararlo a un fallo absolutorio.

Y si se pretendía plantear un supuesto quebranto del principio de derecho *non bis in ídem*, debe rechazarse tal postura por cuanto el legislador permite que una misma persona sea juzgada penal y disciplinariamente por los mismos hechos, sin que con ello se vulnere dicha garantía (art. 71 del Decreto 196 de 1971).

Así lo ha predicado la Sala con reiteración destacando la autonomía e independencia de estas acciones, sin que se excluyan mutuamente, dada su peculiar naturaleza y principios que las gobiernan (autos del 22 de mayo de 1990, 4 de marzo y 4 de diciembre de 1991 y 16 de octubre de 1992, entre otros).

De modo que si la demanda presentada no encaja dentro de los parámetros normativos de la causal tercera de revisión incoada porque se apoya en enunciados y pruebas que no permiten presumir la inocencia o la inimputabilidad de la sentenciada, debe ser rechazada por dicho motivo.

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

Resuelve:

1º INADMITIR por inepta la demanda de revisión presentada a nombre de la sentenciada Martha Lucía Orozco Guzmán.

2º Reconocer al doctor Andrés Enrique Montañez Muñoz como apoderado suyo, en los términos y para los fines del poder a él conferido.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL

El numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P. consagra una innovación introducida por la Ley 81 de 1993 como quiera que crea un motivo más para la procedencia del impedimento, cuando quien ha de decidir como juez ha intervenido con anterioridad en el proceso en su calidad de fiscal. / Se procura con esta norma acomodar la institución de los impedimentos y recusaciones al sistema acusatorio que se ha querido establecer en el nuevo Código de Procedimiento Penal, donde el juez no tiene competencia para investigar ni practicar pruebas, ni formular la acusación, pues esta es una función propia del fiscal instructor, quien no sólo realiza esta labor, sino que sostiene la acusación en todo el proceso, primero como fiscal acusador durante el sumario y luego como sujeto procesal en el término de la causa. / Se quiere evitar que quien instruya y acuse, sea la misma persona que falle.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 005.

Vistos:

La doctora Juana Marina Pachón Rojas, magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, manifestó su impedimento para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por el señor defensor del procesado *Jaime Ovidio Zuluaga*, contra la providencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Soacha, por medio de la cual se negaron unas pruebas y se decretaron otras, dentro de la causa que se adelanta por el delito de homicidio.

Apoya su impedimento en lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P., modificado por la Ley 81 de 1993, precepto que textualmente dice: "...QUE EL JUEZ HAYA ACTUADO COMO FISCAL..."

Aduce como fundamento de su declaración la honorable magistrada Pachón, que ella como integrante de una de las Salas de Decisión del Tribunal Superior y con anterioridad a la vigencia del presente Código de Procedimiento, revisó la resolución de acusación proferida contra el acusado Zuluaga, ejerciendo la función que en la actualidad corresponde a los fiscales instructores, circunstancia que da vida a la causal de recusación alegada, porque aunque era magistrada cuando conoció del proceso, ejercitó una función que en la actualidad está atribuida a los fiscales, y la ley ha querido que aquellos funcionarios que adelantan y formulan la acusación, no puedan intervenir más tarde dentro del mismo proceso como jueces.

Considera que por lo anterior, hace presencia en su caso la causal de impedimento establecida en el numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P., vigente, que autoriza a separarse del conocimiento del proceso, al juez que haya actuado dentro del mismo como fiscal.

Cree la funcionaria que al haber intervenido en ejercicio de su función legal de magistrada, al revisar la resolución acusatoria, desempeñó una labor atribuida hoy día a los fiscales y que por ello, no puede dentro de la causa revisar el auto que negó la práctica de pruebas.

La Sala Dual del Tribunal Superior de Cundinamarca que conoció de la anterior manifestación, consideró infundado el impedimento manifestado por la honorable magistrada Pachón porque "...aunque es indiscutible la similitud de funciones que dentro del nuevo esquema procesal desarrolla el fiscal, con las que en el anterior Decreto 050 de 1987, cumplía el juez de instrucción, no se puede desconocer que ontológicamente juez y fiscal son distintos y que en el sistema donde se desempeñaba el juez de instrucción es diferente al que hoy enmarca la labor del fiscal..."

Entiende en consecuencia, que la doctora Juana Pachón al revisar la resolución de acusación no actuó como fiscal sino como juez de segunda instancia en ejercicio de funciones que la ley por entonces vigente le otorgaba y por tanto, no concurre en ella la causal de impedimento invocada.

La Corte, ha de compartir los lógicos y jurídicos razonamientos expuestos por la Sala Dual del Tribunal.

Conviene señalar que el numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P., consagra una innovación introducida por la Ley 81 de 1993 como quiera que crea un motivo más para la procedencia del impedimento, cuando quien ha de decidir como juez ha intervenido con anterioridad en el proceso en su calidad de fiscal.

Se procura con esta norma acomodar la institución de los impedimentos y recusaciones al sistema acusatorio que se ha querido esta-

blecer en el nuevo Código de Procedimiento Penal, donde el juez no tiene competencia para investigar ni practicar pruebas, ni formular la acusación, pues esta es una función propia del fiscal instructor, quien no sólo realiza esta labor, sino que sostiene la acusación en todo el proceso, primero como fiscal acusador durante el sumario y luego como sujeto procesal en el término de la causa.

Por ello, como garantía de la imparcialidad que debe rodear al proceso penal, se ha establecido la causal de impedimento comentada para impedir que el fiscal que ha adelantado la investigación y formulado la acusación, sea el mismo funcionario, que más tarde convertido en juez, decida sobre la responsabilidad del procesado. En otras palabras, se quiere evitar que quien instruya y acuse, sea la misma persona que falle.

Pero, dentro de esa especialísima situación, no se encuentra la honorable magistrada Pachón quien antes de la implantación en Colombia del sistema acusatorio y en vigencia del C. de P. P., de 1987, como integrante de una de las Salas del Tribunal de Cundinamarca, revisó la resolución de acusación proferida por el juez de instrucción, en pleno ejercicio de una función legal, circunstancia que le permite en la actualidad actuar con absoluta independencia, para revisar también en su calidad de juez de segunda instancia el auto del Juzgado del Circuito que denegó la práctica de una prueba y que llegó a su despacho en virtud del recurso de apelación.

En estas condiciones, la causal de impedimento a que se ha hecho referencia no puede existir, pues si bien el argumento fundado en la filosofía del sistema acusatorio aducido por la honorable magistrada es respetable, no es admisible en casos como el presente, donde la funcionaria actuó dentro del proceso en su calidad de juez de segunda instancia, en cumplimiento de un deber legal, con plena competencia, circunstancia que en ningún momento compromete su imparcialidad o rectitud para conocer ahora también como juez del auto recurrido dentro de la causa.

Estas breves precedentes consideraciones, son suficientes para que la Corte declare infundado el impedimento en el caso de examen.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por la honorable magistrada Juana Pachón Rojas para conocer de este proceso.

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, con salvamento de voto; *Jorge Enrique Valencia Martínez*, salvo mi voto.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO)

No comparto la interpretación restrictiva que le da la Sala mayoritaria a la causal de impedimento consagrada en el numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que la magistrada del Tribunal Superior al revisar la resolución de acusación que por la vía del recurso de apelación conoció, no se encuentra impedida para desatar la impugnación interpuesta en la etapa del juzgamiento, con base en que en aquella oportunidad no ostentaba la calidad de fiscal, limitando las consideraciones a la vigencia del anterior estatuto procesal —Decreto 050 de 1987— y desconociendo la actual estructura del proceso penal, no obstante que la sentencia que ponga fin al proceso se proferirá bajo el imperio de la nueva Carta Constitucional.

Con la expedición de la Ley 81 de 1993 fueron introducidas nuevas causales impeditivas a fin de dar el ajuste correspondiente a la legislación procesal de acuerdo a los nuevos postulados constitucionales. Es así que el numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal estableció que el juez que haya actuado como fiscal deberá declararse impedido para conocer determinada actuación.

La nueva situación contemplada por aquella preceptiva bien podría estar incluida en uno de los eventos descritos en el numeral 6 de la precitada norma procesal. Es así como hoy por hoy el salvamento de voto que con anterioridad he planteado tiene plena vigencia, no sólo en torno a la causal de impedimento que contempla el artículo 103.6 del Código de Procedimiento Penal, sino también a la consagrada en el numeral 11 ya referenciado, los cuales, pues una y otra tienden a evitar que la imparcialidad de las decisiones se vea afectada, lo que entonces me llevó como ahora a apartarme del criterio mayoritario de la Sala, dejando constancia de las razones de mi disentimiento, en los siguientes términos:

> "Fue manifiesta decisión política de la Asamblea Nacional Constituyente adoptar un sistema de juzgamiento diverso al que tradicionalmente habíamos tenido en los diversos sistemas procesales que antecedieron la Carta de 1991.

"El sistema acogido en la Constitución Política fue el acusatorio que se caracteriza por una serie de particularidades entre las que se destaca de manera primordial la garantía de la imparcialidad, en búsqueda de la cual se implementa un sistema en el que la investigación y acusación es realizada por los funcionarios de una institución, generalmente la Fiscalía, y el juzgamiento es realizado por los jueces, que en el momento en que avocan el conocimiento del proceso, para tramitar la causa o juicio, no tienen ninguna vinculación con la prueba producida en la investigación, ni con las decisiones que hasta el momento se han tomado en el curso del proceso.

"En verdad este sistema es una de las formas más efectivas para garantizar esa importantísima virtud de la administración de justicia que es la imparcialidad, porque los jueces antes que funcionarios son hombres y como tales están siempre inclinados a favorecer sus propias obras, porque la admiración que dice la historia manifestara Miguel Angel por su Moisés, no es insular sentimiento de los artistas por su propia producción, sino que en el diario quehacer de todos los hombres, cada uno quiere lo que produce con la actividad de su intelecto o su esfuerzo físico; es por ello que el campesino ama sus cultivos y sus animales que son la expresión de su esfuerzo y de su actividad; el artesano aprende a querer sus realizaciones materiales; el ingeniero la audacia de sus diseños y el arquitecto la belleza de los mismos.

"El juez como hombre que es no puede escapar a ese sino, y es por ello que se aferra a la prueba que él mismo ha producido, convencido del resultado de sus investigaciones y difícilmente podría admitir que aquella no tiene capacidad de demostración o que fue recaudada con vicios que la hacen nula o inexistente; y de manera regular cuando ha producido una resolución de acusación, excepcionalmente se le podría convencer de la inocencia de la persona contra quien formuló acusación.

"Es por lo anterior que en vigencia del sistema anterior de manera regular las sentencias se convirtieron en un auto de proceder con comillas a las que se le agregaba una breve síntesis de las alegaciones de las partes y la correspondiente tasación de la pena; porque difícilmente el juez admitiría que se había equivocado en la apreciación de la prueba, o que el proceso adelantado bajo su paciente dirección está afectado de vicios que lo hacen inútil.

"Por las circunstancias anteriores, desde su remoto origen en las repúblicas griega y romana, se ha sostenido casi que sin discusión que el sistema acusatorio es la expresión del instrumento de juzgamiento más democrático que ha

inventado el ingenio del hombre, porque por encima de todas sus virtudes se destaca la imparcialidad, que está mejor garantizada por el fallo que debe dictar un juez que no tiene compromisos probatorios, ni ideológicos con los antecedentes de la formación del sumario.

"La Constitución Nacional en su artículo 250 consagra el monopolio de la investigación y de la acusación en el proceso penal, para la Fiscalía General, y en tales circunstancias surge con toda nitidez que para efectos de garantizar a plenitud el principio de la imparcialidad judicial es imposible pensar que quien de una u otra manera intervino en la investigación o acusación pueda llegar a convertirse en juez en el momento de deducir responsabilidades.

"Nuestro concepto encuentra respaldo en los comentarios que Luis Enrique Cuervo Pontón hace en la edición oficial del Código de Procedimiento Penal, con relación a la ponencia que sobre la Fiscalía General redactó Carlos Daniel Abello Roca, en los cuales se lee:

" 'Por esto, y pensando en despolitizar a la Fiscalía, concebirla libre de cualquier tipo de presiones y arbitrariedad e independiente del Poder Ejecutivo, se integró al Poder Judicial con «autonomía funcional», lo que se denominó una «Fiscalía a la colombiana». Explicó así sus funciones: «El monopolio de funciones en cabeza de la Fiscalía entrañan la separación total de las etapas de acusación y juzgamiento. Según Hernando Londoño Jiménez esto significa que el juez no tenga injerencia en las etapas previas de acusación e investigación y por ello en la ponencia que nos ocupa se otorga al fiscal plena autonomía para adoptar medidas de aseguramiento, incluyendo la captura y la detención preventiva, proferir medidas para garantizar el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados con el delito, así como para precluir las investigaciones realizadas (con fuerza de cosa juzgada) sin control ni consulta alguna con el juez de la causa»...' (Págs. 176 y 177).

"Es claro para nosotros que el numeral 6 del artículo 103 contempla tres clases diferentes de impedimentos a saber:

"1. Cuando el funcionario dictó en primera instancia la providencia que debe revisar en segunda.

"2. Cuando el funcionario intervino antecedentemente en el proceso en el que debe realizar un pronunciamiento y tal intervención hace relación a la que hubiera podido tener en el período sumarial o de investigación.

"3. Cuando el funcionario que debe tomar la decisión sea consanguíneo, afín o pariente civil del juez de primera instancia que dictó la providencia que es motivo de revisión.

"Dentro de la filosofía política que orienta el nuevo instrumento de juzgamiento vemos la imposibilidad de intervención de los jueces en la etapa de investigación, o de los fiscales en la de juzgamiento, excepto la acusación en audiencia pública, porque sus competencias fueron señaladas clara y expresamente en la Constitución, precisamente con el propósito de delimitar sus campos de acción y así poderse garantizar de manera plena la imparcialidad.

"Por lo anterior no compartimos la interpretación que hace la mayoría de la Sala cuando afirma que se ha interpretado con desbordamiento la causal de impedimento y que ella solo se estructura con las actuaciones del funcionario como juez de primera instancia o como auxiliar de la justicia en dicho proceso y que por tanto: '...jamás se refiere, por supuesto, a actuaciones suyas precedentes como juez de segunda instancia porque se llegaría a un verdadero caos en la tramitación judicial de los procesos'; porque consideramos que no es función de los aplicadores de justicia interpretar la ley considerando las consecuencias que la aplicación de una nueva institución pudiera generar. Su labor es de aplicación de la ley vigente de conformidad con la finalidad perseguida por el legislador y respetando el pensamiento político que la generó y justificó.

"La Carta no menciona de una manera precisa la imparcialidad de los jueces, como una de las garantías procesales que se instituyeron en ella, pero es evidente que es un principio de carácter constitucional, porque dicha virtud de la justicia es consustancial al concepto del debido proceso, pues sería absolutamente imposible pensar en la existencia del mismo, si previamente no se ha garantizado la imparcialidad de quien va a tomar una determinada decisión.

"No obstante, tal principio sí aparece expresamente consagrado en el Pacto Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 14.1 que establece: 'Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e *imparcial*, establecido por la ley,...'; y en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8.1 al disponer: 'Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e *imparcial*, establecido con anterioridad por la ley,...'.

"Ahora bien, si el artículo 93 de la Constitución Nacional se interpreta de conformidad con los Tratados Internacionales, de los cuales Colombia es parte firmante, es importante destacar cómo el Tribunal de Estrasburgo, que administra justicia para la Comunidad Europea, ha resuelto demandas afirmando la imposibilidad de que intervenga en el juzgamiento quien ha participado en la investigación como miembro del Ministerio Público. A ese respecto resulta de singular importancia citar la sentencia que profirió ese Tribunal el 1º de octubre de 1982, en la que afirma:

"'28. El magistrado que presidió la audiencia de Brabant en el presente caso, señor Van de Walle, había ejercido previamente las funciones de adjunto primero del Procurador del Rey en Bruselas; hasta su designación en el Tribunal de Apelación fue el jefe de la sección B del departamento de acusación pública de Bruselas, sección encargada de la investigación de los crímenes y delitos contra las personas y, en consecuencia, la que conoció el caso del señor Piersack (ver parágrafos 9-12, 14 y 19 más arriba).

"'29. Por este hecho el demandante ha alegado que su caso no fue conocido por un «Tribunal imparcial»: Desde su punto de vista, «cuando una persona ha tratado un asunto como Ministerio Público durante año y medio no puede sino prejuzgar el caso».

"'.....

"'.....

"'31. Esto fue lo que ocurrió en el presente caso. En noviembre de 1978 el señor Van de Walle presidió la Audiencia de Brabant, a la que la correspondiente Sala del Tribunal de Apelación de Bruselas había trasladado al demandante para juicio. En su virtud dispuso de amplios poderes, a los que, por otra parte, debía recurrir en ocasiones, por ejemplo el poder discrecional conferido por el artículo 268 del Código Judicial y el poder de decidir con los otros jueces acerca de la culpabilidad del acusado cuando el jurado decidiera el veredicto de culpable únicamente por mayoría simple (ver parágrafos 13 14 y 20-21 más arriba).

"'Sin embargo, previamente y hasta noviembre de 1967 (sic) el señor Van de Walle había dirigido la sección B del departamento del Ministerio Público en Bruselas, responsable de la investigación dirigida contra el señor Piersack. Como superior jerárquico de los adjuntos encargados del caso, señora Del Carril y después señor de Nauw, podía haber revisado cualquier escrito que debiera presentarse a los tribu-

nales. discutido con ellos sobre la orientación que debía darse al caso, así como asesorarles sobre cuestiones jurídicas (ver parágrafo 19 más arriba).

"'De otra parte, la información obtenida por la Comisión y por el Tribunal (ver parágrafos 9-11 más arriba) tiende a confirmar que el señor Van de Walle jugó efectivamente un cierto papel en el procedimiento.

"'En cualquier caso, importa poco saber si, como cree el Gobierno el señor Piersack ignoró estos hechos en aquel momento. Como tampoco es necesario tratar de medir la extensión precisa del papel jugado por el señor Van de Walle, realizando otras investigaciones en orden a determinar, por ejemplo, si recibió o no la nota de 4 de febrero de 1977 o si discutió el caso particular con la señora Del Carril y del señor De Nauw. Es suficiente constatar que la imparcialidad del Tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda.

"'32. En consecuencia, el Tribunal concluye que ha habido una violación del artículo 6.1'.

"Partiendo del cambio de sistema de juzgamiento, y de los aspectos que lo caracterizan, desde el punto de vista de las finalidades políticas que busca garantizar, hemos llegado a la convicción de que la expresión del artículo 103.6 '...o hubiere participado dentro del proceso,...', hace relación a la imposibilidad de los jueces de intervenir en un proceso en la etapa del juzgamiento cuando hubiesen actuado en la de investigación. Interpretarla de otra manera es desnaturalizar la estructura del sistema acusatorio, circunstancia consagrada como especial causal de nulidad que afecta el debido proceso y que justifica su declaratoria cuando se afecten los derechos de las partes o se desconozcan '...las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento'".

Entonces, consultando el fin del constituyente tenemos que éstos quisieron como prenda de garantía, que la función investigativa y acusatoria fuera independiente e imparcial y con ello buscar un fortalecimiento palpable de la justicia. Así las funciones acusatorias y decisorias son ejercidas por órganos distintos, para de esta manera evitar que la acusación sea presentada por la misma institución que posteriormente va ejercer la función juzgadora, como claro principio de autolimitación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

Por ello, no comparto la interpretación restrictiva que le da la Sala mayoritaria a la causal de impedimento consagrada en el numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que la magistrada del Tribunal Superior de Cundinamarca al revisar

la resolución de acusación que por vía del recurso de apelación conoció, no se encuentra impedida para desatar la impugnación interpuesta en la etapa de juzgamiento, con base en que en aquella oportunidad no ostentaba la calidad de fiscal, limitando las consideraciones a la vigencia del anterior estatuto procesal —Decreto 050 de 1987— y desconociendo la actual estructura del proceso penal, no obstante que la sentencia que ponga fin al proceso se proferirá bajo el imperio de la nueva Carta Constitucional.

El asunto no se debe reducir a un aspecto de simple semántica, sino que se le debe dar el verdadero alcance, que no es otro que el de garantizar la imparcialidad del funcionario y evitar que su ánimo de juzgador pueda verse comprometido por haber emitido la confirmación del pliego enjuiciatorio y posteriormente, proferir decisiones que puedan comprometer la responsabilidad del acusado, más aún, cuando la misma funcionaria es la que afirma que ella "conformó la Sala de Decisión que en segunda instancia revisó la resolución de acusación proferida contra Jaime Ovidio Zuluaga por el delito de homicidio culposo, función propia del fiscal calificador".

Lo anterior significa, tal como está concebido el sistema mixto con tendencia acusatoria en nuestro país, que la Fiscalía General de la Nación llevará el control de la investigación en forma permanente, hasta la calificación de la instrucción y una vez ejecutoriada la resolución de acusación, pasará a los jueces encargados del juzgamiento y el fiscal adquiere la calidad de parte procesal, situación que acontecía en el sistema procesal anterior en el sentido de que los jueces de instrucción al momento de calificar el sumario y una vez en firme la providencia, esta pasaba a los jueces competentes para la etapa del juzgamiento, sin que el primero pudiera posteriormente inmiscuirse en la toma de decisiones en el juicio.

Las anteriores son las razones que me llevan a discrepar respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala.

Edgar Saavedra Rojas, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO)

Difícilmente puede admitirse un equilibrio o una igualdad procesal de las partes si el poder de acusación y el de decisión confluyen en una misma persona.

He plasmado en otras ocasiones mi criterio disidente sobre un supuesto similar al actual. Sigo creyendo en la bondad de la causal de impedimento pergeñada en el artículo 103, ordinal 6º del C. P. P., cuya exégesis no permite a los magistrados y jueces intervenir en la etapa de juzgamiento cuando previamente han participado en la investigación o acusación. Llanas y simples mis ideas, las reproduzco sin mayores comentarios, en contra del criterio restrictivo de la mayoría:

"a) Una de las características propias y peculiares del sistema acusatorio —esquema que responde a una orientación democrática del proceso penal— es la división del mismo en dos fases. Este desdoblamiento presupone que las tareas propias de acusación y decisión deban conferirse a órganos estatales distintos y excluyentes. En otros términos, las competencias de acusación y decisión deben ejercitarse por funcionarios diferentes y, desde luego, facultados para el efecto;

"b) La génesis de la filosofía del proceso acusatorio es simple: La separación de funciones entre el poder de acusación y el poder de decisión pretende garantizar la imparcialidad judicial y evitar, en todo caso, compromisos ideológicos o posibles o probables prejuzgamientos del juzgador al momento de proferir sentencia. Quien falla no puede estar condicionado al contenido de la resolución de cargos, ni al carácter vinculante de una petición de juicio, ni a los criterios jurídicos adoptados en desarrollo de la instrucción;

"c) Difícilmente puede admitirse un equilibrio o una igualdad procesal de las partes si el poder de acusación y el de decisión confluyen en una misma persona. Acaso una mayor garantía de rectitud y de justicia se consigue con un doble juicio lógico-jurídico sobre bases distintas y una absoluta separación de funciones de modo y manera que quien instruye no juzga. La ausencia de relación jerárquica entre dos órdenes de funcionarios y la desvinculación del juez a la preten-

sión formal de acusación, comportan las mejores garantías de neutralidad o imparcialidad para el propio imputado".

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra.*

COLISION DE COMPETENCIA / CALUMNIA

El delito de calumnia es de aquellos que requieren querella para su investigación y por ello es el ofendido quien tiene el poder de disposición sobre la acción penal. De suerte que aunque haya sido víctima de varios delitos de calumnia, si el sujeto pasivo desea denunciar uno de ellos la administración de justicia no puede extenderse a los demás.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 005.

Vistos:

Decide la Corte sobre la colisión negativa de competencias surgida entre los *Juzgados Catorce Penal Municipal de Barranquilla (Atlántico) y Promiscuo Municipal de San Estanislao (Bolívar).*

Antecedentes:

Ante el reparto de los Juzgados Penales Municipales de Barranquilla, el 17 de marzo de 1993, Orlando Perdomo Oviedo presentó denuncia penal contra Gonzalo Ramos Quiroz, por el delito de calumnia presuntamente cometido en detrimento de su integridad moral.

De la anterior denuncia le correspondió conocer al Juzgado Catorce Penal Municipal de Barranquilla. Despacho ante el cual el denunciante se ratificó de la misma haciendo algunas rectificaciones, luego de lo que, por auto del 24 de marzo de 1993, se dispuso abrir investigación previa, decretándose la práctica de algunas pruebas entre ellas oír en versión libre al imputado.

Por auto de cuatro (4) de mayo de 1993, el mismo Despacho judicial declaró abierta la instrucción disponiendo vincular mediante indagatoria a Gonzalo Ramos Quiroz y ordenó pruebas tendientes al

perfeccionamiento de la misma. Dos días después reconoció como parte civil al denunciante quien había formulado demanda en tal sentido a través de apoderado.

Luego de recepcionarse varios testimonios, el defensor del sindicado, mediante memorial presentado el 21 de julio de 1993, solicitó al Despacho enviar el proceso al Juzgado Promiscuo Municipal de San Estanislao (Bolívar) por competencia en virtud del factor territorial, aduciendo que fue allí donde según el denunciante se hizo la manifestación presuntamente calumniosa que es objeto de investigación.

El apoderado de la parte civil, mediante memorial presentado el 3 de agosto de 1993, manifestó su desacuerdo con la anterior solicitud de la defensa, por considerar que su representado al ratificarse de la denuncia precisó claramente que las imputaciones calumniosas hechas por el sindicado en su contra tuvieron lugar en la calle 82 número 45-21 de Barranquilla y en presencia del señor Milecto Quiroz. Agregó que aunque el sindicado hubiere extendido su campaña difamatoria a otros lugares, entre ellos a San Estanislao, no por ello debe variar la competencia para continuar la investigación en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que regula la denominada "competencia a prevención".

El defensor del sindicado insistió en el envío del proceso al Juzgado Promiscuo Municipal de San Estanislao por competencia territorial, a través de memorial presentado el 5 de agosto de 1993.

El Juzgado Catorce Penal Municipal de Barranquilla, por auto del 13 de agosto de 1993, dispuso remitir el proceso en el estado en que se encuentra al Juzgado Promiscuo Municipal de San Estanislao (Bolívar) por considerar que ese Despacho es el competente para adelantar la investigación, toda vez que las pruebas recaudadas señalan que fue en esa localidad donde tuvieron ocurrencia los hechos presuntamente calumniosos.

El Juzgado Promiscuo Municipal de San Estanislao, por auto del 13 de septiembre de 1993, resolvió no aceptar la competencia que le fuera atribuida por el Juzgado Catorce Penal Municipal de Barranquilla, proponiéndole *colisión de competencia negativa* por considerar que de conformidad con lo previsto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, es a ese Despacho al que le corresponde continuar adelantando la investigación, toda vez que fue en Barranquilla donde se formuló la denuncia y además por haber sido el que profirió resolución de apertura de la instrucción. En el mismo proveído se ordenó el envío del expediente a la Sala de Casación Penal de esta Corporación a efecto de que fuera resuelta dicha colisión.

Recibidas las diligencias, esta Sala se pronunció en proveído del 14 de octubre de 1993, absteniéndose de decidir sobre el fondo, en virtud de que se omitió un paso procesal indispensable para trabar

en debida forma la colisión de competencias, cual fue el de haber enviado previamente el expediente al Juzgado Catorce Penal Municipal de Barranquilla para que se pronunciara sobre la colisión negativa que le propuso el Juzgado Promiscuo Municipal de San Estanislao.

Devueltas las diligencias a la oficina de origen y subsanada la irregularidad anotada, el Juzgado Catorce Penal Municipal de Barranquilla, por auto del 17 de noviembre de 1993, resolvió no aceptar la colisión de competencias negativa que le propuso el Juzgado Promiscuo Municipal de San Estanislao (Bolívar) y, consecuentemente, dispuso el envío del proceso a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Consideraciones de la Corte:

Resulta lamentable que asuntos jurídicamente tan sencillos como éste puedan originar tamaño desgaste del aparato judicial y demanden términos tan amplios para su definición. Es así como transcurridos varios meses desde cuando se formuló la denuncia aún no ha sido posible que el juez legalmente competente asuma cabalmente su función, a causa de lo cual largo tiempo después de abierta la investigación todavía no se ha producido la vinculación del sindicado.

No ha debido olvidarse que el delito de calumnia es de aquellos que requieren querella para su investigación y por ello es el ofendido quien tiene el poder de disposición sobre la acción penal. De suerte que aunque hubiere sido víctima de varios delitos de calumnia, si el sujeto pasivo sólo desea denunciar uno de ellos la Administración de Justicia no puede extenderse a los demás.

Del proceso emana con claridad que no fue una sola la manifestación presuntamente calumniosa proferida contra el denunciante, sino varias y en distintos lugares.

Empero si Orlando Perdomo Oviedo se sintió afectado por las manifestaciones que Gonzalo Ramos Quiroz le hiciera a su tío Milecto Quiroz, en su residencia de Barranquilla, y fue este hecho el que lo motivó a presentar la única querella de que se tenga noticia ante el Juez Penal Municipal de esa ciudad, resulta evidente que la investigación debe adelantarse en Barranquilla aunque después se hubiere conocido que manifestaciones similares a la denuncia se produjeron en distintas localidades.

Y como quiera que son los jueces penales municipales los competentes para conocer de los procesos por delitos que requieran querella de parte (art. 73, numeral 2, C. de P. P.), se concluye que la investigación debe continuar a cargo del Juzgado Cartoce Penal Municipal de Barranquilla, tal como se inició.

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

Resuelve:

Asignar el conocimiento del proceso al Juzgado Catorce Penal Municipal de Barranquilla.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL

La nueva causal de impedimento consagrada por la Ley 81 de 1993 (art. 15.11) es de una claridad meridiana, sin que sea posible jurídicamente desatender su tenor literal para darle un alcance que no le corresponde (art. 27 del Código Civil). / Cuando la norma determina que está impedido el juez para conocer de un proceso dentro del cual hubiere "actuado como fiscal", se está refiriendo precisamente a eso, a que el juez, ya sea durante el sumario o en el juicio, hubiera actuado en calidad de fiscal, y no a otras hipótesis distintas. / De aceptarse que la Sala del Tribunal "actuó como fiscal" porque conoció de una apelación interpuesta en proceso que en primera instancia era de competencia de los jueces superiores, todos los jueces penales municipales tendrían que declararse impedidos en los procesos de su competencia, toda vez que por ley, y mientras entra a operar en este nivel el sistema acusatorio, ellos tienen la obligación de continuar investigando y calificando (art. 14 transitorio del C. de P. P.). Lo mismo tendrían que hacer los magistrados de esta Sala en relación con los procesos que se sigan contra los congresistas, pues respecto de éstos tienen la función no sólo de juzgarlos sino también la de adelantar la investigación y calificar su mérito (art. 235.3 de la C. N.).

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 9.

Por medio de la presente providencia procede la Corte a resolver lo pertinente en relación con el impedimento manifestado por el doctor *Alvaro Guevara Sandoval,* magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que no le fue aceptado por los demás integrantes de la Sala de Decisión Penal por él presidida (art. 106 del C. de P. P.).

Antecedentes:

1. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, mediante sentencia del 1º de octubre del año próximo pasado, condenó a Germán Hoyos Castañeda a la pena de dos (2) años de prisión, al declararlo responsable del delito de homicidio culposo, que se le había imputado en la resolución de acusación.

2. Concedido el recurso de apelación contra el anterior fallo, correspondió conocer del mismo, por reparto, al magistrado Alvaro Guevara Sandoval, quien, previa invocación del ordinal 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal (art. 15 de la Ley 81 de 1993: "Que el juez haya actuado como fiscal"), manifestó ante los demás integrantes de la Sala de Decisión por él presidida, estar impedido para conocer de este proceso.

Considera el aludido funcionario que como de acuerdo con la nueva Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal, proferir una medida de aseguramiento es función propia de la Fiscalía, él, cuando en unión de sus otros compañeros de Sala confirmó el auto de detención dictado contra Hoyos Castañeda, actuó como fiscal, y por ende se encuentra impedido para conocer de este proceso.

"Entiendo que actúa como fiscal —argumenta el magistrado Guevara— quien realiza la función de tal. No pienso que la Ley 81 cuando establece la causal de impedimento del numeral 11 de su artículo 15 esté pensando en la denominación que tenía quien profirió un acto o realizó una diligencia procesal, en un momento dado, sino que está considerando la naturaleza de la función que desarrolló una determinada persona cualquiera fuera la denominación de su destino.

"Si examinamos la razón de ser —continúa—, la filosofía, como se estila decir, de esta causal de impedimento pienso que se tiene que llegar a la conclusión de que lo que se busca es que el juzgador, el juez que ha de proferir la sentencia llegue sin haber avanzado, de ninguna manera, su criterio sobre la responsabilidad del procesado...".

3. Para no aceptar el anterior impedimento, los otros dos magistrados integrantes de la Sala de Decisión consideraron que "el legislador buscó con el establecimiento de esta específica causal 11 hacer claridad sobre la situación del funcionario juez que una vez actuó desempeñándose como fiscal, y no como lo piensa nuestro colega que simplemente hubiese cumplido con la función en virtud de la posibilidad legal que se otorgaba a los jueces de intervenir en la etapa sumarial. De esta manera se consagra de una vez por todas que quien se haya desempeñado en calidad de fiscal dentro del mismo proceso, no podrá actuar más adelante como juez.

"Pero es que además —agregan estos magistrados— encontramos otro sentido eminentemente práctico a esta nueva causal: El de evitar que los jueces municipales que actúen en la etapa sumarial en los asuntos de su competencia, más adelante se declaren impedidos en la fase del juicio so pretexto de haber cumplido funciones de fiscales en la investigación".

Consideraciones de la Corte:

Acertaron, en verdad, los magistrados que no admitieron el impedimento manifestado por el doctor Guevara Sandoval, pues en realidad él en ningún momento actuó como fiscal en este proceso.

Cuando la Sala presidida por el magistrado Guevara Sandoval confirmó el auto de detención proferido contra Hoyos Castañeda, desempeñó, de conformidad con las normas legales para ese momento vigentes, funciones de juez de segundo grado o *ad quem*, como que se limitó a conocer de una apelación interpuesta en proceso que en primera instancia era de competencia de los jueces superiores (art. 69.1, del Decreto 050 de 1987). Mal podría afirmarse, entonces, como se hace en la manifestación de impedimento, que la Sala "actuó como fiscal", máxime cuando para este momento (25 de febrero de 1992) ni siquiera había empezado a regir el estatuto procesal (Decreto 2700 de 1991) que reguló la actividad judicial de los fiscales.

Que con posterioridad a la referida decisión y como consecuencia de que entrara a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, que en armonía con la nueva Constitución Nacional implantó un proceso con marcadas características de acusatorio, la función de emitir una medida de aseguramiento haya pasado a ser, como norma general, competencia de la Fiscalía, es algo que de ninguna manera y sin que importe por cuál lado se le mire, permite concluir que cualquier magistrado o juez que hubiere proferido una medida de aseguramiento o conocido de ella en virtud del recurso de apelación, haya *actuado como fiscal*.

La nueva causal de impedimento consagrada por la Ley 81 de 1993 (art. 15.11) es de una claridad meridiana, sin que sea posible jurídicamente desatender su tenor literal para darle un alcance que no le corresponde (art. 27 del Código Civil).

Cuando la norma determina que está impedido el juez para conocer de un proceso dentro del cual hubiera "actuado como fiscal", se está refiriendo precisamente a eso, a que el juez, ya sea durante el sumario o en el juicio, hubiera actuado *en calidad de fiscal*, y no a otras hipótesis distintas, como la señalada en la manifestación de impedimento.

Es tan desbordada la interpretación que de la causal en comento hace el magistrado Guevara, que de aceptarse, todos los jueces penales municipales tendrían que declararse impedidos en los procesos de su competencia, toda vez que por ley, y mientras entre a operar en este nivel el sistema acusatorio, ellos tienen la obligación de continuar investigando y calificando (art. 14 transitorio del C. de P. P.). Lo mismo tendrían que hacer los magistrados de esta Sala en relación con los procesos que se sigan contra los congresistas, pues respecto de éstos tienen la función no sólo de juzgarlos sino también la de adelantar la investigación y calificar su mérito (art. 235.3 de la C. N.).

De lo expuesto se deduce con claridad que el impedimento manifestado por el magistrado Guevara Sandoval no tuvo existencia, razón por la cual deberá continuar conociendo de este proceso.

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

Resuelve:

Declarar *infundado* el impedimento manifestado por el doctor Alvaro Cuevara Sandoval para conocer de este asunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (ACLARACION DE VOTO)

Promulgada la Ley 81 de 1993, concluyó en que cualquier discrepancia interpretativa quedó resuelta pero en favor de la tesis pregonada en el criterio mayoritario de la Sala, pues el nuevo numeral 11 restringe claramente los términos de la propuesta original gubernativa y utilizando tan solo el término "fiscal", se remite a una actuación propia y exclusiva del nuevo sistema acusatorio, apenas esbozada pero no generalizada en el anterior Decreto 052 de 1987, así que respetando el principio de taxatividad, que es regla de oro en las causales de impedimento, se inhibe la posibilidad de insistir en procura de una mejor ortodoxia de la interpretación de las normas procesales frente a la Carta Política.

Cuando el Gobierno nacional sometió al estudio del Congreso el proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal, convertido hoy en Ley 81 de 1993, dentro de las causales de recusación incluyó el numeral 11 con el siguiente texto: Que "el juez haya intervenido en la instrucción o haya formulado acusación como fiscal".

Bajo esta iniciativa creí zanjadas las diferencias que al interior de la Sala suscitaba el numeral 6º del mismo artículo 103 del Código de Procedimiento Penal avalando el criterio de la minoría, dentro del cual expuse en síntesis que aquel funcionario que hubiese intervenido en la etapa de instrucción de un proceso no podía llegar a resolverlo como juez en las etapas de juzgamiento, pues tal conclusión iría en contra del nuevo esquema constitucional y variaría el debido equilibrio de fuerzas en la etapa de la causa.

Así había concretado entonces mi pensamiento:

> "a) La revisión *literal* del artículo 103, numeral 6º, del Nuevo Código de Procedimiento Penal, muestra la presencia de tres hipótesis bien definidas y distintas que por parejo indican la necesidad de llegar a una misma solución: *La primera* remite directamente a la imposibilidad de que quien haya proferido una decisión llegue a revisarla en instancia o casación; *la tercera* se limita a involucrar el vínculo de paren-

tesco dentro del mismo ascendiente jerárquico; pero en *la segunda* se alude al hecho de *'haber participado dentro del proceso'*, expresión que amplía o extiende inequívocamente el ámbito de esa intervención a otros estadios distintos de la sola revisión instancial de una providencia, dando perfecta cabida dentro del sistema acusatorio a eventos como el aquí resuelto, en que quien ha intervenido en la instrucción o participado en la resolución de acusación, deba luego afrontar como juez la etapa posterior del juzgamiento;

"b) Como la interpretación textual resulta insuficiente, pues de ella se originan las discrepancias que afloran en el propio seno de la Sala, imperiosa se hace la convocación de otros factores en la búsqueda de una sana hermenéutica, de los cuales se acaba por confirmar que ha de ser otro y muy distinto el sentido que amerita la problemática expresión, de aquel que le da la posición mayoritaria.

"*Teleológicamente* considerada esta causal de excusa, no podrá desconocerse que hallando su razón de ser en la necesidad de garantizar la imparcialidad del juez, afronta situaciones procesales distintas a la sola expedición de la providencia de cuya revisión se trata, pues siempre que haya eventos que redunden en la persistencia de una situación vinculante con etapa procesal ya superada, la razón que suscita el impedimento se repite, y debe llevar a la necesidad de separar al funcionario de su conocimiento. Ello se da dentro del actual esquema acusatorio, cuando un fiscal que luego de tener toda la iniciativa instructiva y tras de pronunciarse sobre la situación del procesado redactando en su contra la resolución acusatoria, se ve avocado circunstancialmente a adelantar como juzgador la causa, pues así no tenga estrictamente que 'revisar' en este caso su propia providencia, no cabe duda que su actividad anterior es la que sirve para constituir la subsiguiente función de la 'parte' que acusa, quebrantando el principio de imparcialidad del juez, llamado a ser característica dentro del debido proceso;

"c) Si además se mira la norma desde el punto de vista de una interpretación *sistemática*, tendrá que recordarse en armonía con los renglones inmediatamente precedentes, que caracterizado ahora el proceso penal por su ingreso al sistema acusatorio, recordando en él el dominio de los principios de independencia y autonomía que marcan una notoria diferencia entre la tarea investigativa y la de juzgamiento (arts. 250 de la Constitución Nacional y 24 del Código de Procedimiento Penal), ellos deberán hallar garantía de efectividad marginando de la gestión de la causa a funcionarios que tuvieron injerencia dentro de la etapa del sumario, ya que de

otro modo la 'unidad de criterio' de quien actúa desnaturalizaría esa instituida dicotomía estructural, y aún quebranta el equilibrio debido entre las partes, pues cuando menos el 'compromiso intelectual' del juez que profirió la acusación o aportó su esfuerzo con el fin de lograrla, da pávulo para fundar sospechas sobre su imparcialidad, pues así se trate como es de esperarse, de funcionarios ecuánimes, justos, de amplio criterio y recia personalidad, no puede olvidarse, según lo ha sostenido repetidamente esta Sala, que en tema de impedimentos no resulta suficiente que el juzgador tenga conciencia sobre su equilibrado juicio, sino que en bien de la credibilidad de la justicia se impone que aún esa imparcialidad sea aparente, porque es derecho de la comunidad el de poder confiar sin reticencias en los administradores de justicia;

"d) Por último y si a un criterio *histórico* se recurre, tampoco puede gratuitamente olvidarse que como garantía de independencia entre la gestión de instrucción y la de juzgamiento, ante el surgimiento del primer esbozo de sistema acusatorio la codificación procesal de 1987 creó en el artículo 535 el impedimento conjunto para la Sala que había conocido en segunda instancia de apelaciones suscitadas dentro del sumario, a fin de que no fuesen sus mismos integrantes quienes intervinieran una vez más en la etapa de la causa.

"Esta causal resulta, dentro de los ya enunciados principios de independencia y autonomía, el más inmediato antecedente del motivo 6º, porque si bien y a diferencia de otras legislaciones foráneas que vedan la intervención como juez de quien hubiere actuado como fiscal o instructor en el asunto, el legislador colombiano no consagró ese hecho expresamente, su interés por el respeto de esa garantía de imparcialidad e igualdad viene patente desde la legislación anterior, y coherentemente continúa dentro de la redacción de la causal por cuya interpretación amplia propugno, con más convencimiento hoy cuando por encima de cualquier escrúpulo o razón de conveniencia, esa separación tiene arraigo en la Constitución que institucionaliza un sistema construido sobre la escisión frontal de la instrucción y el juzgamiento".

Promulgada la Ley 81 de 1993, concluyo en que cualquier discrepancia interpretativa quedó resuelta pero en favor de la tesis pregonada en el criterio mayoritario de la Sala, pues el nuevo numeral 11 restringe claramente los términos de la propuesta original gubernativa, y utilizando tan solo el término "fiscal", se remite a una actuación propia y exclusiva del nuevo sistema acusatorio, apenas esbozada pero no generalizada en el anterior Decreto 052 de 1987, así que respetando el principio de taxatividad, que es regla de oro en las causales de im-

pedimento, se inhibe la posibilidad de insistir en procura de una mejor ortodoxia en la interpretación de las normas procesales frente a la Carta Política.

La posibilidad de aceptar impedimentos como el que en este caso se plantea ha quedado abortada, y bajo ese entendimiento suscribo en apoyo de la respuesta que contiene la presente decisión.

Con todo respeto,

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado.

Santafé de Bogotá, febrero 9 de 1993.

INCULPABILIDAD / ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO

Si la misma administración, en el curso de un litigio, coloca a alguna de las partes en desventaja frente a las demás, resulta obvio que se comete una arbitrariedad que ha de ser, por tanto, sancionada. / En estos supuestos de torcido comportamiento de la administración pública, de verdad que la comprobación del "móvil" no es necesaria para la estructuración del punible a que hace referencia el artículo 152 del C. P., ni para la consecuente responsabilidad del autor, porque lo que importa (estando demostradas la tipicidad y la antijuricidad) es que exista plena prueba del dolo con que se cometa dicho abuso, dolo que consiste en saber y querer el acto arbitrario o injusto que se despliega. / El error en los términos indicados en el numeral 4º del artículo 40 del C. P., constituye una causal de inculpabilidad, por ser fruto de la convicción invencible de que en el actuar no concurre algunas de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 09.

Vistos:

Por vía de apelación revisa la Sala la sentencia del 16 de julio de 1993 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá absolvió al doctor *Luis Alfredo Pedraza López* y a *José Gonzalo Ospino Díaz*, en su orden juez y secretario del Juzgado Veintiuno Superior de Santafé de Bogotá, de los delitos de abuso de autoridad, falsedad y prevaricato por los cuales habían sido enjuiciados.

Hechos y actuación procesal:

1. El abogado representante de la parte civil, en denuncia presentada el 16 de agosto de 1985, manifiesta que los susodichos juez y secretario del Juzgado Veintiuno Superior incurrieron en los delitos de falsedad y prevaricato, acaecidos en desarrollo de los siguientes hechos:

En el Juzgado Veintiuno Superior en mención se tramita el proceso contra Salomón Kassim (gerente de la Compañía Colombiana Automotriz), José Calderón Rivera (gerente de Mazdacrédito) y del abogado Francisco Vergara Carulla, según denuncia de Héctor Morales, gerente de la Cooperativa Integral de Transportadores "La Nacional".

A petición suya, como parte civil en ese proceso, se dictó medida de aseguramiento respecto de los referidos Kassim y Calderón por los delitos de falsedad por ocultación, falso testimonio y fraude procesal.

No tramitó el Juzgado Veintiuno la solicitud que él (el quejoso) hizo como parte civil para que se fijara caución para el embargo de bienes de los procesados.

Se escuchó en indagatoria al abogado Vergara Carulla y se le resolvió situación jurídica mediante auto del 3 de agosto del citado año, en el sentido de que los hechos denunciados eran atípicos, providencia que no se la notificaron al aquí denunciante aduciéndose por parte del secretario Ospina Díaz que "durante toda la semana del 5 al 10 de agosto que estando suspendidos los términos no he podido notificar por estado el auto" (fl. 3-1).

No obstante estar suspendidos los términos, se le dio trámite a la revocatoria de la medida de aseguramiento, solicitada por los apoderados de Kassim y Calderón, motivo por el cual —términos suspendidos para él y no para los defensores— procedió a recusar al juez Pedraza López, cosa que hizo el 14 de agosto en las horas de la mañana, preguntando luego sobre el resultado de la revocatoria de la referida medida de aseguramiento, replicando el secretario del Juzgado que el proceso había llegado del traslado fiscal, pero que todavía no se había dictado providencia. "Salimos de allí —dice el denunciante— acompañado del doctor Cancino, y de improviso el mismo secretario nos ubica en otro Juzgado y afirma haberse equivocado, que el expediente se encuentra en la oficina del fiscal notificando el auto que revocaba la medida de aseguramiento de Kassim y Calderón" (fls. 3 y 4-1).

Dice el quejoso que entonces él preguntó al secretario por qué el juez no había dado respuesta a la recusación, haciendo él las averiguaciones que establecieron que la providencia de revocatoria aludida, se había dictado estando pendiente la recusación. "A pesar de la recusación —dice el denunciante—, en un exceso de diligencia el Juzgado

en un tiempo record de seis horas había revocado la medida de aseguramiento, y eso que se encuentra en inventario con atención de los negocios con preso exclusivamente".

Con sorpresa constató que el ameritado auto del 3 de agosto (que definió la situación jurídica del abogado Vergara Carulla) ya había sido notificado, sin poder entonces él recurrir. Dice el quejoso: "... aparece en el expediente un sello de notificación por estado del 6 de agosto, fijado detrás de una diligencia de compromiso, con lo que obviamente quedaba ejecutoriada la providencia que yo iba a apelar" (fl. 4-1).

Dice que entonces exigió los estados "originales", y "se encuentra que se adiciona el estado al del seis en el negocio de Salomón Kassim, pero con tan mala previsión que en lugar de cambiar todo el estado lo copia en seguida de los otros negocios observándose en forma latente la desalineación horizontal que caracteriza el haber sido ejecutado en tipo mecanográfico diferente" (fl. 5-1).

Agrega el denunciante: "Se logra entonces un doble objetivo: Destruir la recusación pues presuntamente si hubo términos para la parte civil y generar la ejecutoria el día 10 de agosto, todo eso mientras en el aviso colocado en la puerta del Juzgado se decía que sólo se tramitaban negocios con preso".

Comenta el quejoso que aparte de ello, está mal notificado ese auto, porque siendo el día 4 domingo, el expediente debía haber estado en la Secretaria del Juzgado los días 5 y 6.

"De esto surge —dice el denunciante— que un juez de la República tramitó un proceso sin estar facultado para ello, pues se le había recusado, y a la recusación se le responde con una mutación en el estado que hace operable una ejecutoria inmediata" (fl. 5-1).

Cita como testigos de esos hechos a los abogados Antonio Cancino Moreno, Luis Ignacio Lyons y Humberto Niño Serrano, y agregó copia de los memoriales en que pide se fije caución y en el que recusa al juez. Así mismo adjuntó unas fotografías en que se lee en un aviso pegado en la puerta del Juzgado Veintiuno Superior: "En inventario. Sólo se atiende negocios con preso" (fl. 11-1).

2. El denunciante amplió la queja (fls. 52 y ss.-1), el Tribunal abrió investigación (fl. 68-1), y con el allegamiento de unas fotocopias se pudo establecer especialmente cuadernos 2 y 3 de este expediente) que:

a) El proceso contra Kassim, Calderón y Vergara Carulla se inició con base en la denuncia presentada por el también aquí quejoso quien ya constituido como apoderado de la parte civil, pidió medida de aseguramiento, la cual fue efectivamente proferida el 16 de julio de

1985 (fls. 265 y ss.-1), dictándose caución por los delitos de fraude procesal, falsedad por ocultamiento y falso testimonio.

Ese auto aparece firmado por el doctor Luis Alfredo Pedraza como juez y por Eliseo Quevedo Díaz como secretario.

Los hechos atinentes a dicha medida de aseguramiento atienden a que los mencionados Kassim y Calderón dieron poder al abogado Francisco Carulla Vergara para adelantar un proceso ejecutivo por "obligación de haber", afirmando que no se habían girado unos pagarés como garantía, cosa que no era cierta, sostiene el quejoso.

En ese mismo auto se deja a las partes en libertad para que denuncien los bienes de propiedad de los sindicados Kassim y Calderón.

Vergara Carulla pidió que se le recibiera indagatoria, la cual se le recibió, absteniéndose luego el Juzgado de proferir en su contra medida de aseguramiento, según auto del 3 de agosto de 1985 (fls. 331 y ss.-2).

b) El 6 de agosto los abogados de los sindicados en mención (Alfonso Gómez Méndez y Yesid Reyes Alvarado) piden la revocatoria de la medida de aseguramiento que afectaba a Kassim y a Calderón, medida que es efectivamente revocada el 14 de agosto (fls. 343 y ss.-2), misma fecha en que la parte civil aparece recusando al juez, por haber suspendido los términos sin las formalidades legales y por enemistad (trato preferencial a la defensa —fl. 297-2—).

Tanto el auto de agosto 3 (abstención de dictar medida de aseguramiento contra Vergara Carulla) como el del 14 (revocatoria medida de aseguramiento de Kassim y Calderón), fueron apelados por el representante de la parte civil y —el segundo de ellos— por el fiscal del Juzgado Veintiuno Superior, resultando ambos proveídos confirmados por el Tribunal; el caso de (Kassim, Calderón y Vergara Carulla), terminó con cesación de procedimiento por inexistencia de delito (cuaderno número 3).

3. En el presente proceso, los abogados citados por el denunciante declararon (fls. 86 y ss.-1, salvo el doctor Cancino, que adujo reserva profesional), y se practicó un peritaje grafológico sobre los referidos estados (fls. 193 y ss.-1), dictamen que arrojó lo siguiente:

En el estado de fecha 6 de agosto, se agregó la notificación del auto de agosto 3 (abstención medida de aseguramiento Vergara Carulla), para lo cual se alteraron los números de orden de los siguientes estados, vale decir, de los del 8 y 12 de agosto. Se borraron los números originales para mecanografiar en esos espacios otros números.

Mediante auto del 31 de agosto de 1985 se dispuso "rehacer en forma legal" (porque no se había dejado correr el término antes de notificar por estado) la referida notificación del auto de agosto 3. En

el mismo auto se dice que como el doctor Pedraza López ya no es juez 21, no es dable tramitar la recusación (fl. 63-1).

A folio 65-1 hay constancia de que, por orden del juez Pedraza López, "actual magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, Boyacá", se inició inventario el 8 de agosto de 1985.

El primero de septiembre de 1989 rindió indagatoria el referido doctor Pedraza López, quien recalca que el 16 de agosto de 1985, se posesionó como magistrado de Santa Rosa de Viterbo, y que el secretario Ospina Díaz estaba recién nombrado y era inexperto en cuestiones de Secretaría. Dijo que pretendió dejar el Juzgado "al día", por lo cual tramitó la revocatoria de la medida de aseguramiento, y a la cual le dio trámite como si se tratara de asunto con preso, ya que existía medida de aseguramiento, a más de que el proceso entró a despacho para tal fin, antes de suspenderse los términos, lo cual ocurrió a partir del 8 de agosto de 1985 (fl. 207-1).

En cuanto a la petición de que se fijara caución, advierte que no se denunciaron bienes de propiedad de los procesados, motivo por el cual no tramitó esa solicitud.

En cuanto a la recusación, dijo que sólo vino a enterarse de la misma cuando regresó al Juzgado a recoger algunas cosas que se le habían quedado, y reitera que no tenía relación de ninguna clase con las partes de ese proceso contra Kassim y otros, y que no sabe "cómo se comportó el secretario" en este caso. Finalmente, pone de presente que ambas decisiones suyas, a las cuales se ha aludido, fueron apeladas y confirmadas por el Tribunal.

Se declaró persona ausente al exsecretario José Gonzalo Ospina Díaz (fl. 238-1).

Cerrada la investigación, se calificó la misma por medio de auto de octubre 12 de 1990 (fls. 266 y ss.-1), calificación en la cual se hicieron las siguientes consideraciones sustanciales:

a) Las partes estaban "convencidas" que no corrían términos para el proceso contra Kassim y otros, que estaba sin detenido, porque se habían suspendido éstos por orden del juez. "Lo cierto es —dice el Tribunal— que existe demostración y aceptación de que evidentemente el proceso contra Kassim y otros, a pesar de no registrar detenido, recibió, contrariando la orden del propio juez, y por el mismo funcionario que así lo había dispuesto, un tratamiento procesal que no correspondía" (fl. 275-1); y agrega más adelante el Tribunal: "Era consciente el doctor Pedraza López de que asuntos sin detenido no se tramitarían en la semana del inventario, orden que comprendía el caso Kassim. No son de recibo las manifestaciones del exjuez, como acertadamente lo puntualiza el Ministerio Público, menos en tratándose de un funcionario con basta (sic) experiencia, pues pregonar que

todo se reduce a haberle dado al proceso en cuestión un tratamiento procesal, como si hubiera preso, es ni más ni menos que confesar el hecho imputado soporte del cargo al doctor Luis Alfredo Pedraza López, formulado en la denuncia..." (fl. 276-1).

Se califica el sumario así:

a) Con resolución acusatoria contra el exjuez por el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 152 del Código Penal;

b) Se cesa procedimiento en favor del mismo funcionario respecto de la imputación de no haber tramitado la solicitud de fijación de caución, pues estima el calificatorio que esa petición era impertinente, porque no se denunciaron bienes de ninguna clase;

c) Se dicta resolución de acusación contra el exsecretario Ospina Díaz, de conformidad con los artículos 218 y 222 del Código Penal, por falsedad agravada por el uso;

d) Se profiere igualmente resolución acusatoria contra Ospina Díaz por el delito de prevaricato por omisión de que trata el artículo 150 del Código Penal, "al haberse abstenido de legajar en el expediente respectivo el memorial de recusación que el doctor Espitia entregara en la Secretaría del Juzgado Veintiuno Superior, y

e) Se reabre investigación respecto a la falsedad de la notificación por estado, con relación al exjuez.

El 6 de marzo de 1993 se inició la audiencia pública, en el curso de la cual el fiscal pidió condena y los defensores, absolución (fls. 406 y ss.-1).

La sentencia apelada:

El 16 de julio se dictó sentencia absolutoria en relación con los dos procesados, cosa que hizo una Sala de Decisión diversa a la que enjuició (fls. 456 y ss.-1).

En esa sentencia se realizan las siguientes y medulares consideraciones:

a) En caso de haberse equivocado, el doctor Pedraza López no obró con dolo. Consideró que podía adelantar el proceso, sin que haya privado a algunas de las partes de sus derechos.

Entendió él y su secretario que como existía medida de aseguramiento se debía equiparar a proceso con detenido, motivo por el cual se corrió el respectivo traslado al fiscal.

Faltó oír en declaración al fiscal del Juzgado Veintiuno Superior y a los empleados del Juzgado y de esa Fiscalía, pruebas éstas "de

vital importancia para el asunto debatido o para la suerte del exfuncionario en mención, a pesar del esfuerzo realizado, como consta en los autos, para tratar de evacuarlas" (fl. 466-1).

"De esta suerte —dice el Tribunal—, no se puede hacer un juicio absoluto de responsabilidad, porque hay lugar a *duda, incertidumbre o imprecisión y desconfianza* sobre la eficacia probatoria, para así aproximarse la Colegiatura a la convicción respecto de la verdad real o histórica..." (subrayas del original, fl. 467-1). Y añade a folio 468 el fallo: "En síntesis, no es posible sostener con certeza la idea de un propósito de violar la ley, mediante el uso arbitrario o abuso de autoridad. En otros términos, no se alcanza a tener el suficiente grado de certeza en cuanto a la imputación, concretamente en cuanto al fenómeno de la culpabilidad... y de conformidad con el principio *'in dubio pro reo'*", debe absolverse.

b) Dice el Tribunal a folio 469: "No obstante que el procesado Ospina Díaz ha dudido su comparecencia al juicio, no es factible afirmar que esas enmendaduras en las notificaciones por estado, fueron el fruto de su actuar doloso, o sea que tuvo la conciencia de alterar la verdad en un documento destinado a servir de prueba...".

Se refiere a que de todos modos la notificación estaba erróneamente realizada (se colocó en estado antes del tiempo), y dice: "Así entonces existiría en iguales condiciones probatorias el error que exige como presupuesto la creencia vencible o invencible de conocimiento, cuando ha sido el doctor Pedraza López, sin que exista prueba que lo infirme, quien habló de la inexperiencia en el trasegar de aquel como secretario, aserto que encuentra respaldo cuando en la diligencia de inspección judicial se incorporó otro estado que nada en absoluto tiene que ver con esta investigación, y que adolece de las mismas características de alteración de otros estados. Concretamente el estado número 130 referente al proceso número 1333 contra Benjamín Naranjo (fl. 197), sin que con ello se pueda decir, con seguridad que el exsecretario en cuestión pretendía 'destruir la recusación y lograr la ejecutoria de la providencia', o, por contrario modo, que lo que elaboró 'fue el fruto de su ignorancia e inexperiencia'" (fls. 469 y 470).

c) Respecto del cargo de prevaricato por omisión, dice que teniendo en cuenta la inexperiencia del secretario Ospina Díaz, "sería comprensible que pasara el asunto (la recusación) con el escrito al día siguiente de presentada la recusación y una vez que las diligencias habían salido del despacho del juez, tal como en efecto ocurrió y así se desprende de la constancia que adujo cuando lo mantuvo en secretaría, precisamente por la eminencia de la dejación del cargo que iba a hacer el juez Pedraza" (fl. 471-1).

Y añade el fallador:

> "...ello da una expectativa para dudar si el solo hecho de sobrepasar los términos daría lugar a prevaricato por omi-

sión, en su aspecto ya subjetivo, y para saber a ciencia cierta qué se propuso al dejar de ejecutar el deber de actuar como secretario...".

Razones de las impugnaciones:

1. La Fiscal Novena Judicial sustenta su apelación contra el aludido fallo absolutorio, en los siguientes y sustanciales términos:

a) Respecto del exjuez Pedraza López:

Dice en primer término que todo acto del funcionario público debe estar dentro de la ley, y que el acto abusivo debe castigarse en sí mismo aunque "no produzca lesión de un derecho ulterior" (fl. 5, cuaderno de la Corte); y luego dice: "La experiencia reunida a lo largo de su carrera judicial por el doctor Pedraza López como titular, esto es director del Juzgado Veintiuno Superior, le impedía incurrir en equívocos frente a la conducta que estaba obligado a asumir. Por ello puede afirmarse que propició en forma consciente y voluntaria, el que las partes dentro de un proceso penal se vieran colocadas en situación inequitativa o desigual, ocasionado con ello y a través de sus determinaciones un abuso de poder que generó desmedro de las garantías de la parte civil" (fl. 6).

Manifiesta la apelante que al suspender términos (indica que a partir del 5 de agosto, según el quejoso, y a partir del 8 de agosto, según el sindicado), "no se hace cosa distinta a comunicar a todos aquellos que litigan ante su despacho que a partir de ese momento sólo se impulsarían procesos donde existieran personas efectivamente privadas de la libertad tal y como ordinariamente se entiende por quienes trajinan en el derecho penal. Tal deducción resultaba de fácil comprensión para cualquier persona familiarizada con estos asuntos y su terminología; por ello no resulta probable que el exjuez Pedraza López dado su personal conocimiento del derecho y su experiencia profesional, circunstancias de las que hace gala ampliamente en este proceso penal, hubiese entendido que podía adelantar todos los procesos en los que a pesar de no existir 'procesado detenido' se hubiese resuelto la situación jurídica de los implicados con medida de aseguramiento, tal como lo explota el Tribunal Superior para fundamentar la duda base de la absolución. El que la suspensión de términos en la práctica no hubiese operado para el proceso contra Salomón Kassim y otros, constituyó situación que atentó contra el principio de lealtad procesal y de igualdad de las partes ante la ley, siendo igualmente arbitrario o injusto el acto de quien propició esa situación" (fl. 7).

Y añade más adelante (fl. 8) la recurrente: "En la práctica, la inactividad que en ese lapso registró la parte civil, derivó única y exclusivamente de lo sucedido. El proceso fue impulsado y las peticiones tramitadas cuando el doctor Espitia consideraba que soportaba una

parálisis temporal, mientras que la defensa contó durante ese tiempo con la plenitud de sus derechos y garantías, adoptándose igualmente decisiones de gran importancia dentro del proceso".

Indica que las pruebas obrantes dentro del proceso revelan tajantemente la certeza sobre la responsabilidad del exjuez procesado pues éste "conocía perfectamente que no podía realizar actuación *que debiera ser conocida a través del proceso de notificación*. La diligencia de inspección judicial incorporada a los autos hace fe en relación a que los apoderados de Salomón Kassim y Calderón Rivera solicitaron el 6 de agosto de 1985 la revocatoria de la medida de aseguramiento que pesaba contra sus patrocinados y que el expediente ingresó al Despacho advirtiéndose al juez que 'los términos estaban suspendidos a partir de la fecha por inventario', circunstancia que evidencia el conocimiento que debió tener el procesado Pedraza López de que no correrían términos en el mencionado proceso, por no contar con procesado detenido. A sabiendas de lo anterior, se decide tramitar la petición de la defensa (9 de agosto y decidirle en la fecha para la cual todavía no se habían reanudado los mismos 14 de agosto)" (fls. 10 y 11, subrayas del original).

Y anota más adelante: "Las explicaciones del imputado no resultan de recibo para el Ministerio Público, por cuanto no puede ser posible que un funcionario de la experiencia del doctor Pedraza López hubiese entendido que durante el lapso de suspensión de términos debía registrar actuación en todos los procesos en los que al sindicado se le hubiera resuelto situación jurídica, por cuanto lo anterior equivaldría a mantener en movimiento la casi totalidad de los procesos, circunstancia que no se compadece con la finalidad que se persigue cuando las diligencias de inventario mantienen ocupados al personal del Juzgado y por lo tanto sólo decide atenderse negocios en los que se encuentren personas privadas de la libertad, en atención a las connotaciones sociales y humanas que ello implica. El implicado Pedraza López era conocedor de que si decidía tramitar la solicitud de la defensa debía por lo menos cerciorarse de que ésta se decidiera en fecha para la cual hubiese culminado la interrupción de términos" (fls. 11 y 12).

Argumenta que el hecho de que no se conozca el móvil del actuar abusivo del funcionario, nada tiene que ver de cara a la estructuración del delito y la responsabilidad en el mismo, y manifiesta: "En este punto es pertinente anotar que carece de incidencia el que las decisiones adoptadas durante este lapso por el juez en el fondo se ajustaran a derecho, por cuanto lo cierto es que se imposibilitó el normal ejercicio de los derechos y garantías de una de las partes, situación advertida por el funcionario que hubo de reemplazar al aquí implicado, quien en razón de las irregularidades que aquí se anotan y con el propósito de subsanar el menoscabo de los derechos de la parte, ordenó posteriormente rehacer la notificación de la providencia del 3

de agosto por medio de la cual se había resuelto la situación jurídica al implicado Vergara Carulla" (fl. 13).

Pide entonces que se condene al exfuncionario.

b) Respecto del exsecretario José Gonzalo Ospina Díaz:

En relación con la falsedad manifiesta el apelante: "El procedimiento desplegado evidencia sin lugar a dudas la maniobra ejecutada con el objeto de acreditar que la notificación de la providencia del 3 de agosto de 1985 en realidad se había llevado a cabo y que por lo tanto los términos dentro del referido proceso no se habían visto interrumpidos para nada. La necesidad de conseguir la secuencia en la numeración de los estados implicó la obligada incursión en el delito de falsedad, cometido por empleado oficial y sobre efectos o documentos que ostentan el carácter de públicos" (fl. 15).

Y dice a continuación:

> "En este punto se desatienden las referencias que en diligencia de audiencia pública realizaron tanto el doctor Pedraza López como la defensa de José Gonzalo Ospina, en cuanto a que como se observaron otras irregularidades en el dictamen pericial no resultaba viable atribuir el delito de falsedad al implicado. El comportamiento falsario de directa incidencia o relación con los hechos objeto de investigación a (sic) quedado plenamente establecido, así como la finalidad que con él se persiguió, sin que para este específico evento resulte de importancia la observancia de otras inconsistencias en relación a actuaciones diferentes".

En cuanto al delito de prevaricato omisivo es del sentir que se encuentra plenamente demostrada la responsabilidad de Ospina Díaz. "La omisión en el cumplimiento de sus deberes —dice—, cuando se abstiene de pasar oportunamente al Despacho del juez el memorial de recusación, circunstancia que imposibilitaría su actuación, viene a ser la culminación de acciones desplegadas con el objeto de resolver la petición incoada por la defensa dentro del referido proceso" (fl. 16).

Anota la recurrente que ese hecho también debe ser visto dentro de todo el contexto e incidencias que emanaron de ese proceso penal, y finaliza solicitando la condena del exempleado por los dos nombrados delitos.

2. El fiscal apelante pide condena para ambos procesados.

a) Del exjuez señala que "antes que todo he de recalcar que la norma del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto es un delito de los denominados formales y no de resultado, que pretende

evitar que los funcionarios públicos asumiendo su investidura y su función trastornen el nombre de las instituciones y el prestigio de la administración en sus criterios de rectitud y buena fama, menoscabando con ello la administración pública" (fl. 19).

Precisa que "para el presente caso tenemos que el doctor Pedraza ejecutó un acto más producto de sus pasiones y debilidades que de deficiencia o errores y ello debe ser castigado por la ley", resaltando que el mismo juez dio la orden de suspender los términos y el mismo juez no cumplió esa orden "sin importarle que con ello menoscababa derechos ampliamente reconocidos por el C. de P. P. a la parte civil, cual era poder atacar las providencias dictadas por el juez y lo que es más poder presentar escritos con las consideraciones del por qué no debía revocarse la medida de aseguramiento que reinaba para ese entonces..." (fl. 19).

Se refiere a la experiencia del exjuez Pedraza López y anota: "Más sin tener en cuenta cualquier eventual perjuicio que se pudiera causar a la parte civil, el daño a la administración pública sí se causó, pues con su comportamiento ampliamente arbitrario frente a la parte civil sí atacó el prestigio de la administración pues no se actuó con la pureza y corrección que se exige a todo funcionario y en especial a quien administra justicia" (fl. 20).

b) En relación con el exsecretario Ospina Díaz estima que también su responsabilidad en los delitos de falsedad y prevaricato por omisión se encuentra demostrada. "Con la falsedad —dice— se busca dar apariencia de verdad a lo que no lo es. Por eso es que se dieron los borrones, enmendaduras e intercalaciones en tres estados, todos ellos relacionados con la notificación de las providencias que hoy nos ocupan, todo ello para pretender no sólo demostrar lo que no era sino también para evitar que las mismas fueran recurridas, por declararse ejecutoriadas, generando el perjuicio del caso a la parte civil. Mal puede alegarse que lo que se cometieron (sic) fueron errores o deficiencias en razón a la inexperiencia del secretario y mucho menos, como lo hace la Sala Penal del Tribunal, darle entera credibilidad al dicho del otro acusado, quien sólo busca con las mentiras reforzar sus exculpaciones para así evitar la sanción penal respectiva" (fl. 21).

Dice que como prueba de la delicuencia se tienen los estados y el peritaje grafológico, la prueba testimonial y en especial el dicho del denunciante, el hecho de no haberse pasado la recusación al juez y sí el expediente para que se resolviera la revocatoria de la medida de aseguramiento, y finalmente la circunstancia de que el procesado Ospina Díaz no haya comparecido al proceso.

Por último, señala que el procesado Ospina Díaz no tiene derecho a la libertad.

Consideraciones de la Corte:

1. Respecto del exjuez Pedraza López.

Está demostrado documental y testimonialmente que los términos se suspendieron en el Juzgado Veintiuno Superior de Santafé de Bogotá, *para procesos sin detenido*, a partir del 8 de agosto de 1985 y hasta el 15 subsiguiente, por razón de que el titular de ese Juzgado, doctor Luis Alfredo Pedraza López, había sido designado magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el Departamento de Boyacá, y necesitaba entregar el juzgado para posesionarse en el Tribunal.

El 6 de agosto de dicho año los apoderados de los sindicados Kassim y Calderón Rivera demandan la revocatoria de la medida de aseguramiento que pesaba contra aquellos, petición que el secretario pasa al Despacho el día 8 (el 7 fue festivo) con la nota de "...suspendidos los términos a partir de la fecha por inventario" (fl. 60-1).

El 9 de agosto, el juez Pedraza López dicta el siguiente auto: "Recójase el concepto del señor fiscal del Juzgado respecto de la solicitud de *revocatoria* de la medida de aseguramiento que formulan los señores apoderados de los encartados Salomón Kassim Nessim y José Calderón Rivera (fl. 60 vto. 1).

El 13 de agosto se recibió el concepto desfavorable del fiscal del Juzgado, y el 14 se profiere la providencia revocando la medida de aseguramiento.

Mientras ello ocurría, a las partes (y aquí específicamente a la parte civil en ese proceso) se les informaba que no habría actuación ninguna en procesos que no tuvieran preso, como se avisó así mismo mediante letrero pegado a la puerta del Juzgado (fl. 11-1).

Es decir, que la parte civil, no se enteró de que los apoderados de Kassim y Calderón habían pedido la revocatoria de la medida de aseguramiento, ni tuvo por tanto oportunidad de oponerse a la misma, como días antes no había tenido tampoco oportunidad de protestar la providencia de agosto 3, que se abstuvo de decretar medida de aseguramiento al doctor Francisco Vergara Carulla. En esta última ocasión se le dijo que los términos estaban suspendidos, pero sorpresivamente él vió que dicho auto de agosto 3 había sido notificado con fecha 6 de agosto, notificación en la cual, como se verá luego, se cometió una falsedad.

Salta a la vista que ese tratamiento *desigual* con respecto a los defensores y a la parte civil (en favor de los primeros) constituye un acto arbitrario e injusto; un abuso de la autoridad de juez y por tanto del director del proceso: Arbitrario porque fue contra orden clara y expresa de suspensión de términos dada por el propio juez, e injusto, porque es un tratamiento desigual hacia las partes.

Esas "preferencias" sin duda que le hacen daño a la Administración Pública, cuyos agentes (y el juez lo es) deben proceder de manera netamente imparcial y recta, ateniéndose exclusivamente a la legalidad. Si la misma Administración, en el curso de un litigio, *coloca* a alguna de las partes en desventaja frente a las demás, resulta obvio que se comete una arbitrariedad que ha de ser, por tanto, sancionada.

En estos supuestos de *torcido* comportamiento de la Administración Pública, de verdad que la comprobación del "móvil" no es necesaria para la estructuración del punible en comento (art. 152 del C. P.) ni para la consecuente responsabilidad del autor, porque lo que importa (estando demostradas la tipicidad y la antijuridicidad, como aquí lo están desde luego) es que exista plena prueba del dolo con que se comete dicho abuso, dolo que consiste en saber y querer el acto arbitrario o injusto que se despliega.

En el presente caso, la vasta experiencia del procesado doctor Pedraza López está rebatiendo de por sí la explicación dada por él a su actuación: Que le dio tratamiento de asunto "con preso" al dicho proceso, como que en el mismo se había proferido medida de aseguramiento. Esa exculpación, como dicen los recurrentes, no comporta el menor asidero y debe por lo mismo desecharse, y admitirse, por el contrario, que el nombrado funcionario supo y quiso hacer una excepción del trámite que le dio a ese expediente, excepción a la orden de suspender términos, orden que él mismo había dado teniendo en cuenta que era inminente su ida del Juzgado para ocupar otra plaza en el Poder Judicial.

Es en síntesis ese trato preferencial (y por ende torcido) el que castiga la ley a través del citado artículo 152, de suerte que aquí es irrelevante la juridicidad de las providencias emitidas por el juez Pedraza López en el proceso de Salomón Kassim y otros, pues se aclara que el cargo es de abuso de autoridad y no de prevaricato o delito análogo.

En suma, el delito de abuso de autoridad del procesado en mención, consistió en suspender los términos para la parte civil y no para los defensores de Kassim y Calderón, con la obvia desventaja y el lógico perjuicio para el primero, y, sobre todo, con el desprestigio y desconfianza que una actuación tal entraña en la ciudadanía en general y en los sujetos procesales en particular. Es una afrenta contra la Administración Pública, bien jurídico que se quiere proteger mediante el establecimiento del mencionado tipo penal.

Hay, pues, certeza para condenar al exjuez y así se procederá, revocando la absolución.

De acuerdo con el artículo 152 del C. P., en armonía con el 61 *ibídem* —gravedad de hecho—, se impondrá como pena principal multa en cuantía de dos mil ($ 2.000.00) pesos e interdicción de derechos y

funciones públicas por un lapso de un (1) año. Por no existir pena privativa de la libertad y permitirlo el artículo 69 del C. P., el procesado no es acreedor a la condena de ejecución condicional.

2. *En relación con el secretario Ospina Díaz.*

a) Respecto del delito de falsedad. El fundamento que tuvo el Tribunal para absolver al secretario procesado, radicó en considerar que pudo haber falsificado la verdad de la notificación por estados debido a un error derivado posiblemente de su inexperiencia.

Ciertamente, el error en los términos indicados en el numeral 4º del artículo 40 del C. P., constituye una causal de inculpabilidad, por ser fruto de la convicción invensible de que en el actuar no concurre alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Pero, eso no es lo que ha ocurrido en el presente caso, como pasa a verse:

Según la prueba obrante a folios 193 y siguientes del cuaderno uno, se observa con claridad meridiana que la notificación del auto de agosto tres (3) fue hecha en forma retroactiva, porque la intercaló el secretario en el listado que ya iba en número de orden muy posterior. Ello, con el fin de que el apoderado de la parte civil —a quien el propio secretario venía informándole que los términos en ese proceso estaban suspendidos, por no ser un asunto con preso— lo encontrara ejecutoriado al levantarse la suspensión decretada y para entonces ya no tuviera la oportunidad procesal de recurrirlo, teniendo interés procesal de hacerlo por cuanto con dicho proveído el Juzgado se abstuvo de dictar medida asegurativa contra el procesado Vergara Carulla.

El modo como se cometió dicha falsedad la revela claramente el dictamen grafológico correspondiente y que obra al folio citado, siendo igualmente evidente, como lo dedujo el pliego de cargos en su oportunidad, que el mismo secretario que alteró la verdad en los estados mencionados fue el que usó tales documentos públicos al hacer las notificaciones en el proceso correspondiente, aun cuando debe sí considerarse esos comportamientos como un solo delito de falsedad y no pluralidad de ellos, como erradamente lo entendió la acusación, aun cuando agravado por el uso, según las voces de los artículos 218 y 222 del Código Penal.

Resulta entonces obvio deducir el dolo en el actuar del secretario procesado, puesto que sabía plenamente la alteración que realizaba y voluntariamente quiso hacerla para ayudar indebidamente al procesado mencionado.

b) Respecto del delito de prevaricato por omisión. No menos nítida se encuentra la responsabilidad del exsecretario en mención ya que se abstuvo deliberadamente de anexar el memorial de recusación al proceso que se hallaba al despacho con la solicitud de revocatoria de la medida asegurativa de los procesados tantas veces referidos.

Recuérdese que la providencia que dictó el juez Pedraza revocando la medida de aseguramiento fue proferida el 14 de agosto de 1985, luego si el secretario hubiera pasado oportunamente la recusación —presentada en la mañana de ese mismo día—, resulta evidente que el juez hubiese tenido que pronunciarse con relación a ella y abstenerse de decidir la revocación, independientemente de que esta medida fuese jurídica o no.

Dolosamente, entonces, el citado empleado se abstuvo de cumplir con esa concreta función que le imponían sus deberes secretariales, esto es, el de pasar inmediatamente al despacho con el proceso respectivo todo escrito que las partes presenten y particularmente este tipo de memoriales que se caracterizan por enervar la competencia del funcionario. El memorial de recusación lo pasó al juez un día después de éste haber tomado la decisión.

Emerge claro, entonces, que mediante este prevaricato por omisión se vulneró el bien jurídico de la administración pública, al incumplir dolosamente uno de sus agentes con determinada obligación. Se trata, como dice la recurrente, de "la culminación de acciones desplegadas con el objeto de resolver la petición incoada por la defensa dentro del debido proceso" (fl. 16, cuaderno de la Corte).

Ahora, podría pensarse ciertamente que quien recibió el escrito de recusación fue un empleado distinto al secretario quien omitió informar a éste al respecto, lo cual sería suficiente para relevarlo de responsabilidad, pero si ello hubiese sido de tal manera debió acudir a la justicia para dar las explicaciones del caso y no, eludirla como lo hizo. Sin embargo, concatenando los hechos con los anteriormente referidos, no cabe duda de que lo hizo con conocimiento y voluntad.

Así las cosas, se revocará la sentencia absolutoria y en su lugar se condenará igualmente a este procesado.

Como son dos los delitos imputados a Ospina Díaz, en concurso material, en donde el de falsedad es el de mayor gravedad a juzgar por la punibilidad atribuida, se partirá de éste para la dosificación de la sanción correspondiente: Según el artículo 218 del C. P., agravado por el uso, se partirá de 3 años y dos meses, a los que se le incrementarán seis (6) meses por el concurso, quedando como pena privativa de la libertad por imponer la de tres (3) años y ocho (8) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término; quantum que impide el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, lo que implica que una vez ejecutoriada esta providencia, se libre la orden de captura correspondiente.

No hay lugar a condenar, tanto a este empleado como al exjuez, al pago de daños y perjuicios materiales como consecuencia de los delitos imputados pero, sí a los morales, según el artículo 106 del C. P. Se impondrá 50 gramos oro para el exjuez y 100 gramos oro, para el exsecretario.

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. *Revocar* el fallo absolutorio impugnado. En consecuencia:

a) *Condenar* al Exjuez Veintiuno Superior de Bogotá, doctor Luis Alfredo Pedraza López, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, a la pena principal de dos mil pesos ($ 2.000.00) *de multa* a favor del Tesoro Nacional, pagaderos dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y a la interdicción de derechos y funciones públicas por lapso de un (1) año, como autor material del delito de abuso de autoridad, cometido en su calidad de juez de la República, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en el presente proceso.

Como perjuicios morales, deberá pagar a favor de la parte civil el equivalente en moneda nacional a 50 gramos oro.

b) *Condenar* al señor José Gonzalo Ospina Díaz, exsecretario del Juzgado Veintiuno Superior de Bogotá, a la pena principal de cuarenta y cuatro (44) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, como autor material de un concurso delictual de falsedad en documento público y prevaricato por omisión, cometidos en las circunstancias de lugar, modo y tiempo referidas en este proceso. En firme esta determinación, líbrese la boleta de captura correspondiente.

Como perjuicios morales, deberá pagar a favor de la parte civil el equivalente en moneda nacional a 100 gramos oro.

2. No hay lugar, en ninguno de los dos casos, al otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional.

3. En firme, expídanse las copias y envíense a las autoridades referidas en el artículo 501 del C. de P. P. para los fines legales correspondientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Arenas Salazar, conjuez, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

REBAJA DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO

Según lo dispone el artículo 532 del Código de Procedimiento Penal, para que pueda ser atendida una solicitud de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza, se deberá acompañar, si no figuran dentro del proceso, los certificados sobre la conducta del recluso y los relativos a las labores desarrolladas. / Así mismo, el artículo 100 de la Ley 65 de 1993, prohíbe la realización en los centros de reclusión de trabajo, estudio o enseñanza en los domingos y festivos, salvo casos especiales debidamente autorizados por el director del establecimiento y por causas justificadas.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 009.

Vistos:

El procesado *Luis Fernando Salinas Valderrama*, quien se halla detenido en la Cárcel del Circuito de Fusagasugá, solicita el beneficio de libertad provisional, por considerar reunir los requisitos del artículo 72 del Código Penal, para lo cual acompañó cartilla biográfica y certificados de trabajo correspondientes a las labores desarrolladas en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad y en la Cárcel del Circuito de Fusagasugá.

Consideraciones de la Corte:

Según lo dispone el artículo 532 del Código de Procedimiento Penal, para que pueda ser atendida una solicitud de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza, se deberá acompañar, si no figuran dentro del proceso, los certificados sobre la conducta del recluso y los relativos a las labores desarrolladas.

Así mismo, el artículo 100 de la Ley 65 de 1993, prohíbe la realización en los centros de reclusión de trabajo, estudio o enseñanza

en los domingos y festivos, salvo casos especiales debidamente autorizados por el director del establecimiento y por causas justificadas.

De la documentación que el peticionario acompaña y la ya existente en el proceso, se tiene que los certificados expedidos por la Cárcel Nacional Modelo no pueden ser considerados, por cuanto en ellos se certifica haber laborado en "Cenería", durante todos los días hábiles e inhábiles, sin dejarse expresa constancia de que tal actividad la cumplen los internos durante domingos y festivos, pues sin tal requisito, no puede el juez contabilizar las horas correspondientes a los citados días.

Se desconoce igualmente el comportamiento del peticionario a partir del 9 de diciembre de 1992, es decir, no aparecen actas de consejos de disciplina correspondientes a la Cárcel Nacional Modelo y Cárceles de los Distritos Judiciales de Tuluá y Fusagasugá, sin los cuales no puede la Corte entrar a reconocer redención de pena, tal y como lo preceptúa el artículo 532 del estatuto procedimental penal.

Por la Secretaría de la Sala se oficiará a los directores de los establecimientos carcelarios ya mencionados a fin de que remitan a esta Corporación los documentos sobre conducta y además, la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, certificará si la labor de "Cenería" la cumplió Salinas Valderrama durante los domingos y festivos por haberlo así autorizado el director del establecimiento.

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

Resuelve:

1. NEGAR al procesado Luis Fernando Salinas Valderrama el beneficio de libertad provisional, por las razones consignadas en la parte motiva.

2. Por la Secretaría de la Sala líbrense las comunicaciones a que se hizo referencia en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

No está, por demás, advertir como criterio general y práctico en la procedencia del recurso de casación discrecional, que importa no tanto una demostración apodíctica de las razones y pretensiones invocadas, al punto de tenerse como demostración seria e inobjetable lo alegado, lo cual haría de este auto, tan ajeno a un carácter vinculante, una casi definición de la cuestión de fondo, como sí poder detectar en la alegación aspectos inquietantes y hasta de conveniencia, que recomiende la ampliación del debate en la presentación de más decantados estudios y más reflexión de la magistratura sobre los factores que condicionan la modalidad especial de ese recurso. Así es dable activar el ejercicio de la discrecionalidad que caracteriza la atribución concedida a esta Corporación.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 9.

Vistos:

En ejercicio de la atribución que el inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P., le otorga a esta Sala, es del caso proceder a determinar la admisibilidad excepcional del recurso de casación interpuesto por el doctor *Horacio Gutiérrez Estrada,* en su condición de defensor del doctor *Oscar Castaño Valencia,* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 24 de septiembre del año inmediatamente anterior y que condenara a su representado por el delito de "divulgación y empleo de documentos reservados" (art. 289 C. P.) a la pena principal de seis (6) meses de arresto y al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Pues bien, en el evento *sub examine* se aprecia que el recurso extraordinario se intenta contra una sentencia de segundo grado, que se propuso dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación

de la señalada decisión y fue impetrado por el defensor del procesado, sujeto procesal calificado en orden a su interposición. Fue remitida también la actuación original, contándose en consecuencia con la información propia a efectos de la necesaria confrontación con las razones esgrimidas por el actor. Y, de otra parte, la "argumentación" presentada para conseguir la admisión del recurso de casación "excepcional", esto es, que el tratamiento que le dio el sentenciador al error de tipo no se compadece con lo que la mejor doctrina enseña sobre el particular y que conviene que la Corte desarrolle su jurisprudencia sobre el tema, cumple ciertamente con el requisito de "*fundamentación sumaria*" igual que lo hace cuando se trata de presentar la vulneración al principio de garantía de los derechos fundamentales.

En efecto, sobre lo primero, se señala en el escrito impugnatorio:

"Hasta la consagración del error de tipo como causal de inculpabilidad en el actual Código Penal, la discusión doctrinaria y jurisprudencial había estado en el error esencial de hecho y de derecho, bajo el principio no exceptuable de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

"La vieja doctrina, sin embargo, sigue desviando la adecuada consideración del error de tipo. La sentencia misma se resiente de su influjo, cuando implícitamente reitera que la ignorancia de la ley es un supuesto que no admite excepciones porque los elementos normativos del tipo que requieren un juicio valorativo los debe entender el agente no de una manera privilegiada (altamente técnica), 'sino que es suficiente el conocimiento vulgar o profano, aquel que una persona común y corriente tiene de los hechos que la rodean' (fl. 7, sentencia).

"Cuando aleja toda posibilidad exceptiva al conocimiento de la significación de los elementos del tipo como requisito del aspecto cognoscitivo del dolo, necesario para su integración y pone ese conocimiento al mínimo nivel (norma general predicable para cualquier persona), la sentencia, de hecho, está proponiendo que el conocimiento de la ley es presupuesto universal que no admite excepciones.

"Precisamente se hace cita en ese aspecto del análisis del dolo del doctor Alfonso Reyes Echandía (*Culpabilidad*, págs. 43 y ss.). Pero se hace una cita fraccionada que excluye el aspecto relevante del problema, la verdadera excepción que servirá de razón al error de tipo: 'En algunos casos, sin embargo, ese conocimiento de la significación adquiere particular relevancia; esto ocurre cuando el tipo contiene elementos normativos, respecto de los cuales su significación no se deduce de una simple comprobación sensorial, sino que requiere un juicio valorativo de carácter jurídico o extrajurídico; expresiones como 'funcionario público', 'documento', 'arbitrario', 'ajeno', etc., son de esta

clase y se hallan incrustadas en cualquiera de los elementos del tipo. En tales hipótesis, el agente debe saber lo que significan tales expresiones (ob. cit, pág. 45).

"El fraccionamiento de la doctrina citada en la sentencia, no es una omisión accidental, sino que parece responder a una concepción del fenómeno del error de tipo que contraría sus presupuestos esenciales, haciéndolo virtualmente inaplicable.

"Fortunosamente para la evolución de nuestro derecho penal, el artículo 10 de nuestro actual estatuto modificó la estricta e irreal sentencia de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y admitió las excepciones al principio, una de las cuales es precisamente el error de tipo.

"En este caso concreto, el acusado debió afrontar en el proceso cognoscitivo de su conducta un elemento que requiere un juicio valorativo de carácter jurídico, muy calificado además: la condición 'reservada' de documentos contenidos en un archivo administrativo abierto al conocimiento público. En la calificación de esos elementos ha habido múltiples conceptos, procesales, extraprocesales, v. gr., la sentencia del Tribunal de Etica Médica que no vacila en calificarlos de conocimiento público. El mismo juez *a quo* afirma al respecto que 'Es que el asunto no es simple como para decir que el error es ostensible, para apreciarlo y ponerlo en evidencia es necesario un estudio profundo que para muchos, aún profesionales en derecho, podría resultar dificultoso' (sentencia de primera instancia, fl. 19). Resultaría inaceptable así la proposición contenida en la sentencia que afirma que el procesado, por ser médico y profesor universitario, necesariamente debía tener ese conocimiento jurídico especializado sobre ese elemento del tipo, altamente complejo en las circunstancias propias de los hechos. Aclarar y precisar la noción y los elementos del error de tipo, es entonces una necesidad para el desarrollo de la jurisprudencia nacional".

No se trata, con exactitud, de que la jurisprudencia nacional deba "aclarar y precisar los elementos de error de tipo", pues sobre el particular así no sea copiosa la producida por la Corte, sí existe de manera suficiente como para que tal predicado no sea válido. Acontece sí que el evento *sub examine* ofrece tan especiales circunstancias que, en principio, su análisis y desenvolvimiento, puede conducir a un desarrollo de la jurisprudencia, o la fijación de importantes criterios en tema ciertamente complejo y en un caso bien inquietante.

Y sobre "la garantía de los derechos fundamentales", el recurrente sostiene que se ha vulnerado el DEBIDO PROCESO, precisando que ello aconteció porque se violaron los principios de igualdad procesal (art. 20 del C. de P. P.), de legalidad y especialidad (art. 1º *ibidem*) y de unidad probatoria (art. 254 *ejusdem*). Y si bien de algunas de estas

presuntas lesiones, prontamente se advierte su inexistencia, de otras hay que predicar —así lo considera la Corte— que ameritan un debate más de fondo.

No está, por demás, advertir como criterio de orientación general y práctico en la procedencia del recurso de casación discrecional, que importa no tanto una demostración apodíctica de las razones y pretensiones invocadas, al punto de tenerse como demostración seria e inobjetable lo alegado, lo cual haría de este auto, tan ajeno a un carácter vinculante, una casi definición de la cuestión de fondo, como sí poder detectar en la alegación aspectos inquietantes y hasta de conveniencia, que recomienden la ampliación del debate en la presentación de más decantados estudios y más reflexión de la magistratura sobre los factores que condicionan la modalidad especial de ese recurso. Así es dable activar el ejercicio de la discrecionalidad que caracteriza la atribución concedida a esta Corporación.

Esto es lo que la Corte, en esta oportunidad, estima, o sea, que se dan reconocibles motivos de controversia sobre la forma como pudo tratarse el asunto por parte del fallador y lo que la jurisprudencia tiene dicho o se espera que esclarezca en forma más plausible, o, el desconocimiento o deterioro que pudo verse reflejado en el plano de las garantías fundamentales propias del debido proceso, sin que, se reitera, esta vocación por reestudiar el asunto constituya desde ya la aceptación de las explicaciones, reparos y pretensiones finales del impugnante. Quiérese destacar, en síntesis, la precariedad de esta decisión sobre los problemas de fondo debatidos y debatibles al admitir que el recurrente ha logrado establecer puntos dignos de más acentuado y depurado análisis en lo que toca con los ya señalados temas, recogidos por el legislador para hacer viable la excepcional oportunidad de someter a casación sentencias que normalmente no la consienten.

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

ADMITE el recurso de CASACION DISCRECIONAL o EXCEPCIONAL, en este proceso contra Oscar Castaño Valencia, por el delito de "Divulgación y empleo de documentos reservados". En consecuencia, CORRASE TRASLADO al recurrente por el término de treinta (30) días para que presente la DEMANDA DE CASACION.

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 Martínez.

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

impugnar el fallo mediante dos causales con unos mismos argumentos, la ausencia de tipicidad de la conducta, para indicar, en un caso, el quebrantamiento del debido proceso y, en el otro por la misma razón, la violación directa de normas sustantivas, es desconocer la lógica exigida por el legislador en la técnica casacional, lo que conduce inexorablemente a la desestimación de la demanda. / Presupuesto insoslayable para la adecuada presentación de una demanda de casación que se funda en la causal primera, por violación directa, es la aceptación de la prueba tal como ésta se produjo en el proceso y fue valorada por el juzgador, pues el objeto específico de la discusión por esta vía se circunscribe a la falta de aplicación de la norma pertinente, a la indebida aplicación de la seleccionada o, finalmente, a una errónea interpretación del precepto. / Cuando se acude a la causal primera cuerpo segundo es deber del impugnante referirse a todos los medios probatorios que fueron el sustento de la sentencia porque bien puede ocurrir que con alguno de los no observados el fallo se mantenga.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 09.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que interpusiera el defensor del procesado *Luis Francisco Fuentes Taboada*, contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual impartió confirmación a la del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad que impuso al mencionado sindicado un (1) año de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y la obligación de cancelar veinte gramos oro como indemnización, por haberlo encontrado responsable del delito de falso testimonio.

Cuestión fáctica:

Con fidelidad al proceso, los hechos investigados fueron resumidos en el fallo impugnado de la siguiente manera: "Constancias del informativo permiten creer que el 12 de enero del 88, Evila Pérez entregó a Luis Francisco Fuentes Taboada el cheque número 7502406 del cual era beneficiaria y que le había girado 'COOMUTRASAN' por la cantidad de $ 295.571.00. Fuentes Taboada obtuvo que se lo endosara, a fin de pagar las cuotas atrasadas de un crédito hipotecario contraído con la corporación 'COKEMA'. El prestatario no cuidó de devolver en la oportunidad que se convino la suma recibida y Evila Pérez se vio precisada a someterlo anticipadamente mediante letrado a interrogatorio de parte, con las formalidades de los artículos 207 y 208 C. P. C., diligencia cumplida el 10 de agosto de 1990 en el Juzgado Cuarto Civil Municipal. Preguntado si había recibido en calidad de mutuo el dicho capital, negó la deuda. Entendió la Pérez que la conducta asumida por Fuentes era constitutiva del delito de falso testimonio, por lo que presentó denuncia haciendo una detallada relación de los hechos. Luego de adelantar investigación preliminar, el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal abrió proceso y, concluida la pesquisa, acusó a Fuentes Taboada ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la ciudad, como culpable del ilícito que se le había atribuido".

El juez de primera instancia lo condenó a las penas anteriormente indicadas en sentencia que el Tribunal Superior confirmó mediante la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación que se decide en esta oportunidad.

La demanda presentada:

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia de segunda instancia con el objeto de lograr su infirmación, a saber:

Cargo primero. Según el artículo 220 del C. de P. P., "la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, porque de conformidad con la causal segunda del artículo 304 *ibídem*, hay una comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso".

En demostración de su aserto menciona el desconocimiento del artículo 33 de la nueva Constitución Política "norma que apunta a la vigencia del orden constitucional y que es la razón del debido proceso, al ser posterior al hecho punible, descriminalizó la conducta imputable al procesado, porque cuando bajo el supuesto de haber faltado a la verdad, negándola total o parcialmente (art. 172 del C. P.), su acción que fue generada en el testimonio contra sí, bajo la amenaza de una pena, la gravedad del juramento y la notificación de ser declarado confeso, dejó de ser típica, antijurídica y culpable bajo la aplicación del principio de favorabilidad penal, que en el peor de los casos, y si prevaleciera el desconocimiento de la garantía fundamental en aras

de una interpretación curialesca y formal de la prevalencia de los principios procesales del derecho privado, frente a la garantía del imperio de la dignidad de la persona humana, la aplicación de la analogía *'in bonam parte'* impone también la aplicación de la favorabilidad penal como criterio interpretativo de pactos internacionales que no son fuente directa o mediata del derecho penal".

Más adelante, agrega: "Se violó la Constitución porque en contravía de ésta se ha pronunciado una sentencia condenatoria con desconocimiento de los derechos inalienables de la persona humana y de la dignidad del ser, cuando ordenando la norma suprema no desconocer la autonomía privada, que es el sentido telcológico de ella con criterios curialescos o de derecho privado, de si la declaración obligada es una carga procesal o una simple obligación, se desconoce el imperio absoluto de la favorabilidad, donde para la tutela de la dignidad humana se dijo que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo".

"Como Fuentes fue obligado a declarar contra sí mismo ya que a él no se le hizo ninguna advertencia distinta a amenazarlo con la cárcel del falso testimonio, se le tomó juramento y se le dijo que si no contestaba ello probaba contra él y la nueva Constitución prohíbe esta compulsión, indudablemente se ha operado un fenómeno jurídico de favorabilidad penal posterior de orden constitucional que desconceptualiza desvalorizándolo el injusto objetivo del falso testimonio en la conducta imputable a Fuentes, porque un hecho puede ser o no injusto según las circunstancias de su realización".

"Cuando la máxima expresión de la voluntad soberana del pueblo en la Constitución garantiza que nadie será obligado a declarar contra sí mismo, ella ha quitado el substracto externo objetivo e interno subjetivo del injusto típico del falso testimonio cuando es producto de la compulsión jurídica, desconectándolo del valor sociojurídico del hecho, negándole la contrariedad de éste —faltar a la verdad o callarla total o parcialmente, cuando se trata de declarar contra sí mismo— con el ordenamiento jurídico —antijuridicidad—.

"Como la Carta constitucional califica como contrario a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona humana declarar contra sí mismo, no puede aplicarse el tipo penal que conmina con pena criminal la realización culpable de la conducta porque desaparece el injusto típico imputable cuando fue obligado a declarar contra sí mismo y calla su verdad; afirmándose también que la concreta sanción también debe excluírse por el imperio del principio de favorabilidad. Es que quien acomoda su conducta a la Constitución Nacional, no sólo no viola el ordenamiento jurídico, sino que lo cumple, lo respeta y lo hace respetar. Cuando se pretende sancionar con pena a quien esto hace, no sólo pronuncia providencia contraria a la ley, sino que consciente y voluntariamente viola y desconoce el imperio del mandato constitucional".

Por último, después de ahondar en reflexiones sobre el tema, dice: "La norma constitucional artículo 33, desvaloró el acto de faltar a la verdad cuando se declara contra sí mismo, porque nadie está obligado a hacerlo. Cuando se falta a la verdad, porque está permitido no declarar contra sí mismo, no se puede describir una conducta que no puede ser valorada frente al bien jurídico de la administración de justicia en cualquiera de sus manifestaciones, en razón de que tampoco puede lesionarlo por cuanto está permitido hacerlo o mejor no se puede obligar a nadie a que lo haga, y aquí surge entonces la ausencia del desvalor de resultado que excluye como se dijo la antijuridicidad, fenómenos que desintegran el injusto punible".

Cargo segundo. Con apoyo en el artículo 220 inciso primero del C. de P. P., acusa esta vez la sentencia de haber quebrantado los artículos 1º a 4º del C. P., por cuanto "no está demostrada la tipicidad cuando sobre la conducta imputable 'faltar a la verdad' se puede plantear la hipótesis de una verdad distinta a la que la misma sentencia considera con contenido de verdad para la conformación del injusto objetivo por lo menos en la medida aseguratoria y en la declaración de algún testigo, máxime cuando la afirmación de la verdad la hace el procesado en su indagatoria, la cual como se sabe está amparada por la presunción de inocencia. Esta verdad del proceso es distinta a la verdad que plantea la denunciante y que el Tribunal acoge.

"Cuál es la verdad: la afirmación de la denunciante o la afirmación del procesado?

"Si el delito de falso testimonio es un delito de mera conducta, que se perfecciona objetivamente cuando 'se falta a la verdad', la tipicidad de éste no puede surgir sino cuando se sepa o se establezca por los medios y procedimientos propios de la jurisdicción civil, cuál es el contenido de la verdad misma".

Más adelante, puntualiza: "En el presente proceso, el sindicado Fuentes ha dicho bajo la gravedad del juramento: 'No debo'. Esta afirmación ante los indicios presentados por la denunciante, encuentra total respaldo probatorio en el testimonio de Samuel Prada, quien cambió el cheque, entregó la plata y luego entregó el mismo cheque a Fuentes, devolvió su importe pagando intereses.

"Este planteamiento probatorio no se puede desconocer olímpicamente como lo hace el Tribunal. Serán valederas las afirmaciones de Prada que coinciden con las del procesado? Por qué no? Por qué presumirlas mendaces únicamente porque ameritan la versión exculpativa del procesado? Hacerlo, es retorcer la prueba, presumiendo probado lo que se pretende probar: la culpabilidad de Fuentes o su inocencia.

"Fuentes defiende sus propios intereses ante su energúmena examante, cuando ésta le quiere atribuir una deuda que no tiene causa

pero nunca ha engañado a la justicia, porque no está probado que no hubiera devuelto la plata cuando cambió el cheque y que Prada afirma que así fue y que luego al interés le prestó la plata.

"Y es que el contenido probatorio de las obligaciones civiles no es potestativo de los ciudadanos, sino que él está consagrado en la ley civil, limitándose la eficacia del testimonio, artículo 232 del Código de Procedimiento Civil '...cuando se trate de comprobar obligaciones originadas en contratos o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de inexistencia del respectivo acto'.

"La existencia de los actos, contratos u obligaciones se prueban únicamente por el procedimiento de la jurisdicción civil y en virtud de sentencias declarativas o de condenas que obligan al vencido en el contencioso. Mientras tanto no puede haber certeza de la verdad ante la cual se puede faltar para poder hacer la imputación objetiva del resultado de daño o de peligro. No vale el argumento de la libertad probatoria para establecer los elementos del hecho punible, como cuestión prejudicial. Si esto es cierto, esa libertad probatoria apunta únicamente a la prueba idónea y ésta lo será de acuerdo a la respectiva legislación y a los propios ordenamientos". Termina su alegación con el argumento ya expuesto en su primer cargo de la prohibición constitucional de obligar a declarar contra sí mismo.

Cargo tercero. Acusa el fallo, en esta oportunidad, por errada apreciación de la indagatoria del procesado, a quien secundó el declarante Samuel Prada. Argumenta así, al respecto: "La postura defensiva del procesado se presume verídica, porque está amparada por la presunción de inocencia que constituye una garantía constitucional y legal y encuentra respaldo probatorio en los testimonios de Prada, sobre los cuales subjetivamente no se les puede desconocer su valor probatorio con el único argumento de que son mentirosos porque avalan las afirmaciones del procesado.

"Seguramente si hubiera dicho que no había cambiado el cheque, ni prestado la plata, sí serían creíbles, pero como conceptualiza favorablemente la postura del inocente, entonces es mentiroso y no tiene capacidad probatoria. Estas situaciones y análisis que hace la sentencia, constituyen un gravísimo error jurídico y ameritan la casación de la sentencia por estas razones, máxime cuando ni siquiera se ha dado a este planteamiento la posibilidad de generar una duda que debe absolverse a favor del procesado. No reconocerla frente a las pruebas recaudadas y ante la inexistencia probatoria plena de certeza de la existencia del ingrediente normativo de saber cuál es la verdad para afirmar que se faltó o se calló, constituye error en la apreciación de estas pruebas para ameritar una sentencia de condena y ello impone que se case la sentencia pronunciada contra éste y se le absuelva de conformidad con la realidad probatoria del proceso".

Criterio de la Procuraduría Delegada:

Para el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, las dos iniciales censuras reunifican la argumentación sobre un punto central, la atipicidad de la conducta. Pero un aspecto del mismo lo desarrolla mediante la causal de nulidad y el otro, bajo la pauta de la violación directa, propuestas que no se concilian mucho puesto que el primero llevaría a la anulación del proceso y el segundo, a la absolución.

No obstante el anterior reparo técnico, que lo encuentra explicable por abundar innecesariamente en razones, la delegada considerando que aún en el evento de estimar correcto el planteamiento del casacionista, destaca lo siguiente:

a) Cuestiona la favorabilidad o permisibilidad de la Carta Política, por haberse producido la ateslación mentirosa del interrogado bajo juramento (Fuentes Taboada), cuando regía un distinto principio constitucional que permitía en el área civil cumplir una diligencia de esta naturaleza y adjudicarle diferentes efectos, tanto en el ordenamiento indicado como en el penal.

b) Repasándose la *Gaceta Constitucional*, en donde se inserta la historia de los debates, propuestas, conclusiones y articulado definitivamente acordado por la constituyente, se tiene ocasión de advertir el contenido de esa publicación en sus fechas: abril 16 de 1991 páginas 19 y 20; mayo 2 de 1991 página 13; mayo 15 de 1991; septiembre 5 de 1991; septiembre 9 de 1991, junio 15 de 1991, junio 27 de 1991, noviembre 12 de 1991 página 15, y diciembre 21 de 1991. De ello surge con meridiana claridad que se quiso consagrar en la Constitución una dispensa de propia declaración más amplia que la que regía en la anterior, puesto que fue excluida la iniciativa de mantener las limitaciones exclusivamente al tema penal, correccional o policivo.

La delegada, en relación con este punto afirma: "No obstante que la doctrina nacional, y las decisiones de la jurisprudencia han fijado el alcance del artículo 33 en el sentido que eliminó la asamblea constituyente (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de octubre 17 de 1991) que se ha repetido por los autores de derecho público que el texto consagra solamente una 'inmunidad penal', esta delegada estima —con respeto— que ciertamente la expresión literal del texto, y la historia del mismo comprueban que el constituyente amplió la cobertura de *la prohibición de obligar a declarar* contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes consanguíneos, afines o civiles. Por ello, cree la delegada que cabe su aplicación en otros campos, fuera del derecho penal, disciplinario o policivo, pero en el sentido exacto que tiene la norma en comentario: *está prohibido obligar a alguien a declarar contra sí mismo o sus parientes*, en donde lo vedado normativamente por la carta no es el declarar voluntariamente —lo cual está admitido en el texto— sino el hecho de que el Estado a través de sus agentes u órganos fuerce al individuo a hacer

una declaración contra personas que le están vinculadas por la relación parental, o contra sí mismo. O diciendo de otra manera lo prohibido es obligar la declaración, pero no el declarar por propia voluntad. Aquí hay un conflicto de intereses sobre el deber de veracidad que se pide en las declaraciones oficiales, para los fines propios del Estado, los deberes de la solidaridad interna de los núcleos familiares y de impedir la autoincriminación en homenaje a la llamada 'solidaridad íntima' según expresión de la Asamblea Constituyente. Pero, si de manera libre y voluntaria elige entre el deber de veracidad y el de respeto a la solidaridad íntima, escogiendo por propia decisión concurrir a declarar ante la autoridad del Estado, surge, por esa expresión de voluntad en que se basa su elección, el compromiso ineludible de ser veraz como en cualquier situación general. Es decir, el Estado limita su poder en cuanto a no forzar la declaración a fin de no colocar al declarante en la situación de vulnerar esos deberes de solidaridad íntima que se respetan de tal forma, para lo cual le dispensa de declarar, pero no lo exime del deber de ser veraz si, no bastante la dispensa constitucional, decide dar prevalencia al deber de declarar sobre la materia específica de que se trate. Porque en esa hipótesis, la voluntad del sujeto que rehusa la dispensa a declarar, convalida el compromiso ético-social de ser veraz en lo declarado ante las autoridades del Estado. Es una elección en un conflicto de intereses, en donde el amparado por la dispensa, con acto libre, selecciona uno de ellos, lo que no entra en la prohibición de la Carta en su artículo 33. Por ello si bien la disposición de dispensa a declarar se amplió en la Constitución actual a materias distintas a las penales, disciplinarias y policivas, es evidente que no prohibió el declarar por acto voluntario y libre de quien es llamado para esos efectos en actividad procesal de índole civil, o laboral, o administrativa (vaya por vía de ejemplo). Tal aspecto no es nuevo en nuestro ámbito judicial, como que cuando se estableció la posibilidad de recibir la indagatoria del procesado en sede penal bajo juramento, se concluyó en sentido semejante al que ahora se expone por la delegada.

"En el caso concreto, es evidente que no fue obligado a declarar el condenado, en las diligencias de interrogatorio de parte a las cuales voluntariamente quiso acudir, por lo que estuvo a partir de allí obligado legalmente a decir la verdad que se le pedía bajo juramento. Podría pensarse en que la intimidación normativamente establecida respecto de la confesión ficta, para hechos que sean susceptibles de ser confesados (art. 210 del C. P. C.), es una forma de obligar a declarar contra el mandato constitucional, lo cual no resulta atendible si se mira que la Carta constitucional apunta es a la obligación coercitiva de fuerza de la autoridad estatal, o de ejercicio indebido del poder del Estado, para lograr la declaración rompiendo así la solidaridad familiar y personal que se protege en el ámbito del artículo 33. Es un límite al poder del Estado para llevar a las personas a declarar materialmente (conducción por la policía para ello, como aparece en los procedimientos penales, y sanción de arresto si se niega a decla-

rar), pero ciertamente que no se mira a las cargas procesales y consecuencias de la negativa a declarar que asumiera el individuo en un momento determinado. La carga procesal declararlo confeso en lo que sea admisible— no es la clase de fuerza prohibida por el mandato de la Carta sino del ejercicio de la potestad pública para conducir y forzar a rendir materialmente la declaración. Esto último es lo vedado, y no la posibilidad de que surjan a posteriori consecuencias desfavorables contra el propio sindicado, que se derivan no de la auto incriminación de parientes en la misma condición, sino de una regla procesal que establece consecuencias para el sujeto que se niega. No se trata de un sofístico argumento de diferencias, sino que se mira a la posibilidad del abuso de poder del funcionario en detrimento de la solidaridad íntima que debe respetar el sujeto, si se acoge a la dispensa que le brinda el sistema jurídico. Pero no al sistema legal preestablecido, respecto del cual todo ciudadano estará obligado en cuanto los mandatos legales tienen esa característica de ser vinculantes en determinadas situaciones concretas. Es decir no es una coerción prohibida, sino legitimada en el sistema jurídico. En criterio de esta delegada, lo que se quiere impedir es el acto de la autoridad pública que rompa la voluntad del sujeto para llevarlo a declarar, como un típico abuso de funciones del agente o empleado del Estado. Pero no, ciertamente liberar de los deberes y obligaciones que la ley impone a todos, pues ello es de la esencia de la norma de derecho en una sociedad organizada".

c) Con relación al último cargo que se formula en la demanda, destaca el delegado su yerro técnico al invocarse la "convicción que ha debido dar el sentenciador a la versión de Prada y a la indagatoria rendida por el procesado, no indicando que esa es la vía que escoge y olvidando que no puede alegar falsos juicios de convicción dentro del sistema de la sana crítica que rige desde 1987. No cita la norma, ni demuestra la infracción a la norma".

La recomendación del Ministerio Público es, en consecuencia, la de que el fallo impugnado debe mantenerse.

Consideraciones de la Corte:

1. Razón le asiste a la delegada al puntualizar las fallas de técnica en que incurre la demanda, pues ciertamente impugnar el fallo mediante dos causales con unos mismos argumentos, la ausencia de tipicidad de la conducta, para indicar, en un caso, el quebrantamiento del debido proceso y, en el otro por la misma razón, la violación directa de normas sustantivas es desconocer la lógica exigida por el legislador en la técnica casacional, lo que conduce inexorablemente a la desestimación de la demanda. Sin embargo, haciendo abstracción de dichas falencias y en consideración a que han sido presentados los cargos separadamente, se procederá al estudio de la demanda.

2. El punto medular de la imputación que se hace a la sentencia en el primero de los cargos es su desconocimiento del artículo 33 de la Constitución Política que descriminalizó la conducta por la que se condenó al aquí procesado lo cual, si bien fue posterior al hecho y al mismo fallo recurrido, debe ser aplicado retroactivamente porque es un precepto claramente favorable, y ser la favorabilidad una garantía de rango constitucional que obliga a la autoridad aplicadora del derecho a su reconocimiento.

Funda el casacionista su pretensión en la interpretación que hace del artículo 33 de la Carta, al sostener que el constituyente de 1991 extendió la prohibición de declarar contra sí mismo o contra los parientes allí indicados, existente en la Constitución anterior únicamente respecto de actuaciones penales, correccionales y de policía, a toda actuación estatal en donde se requiera el testimonio de la persona, según se desprende de la supresión que la nueva normatividad superior hizo de la mencionada limitación.

Este punto, como lo recuerda la delegada, ha sido objeto de análisis por la Corte Suprema de Justicia cuando aún conservaba en su Sala Plena el control de la constitucionalidad, y también lo fue por esta Sala de Casación Penal. En efecto, recientemente en un caso donde se formuló idéntico reparo la Sala, ocupándose de las distintas tesis encontradas concluyó mayoritariamente que no obstante haber el constituyente suprimido la expresa referencia que se hacía a las limitaciones mencionadas al consagrar este derecho que la persona tiene para negarse a declarar, ha de entenderse que con una adecuada interpretación sistemática de la Carta, ellas subsisten.

Por ser pertinente, la Corte reproduce el criterio allí expresado reiterándolo. En efecto, en sentencia de enero 19 del presente año con ponencia del magistrado Duque Ruiz, dijo esta Corporación al respecto:

"En realidad, el principal y más serio argumento que se da para poder sustentar la tesis del recurrente, es el de que en su nueva formulación, la garantía de no declarar contra sí mismo ni contra los parientes que en la norma se citan, no hace alusión expresa a que ella es de aplicación exclusiva en 'asunto penal, correccional o de policía'; es más, podría agregarse con apoyo en la *Gaceta Constitucional* (publicaciones de abril 16 de 1991, páginas 19 y 30; mayo 2 de 1991, página 13; mayo 15 de 1991; septiembre 5 de 1991, septiembre 9 de 1991; junio 15 de 1991; junio 27 de 1991; noviembre 12 de 1991, página 15, y diciembre 21 de 1991), que fue voluntad expresa de la Asamblea Constituyente, que tal agregado no se hiciera.

"Pero no obstante lo anterior, considera la Sala que este antecedente histórico, cuya verdadera motivación no alcanza a percibirse a cabalidad de lo relatado en las actas, no es suficiente para concluir de él que esta garantía constitucional sea de aplicación en toda clase de asuntos.

"Como se dijo por la Sala Plena de esta Corporación en su fallo del 17 de octubre de 1991 (magistrado ponente, doctor Rafael Méndez Arango), 'ésta única circunstancia no sería suficiente por sí misma para variar el entendimiento del analizado artículo 33 de la Carta de Derechos, pues la comprensión de este ordenamiento superior no puede hacerse tomando aisladamente uno solo de sus textos; ya que el genuino sentido de los mandatos constitucionales solamente resulta de una interpretación sistemática de todo su articulado de manera tal que no resulten jamás antinomias que destruyan la lógica y la coherencia interna que como norma de normas forzosamente debe tener la Constitución Política'.

"Y con base en esa interpretación sistemática de todo el articulado de la Carta, mantiene firme la conclusión que se plasmó en el memorado fallo de la Sala Plena, en el sentido de que la garantía consagrada por el artículo 33 tiene una aplicación 'limitada a los asuntos en que va envuelta la potestad sancionatoria del Estado. Así se desprende de la circunstancia de que la norma se halla enmarcada por otras de innegables connotaciones penales, ya que la disposición en comento está antecedida de un artículo que como el 32 establece los postulados a los cuales debe ceñirse la aprehensión del delincuente sorprendido en flagrante delito y seguida de otros que prescriben la imposición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, permiten que pueda declararse la extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito' en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (art. 34) y prohíben la extradición de colombianos por nacimiento (art. 35), todo lo cual solamente cabe predicar de personas incursas en conductas punibles'.

"Otro argumento más que se tuvo en cuenta en este fallo y que ahora reitera la Sala, surge de la consideración de que esta garantía 'está íntimamente vinculada con la presunción de inocencia que respecto de las personas juzgadas por delitos establece el artículo 29 de la misma Constitución, mientras no se les haya declarado judicialmente culpables, por reputarse consustancial a esta clase de pronunciamientos que sea el Estado el obligado a probar la culpabilidad de la persona en la comisión de un hecho calificado previamente como delictuoso. Por este motivo, en rigor lógico y conforme a los principios universales sobre la materia, la prohibición de declarar contra sí mismo sólo puede favorecer a los acusados por la comisión de hechos punibles y no a las personas en sus relaciones entre sí, cuando entre ellas surjan conflictos de interés, puesto que en tales situaciones los particulares se encuentran en condiciones de igualdad frente al Estado para que este dirima sus diferencias'.

"Es importante insistir también en que la aplicación extensiva de esta garantía a asuntos distintos de los penales, correccionales o de policía, atentaría contra los *deberes y obligaciones* que la misma Constitución impone a todas las personas en cuanto al ejercicio responsable y no abusivo de sus derechos, que aparecen previstos en los ordinales

1º y 7º del artículo 95, así, respectivamente: 'Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios', y 'Colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia'.

"Con posterioridad al fallo a que se ha hecho referencia, la Corte, en pronunciamiento, también de Sala Plena, fechado el 12 de diciembre de 1991 (ponencia de los magistrados Pedro Escobar Trujillo y Pablo J. Cáceres Corrales), al cual igualmente concurrieron los integrantes de esta Sala de Casación Penal, reiteró su anterior criterio y dio un argumento más, de marcadísima importancia, para insistir, como ahora también se hace por la Sala, en su tesis de que la garantía consagrada por el artículo 33 de la Constitución sólo es aplicable en asuntos penales, correccionales o de policía.

"De acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución 'los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, entre los cuales se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada 'Pacto de San José de Costa Rica', firmada el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

"Pues bien. Si se repasa el contenido de este Pacto, se advierte que en su artículo 8º consagra 'las Garantías Judiciales', entre las cuales menciona en primer lugar la del debido proceso, que se exige en actuaciones de orden penal, civil, laboral o 'de cualquier otro carácter'. A continuación y en su ordinal segundo, señala los derechos que tiene 'toda persona inculpada de delito'. Entre éstos incluye el 'derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable' (letra g).

"Muy similar a la anterior fue la técnica utilizada por el constituyente colombiano, como que en el artículo 29 consagró la garantía del debido proceso, que también 'se aplicará a toda clase de actuaciones y administrativas', y luego, en el artículo 33, estableció la garantía en comento, pero sólo para las actuaciones en las cuales va envuelta la facultad sancionatoria del Estado, según la interpretación de la Corte. Armoniza, pues, esta interpretación con el texto del 'Pacto de San José de Costa Rica', que también es bueno destacarlo, siguió muy de cerca la formulación del 'Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos' (aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968), con el cual igualmente es concordante la interpretación dada al canon constitucional".

Como puede verse, las inquietudes tanto del casacionista como las que adujo en forma interesante la delegada quedan despejadas con el prolijo análisis de la Corte, transcrito en precedencia. El cargo, en consecuencia, no prospera.

Igual suerte corre el segundo de los cargos formulados, esta vez con apoyo en la causal primera por violación directa de los artículos 1º a 4º del C. P., y del propio artículo 33 de la Constitución, no sólo por las protuberantes fallas de técnica de que adolece, sino por cuanto el desconocimiento de la norma sustancial que finalmente invoca, el artículo 33 de la Carta, no tiene fundamento, según lo que se acaba de analizar en el cargo anterior, esto es, que dicho precepto no es aplicable sino a actuaciones penales, correccionales o de policía, luego, no ha sido desconocido en el presente caso que trata de un testimonio judicial en materia civil.

En cuanto a las falencias de técnica propiamente dichas, encuentra la Corte que son realmente insuperables. En efecto, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, presupuesto insoslayable para la adecuada presentación de una demanda de casación que se funda en la causal primera, por violación directa, es la aceptación de la prueba tal como ésta se produjo en el proceso y fue valorada por el juzgador, pues el objeto específico de la discusión por esta vía se circunscribe a la falta de aplicación de la norma pertinente a la indebida aplicación de la seleccionada o, finalmente, a una errónea interpretación del precepto.

El casacionista, si bien menciona unos artículos que considera violados, se cuida de señalar el sentido de dicha violación y cuando trata de hacerlo en la sustentación del reproche se desplaza indebidamente al campo probatorio al sostener que no se encuentra demostrado el elemento normativo, faltar a la verdad, del delito de falso testimonio y agrega: "la exigencia probatoria de demostrar la tipicidad, significa tener la certeza de la verdad sobre la existencia de todos los elementos que conforman el tipo objetivo". En tales condiciones, la ineptitud de la demanda es evidente. No prospera el cargo.

El tercero y último ataque que se hace a la sentencia, no menos desacertado que los anteriores resulta, pues acudiendo como lo hace a la causal primera, cuerpo segundo, plantea un error de hecho por apreciación errónea del testimonio del señor Prada y de la indagatoria del procesado pero sin precisar en qué consistió ese error y menos, la trascendencia del mismo en la sentencia. Plasma simplemente su opinión de desagrado al no haber compartido el juzgador su criterio sobre estos dos medios de pruebas para pretender así, ilusamente sacar avante en casación su ilógico planteamiento, olvidando, de contera, que cuando se acude a la causal que seleccionó es deber del impugnante referirse a todos los medios probatorios que fueron el sustento de la sentencia porque bien puede ocurrir que con alguno de los no observados el fallo se mantega; y, de otra parte, que no es de recibo por esta vía alegar falsos juicios de convicción por imperar el sistema de la sana crítica que, según la sentencia impugnada, tuvo en cuenta el fallador para arribar a la conclusión a la que llegó. Por lo

demás, como lo destaca la delegada, no cita norma alguna, ni menos demuestra su violación.

Así las cosas, se impone la desestimación de la demanda en forma total.

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 medio de la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad condenaron a Luis Francisco Fuentes Taboada como autor material del delito de falso testimonio. En firme, regrese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

FALSO TESTIMONIO / TESTIMONIO (SALVAMENTO DE VOTO)

No es dable someter a interrogatorio de parte, o diligencia de igual o análogo contenido o alcance, bajo el compromiso del juramento, a quien pueda colocarse en la alternativa de responder con la verdad, asumiendo afecciones patrimoniales, o a faltar a esta con las consiguientes consecuencias propias de un "falso testimonio", pues la conexión entre uno y otro acontecimiento y personal conducta, quebranta la garantía consagrada en el artículo 33 de la C. Política.

Dos procesos se definieron el mismo día: el repartido al magistrado Guillermo Duque Ruiz (núm. 7769. Casación. Luis A. Rueda), y el repartido al magistrado Gustavo Gómez Velásquez (núm. 7943. Casación. Luis Francisco Fuentes). Ahora, en el segundo de ellos (m. p. Dídimo Páez Velandia) se reproduce lo que como salvamento de voto se apuntó en el primero de los citados expedientes, transcribiendo, por importante, la opinión del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"Así dijo, en el extracto preparado por el suscrito, su colaborador fiscal (el Procurador Tercero Delegado en lo Penal): Las dos primeras censuras reunifican la argumentación sobre un punto central, o sea, la atipicidad de la conducta. Pero un aspecto del mismo lo desarrolla mediante la causal de nulidad y el otro bajo la pauta de la violación directa, propuestas que no se concilian mucho puesto que el primero llevaría a la anulación del proceso y el segundo a la absolución.

Pero pasando el reparo técnico, muy explicable por abundar innecesariamente en razones y porque en ambos, contra lo que opina la delegada se afirma y puede darse la absolución, el Ministerio Público destaca:

a) Cuestiona la favorabilidad o permisibilidad de la Constitución Política, por haberse producido la atestación mentirosa del interrogado bajo juramento (Fuentes Tabuada), cuando regía un distinto principio constitucional que permitía en el área civil cumplir una diligencia de esta naturaleza y adjudicarle diferentes efectos, tanto en el ordenamiento indicado como en el penal.

b) Repasándose la *Gaceta Constitucional*, en donde se inserta la historia de los debates, propuestas, conclusiones y articulado defini-

tivamente acordado por la Constituyente, se tiene ocasión de advertir el contenido de esa publicación en sus fechas: abril 16 de 1991 páginas 18 y 20; mayo 2 de 1991, página 13; mayo 15 de 1991; septiembre 5 de 1991, septiembre 9 de 1991, junio 15 de 1991; junio 27 de 1991, noviembre 12 de 1991, página 15; y diciembre 21 de 1991. De ello surge con meridiana claridad ("de manera expresa y consciente, no accidental ni por error de ninguna naturaleza") que se quiso insertar en la Constitución Política, una dispensa de propia declaración más amplia que la que regía en la anterior Carta Fundamental, puesto que fue excluida la iniciativa de mantener las limitantes, exclusivamente, al tema penal, correccional y policivo.

Conviene extractar a plenitud ese recorrido histórico y la tesis de la delegada:

"...El proyecto de nueva carta de derechos, deberes, garantías y libertades, en el artículo 6º *De las garantías procesales*, inciso final, determinó 'nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad' (*Gaceta Constitucional*, abril 16 de 1991, págs. 19, 20).

"En el Acta número 13 de abril 16 de 1991, en el debate sobre los principios rectores de la administración de justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, se estableció que 'Todo acusado tiene por lo menos, los siguientes derechos: e) A no ser obligado a declarar contra sí mismo, su pareja permanente, sus padres, sus hijos o demás parientes en el grado que determine la ley'.

"La constituyente doctora María Teresa Garcés propone para el literal e) Que se diga 'Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo, su cónyuge, su pareja permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad y cuarto civil' (*Gaceta Constitucional* del día jueves 2 de mayo de 1991, pág. 13).

"En el informe rendido por la Secretaría de la Comisión Cuarta número 1, del 19 de abril de 1991, dentro de los principios de Derecho Penal, numeral 2, literal c), numeral 2 del C., quedó consignada la prohibición de obligar a declarar en asunto criminal, correccional o de Policía (*Gaceta Constitucional* del día miércoles, 15 de mayo de 1991).

"En el acta de la sesión plenaria efectuada el día viernes 31 de mayo de 1991, se presentó el articulado general aprobado por la Comisión Cuarta en fecha mayo 21 de 1991, y allí quedó consignado dentro de los principios de Derecho Penal, numeral 2, derecho de defensa, literal c), inciso 3, con la restricción a la prohibición de obligar a declarar un asunto criminal, correccional o de Policía (*Gaceta Constitucional* jueves 5 de septiembre de 1991).

"En el acta de sesión plenaria, realizada el día 1º de junio de 1991, donde se continuó el primer debate sobre administración de justicia y Ministerio Público, se aprobó el artículo 'Principio del respeto a la solidaridad íntima', con el texto completo como fue aprobado por la comisión cuarta '...en asunto penal, disciplinario o de Policía...' (*Gaceta Constitucional*, lunes 9 de septiembre de 1991).

"En el acta de sesión plenaria del día 15 de junio de 1991, al someter a votación el artículo denominado 'Principio del respeto a la solidaridad íntima', el constituyente y Presidente doctor Horacio Serpa Uribe, indica que el mencionado artículo se votará en dos partes: Primera Parte 'Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil'.

"Se obtiene la siguiente votación:

"Cuarenta (40) votos afirmativos.

"Ninguno (0) negativo y,

"Ninguna (0) abstención.

"La primera parte es aprobada.

"Inmediatamente se somete a votación la otra parte del texto: '...en asunto penal, disciplinario o de Policía...', con el siguiente resultado:

"Siete (7) votos afirmativos.

"Trece (13) negativos y,

"Cuatro (4) abstenciones.

"La expresión fue negada.

"Se somete a votación el texto completo, con la supresión de la frase que se refiere a la materia penal, disciplinaria o policiva, con este resultado:

"Cuarenta (40) votos afirmativos.

"Ninguno (0) negativo y,

"Ninguna (0) abstención.

"Es aprobado finalmente con el siguiente contenido:

"Artículo XII. Principio del respeto a la solidaridad íntima. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (*Gaceta Constitucional* del 27 de junio de 1991 y noviembre 12 de 1991, pág. 15).

"En el acta de sesión plenaria, del día viernes 28 de junio de 1991, donde se sometió a segundo debate el articulado de la Constitución Política de Colombia, quedó aprobado el artículo así: 'Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil" (*Gaceta Constitucional*, sábado 21 de diciembre de 1991).

"No puede caber duda ninguna en que la Asamblea Constituyente, al estudiar el texto del actual artículo 33 de la Carta, extendió el sentido de la norma eliminándole la expresión limitante a los 'asuntos penales, disciplinarios o de Policía'. Con lo cual es válido el interrogante de si ello permite ampliar el ámbito de aplicación de la prohibición a materias diversas de las penales, disciplinarias o policivas —como serían las civiles, o laborales, por ejemplo—.

"No obstante que la doctrina nacional, y las decisiones de la jurisprudencia han fijado el alcance del artículo 33 en el sentido que eliminó la Asamblea Constituyente (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de octubre 17 de 1991) que se ha repetido por los autores de derecho público que el texto consagra solamente una *'inmunidad penal'*, esta delegada estima —con respeto— que ciertamente la expresión literal del texto, y la historia del mismo comprueban que el constituyente amplió la cobertura de *la prohibición de obligar a declarar* contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes consanguíneos, afines o civiles. Por ello, cree la delegada que cabe su aplicación en otros campos, fuera del derecho penal, disciplinario o policivo, pero en el sentido exacto que tiene la norma en comentario: *está prohibido obligar a alguien a declarar contra sí mismo o sus parientes*, en donde lo vedado normativamente por la carta no es el declarar voluntariamente —lo cual está admitido en el texto— sino el hecho de que el Estado a través de sus agentes u órganos fuerce al individuo a hacer una declaración contra personas que le están vinculadas por la relación parental, o contra sí mismo. O diciéndolo de otra manera lo prohibido es obligar la declaración, pero no el declarar por propia voluntad. Aquí hay un conflicto de intereses sobre el deber de veracidad que se pide en las declaraciones oficiales, para los fines propios del Estado, los deberes de solidaridad interna de los núcleos familiares y de impedir la autoincriminación en homenaje a la llamada 'solidaridad íntima' según expresión de la Asamblea Constituyente. Pero, si de manera libre y voluntaria la persona elige entre el deber de veracidad y el de respeto a la solidaridad íntima, escogiendo por propia decisión concurrir a declarar ante la autoridad del Estado, surge, por esa expresión de voluntad en que se basa su elección, el compromiso ineludible de ser veraz como en cualquier situación general. Es decir, el Estado limita su poder en cuanto a no forzar la declaración a fin de no colocar al declarante en la situación de vulnerar esos deberes de solidaridad íntima que se respetan de tal forma, para lo cual le dispensa de declarar, pero no lo exime del deber de ser veraz si, no

bastante la dispensa constitucional, decide dar prevalencia al deber de declarar sobre la materia específica de que se trate. Porque en esa hipótesis, la voluntad del sujeto que rehusa la dispensa a declarar, convalida el compromiso ético-social de ser veraz en lo declarado ante las autoridades del Estado. Es una elección en un conflicto de intereses, en donde el amparado por la dispensa, con acto libre, selecciona uno de ellos, lo que no entra en la prohibición de la Carta en su artículo 33. Por ello si bien la disposición de dispensa a declarar se amplió en la Constitución actual a materias distintas a las penales, disciplinarias y policivas, es evidente que no prohibió el declarar por acto voluntario y libre de quien es llamado para esos efectos en actividad procesal de índole civil, o laboral, o administrativa (vaya por vía de ejemplo). Tal aspecto no es nuevo en nuestro ámbito judicial, como que cuando se estableció la posibilidad de recibir la indagatoria del procesado en sede penal bajo juramento, se concluyó en sentido semejante al que ahora se expone por la delegada.

"En el caso concreto, es evidente que no fue obligado a declarar el condenado, en las diligencias de interrogatorio de parte a las cuales voluntariamente quiso acudir, por lo que estuvo a partir de allí obligado legalmente a decir la verdad que se le pedía bajo juramento. Podría pensarse en que la intimidación normativamente establecida respecto de la confesión ficta, para hechos que sean susceptibles de ser confesados (art. 210 del C. P. C.), es una forma de obligar a declarar contra el mandato constitucional, lo cual no resulta atendible si se mira que la Carta Constitucional apunta es a la obligación coercitiva de fuerza de la autoridad estatal, o de ejercicio indebido del poder del Estado, para lograr la declaración rompiendo así la solidaridad familiar y personal que se protege en el ámbito del artículo 33. Es un límite al poder del Estado para llevar a las personas a declarar materialmente (conducción por la Policía para ello, como aparece en los procedimientos penales, y sanción de arresto si se niega a declarar), pero ciertamente que no se mira a las cargas procesales y consecuencias de la negativa a declarar que asumiera el individuo en un momento determinado. La carga procesal —declarario confeso en lo que sea admisible— no es la clase de fuerza prohibida por el mandato de la Carta sino del ejercicio de la potestad de la autoridad pública para conducir y forzar a rendir materialmente la declaración. Esto último es lo vedado, y no la posibilidad de que surjan a posteriori consecuencias desfavorables contra el propio sindicado, que se derivan no de la auto incriminación de parientes en la misma condición, sino de una regla procesal que establece consecuencias para el sujeto que se niega. No se trata de un sofístico argumento de diferencias, sino que se mira a la posibilidad del abuso de poder del funcionario en detrimento de la solidaridad íntima que debe respetar el sujeto, si se acoge a la dispensa que le brinda el sistema jurídico. Pero no al sistema legal preestablecido, respecto del cual todo ciudadano estará obligado en cuanto los mandatos legales tienen esa característica de ser vinculantes en determinadas situaciones concretas. Es decir no

es una coerción prohibida, sino legitimada en el sistema jurídico. En criterio de esta delegada, lo que se quiere impedir es el acto de la autoridad pública que rompa la voluntad del sujeto para llevarlo a declarar, como un típico abuso de funciones del agente o empleado del Estado. Pero no, ciertamente liberar de los deberes y obligaciones que la ley impone a todos, pues ello es de la esencia de la norma de derecho en una sociedad organizada.

"Por lo dicho, carece de razón el recurrente en este punto, pues no hubo un abuso de poder del Estado al citarlo a declarar, a lo cual él concurrió voluntariamente, es decir seleccionó la opción de ser veraz en el interrogatorio, momento en el que asume todas las consecuencias legales propias de la diligencia específica que asumió en uso de su libertad de decisión".

"Respecto del último cargo destaca con la certidumbre de la brevedad, su yerro técnico al invocarse 'la convicción que ha debido dar el sentenciador a la versión de Prada y a la indagatoria rendida por el procesado, no indicando que esa es la vía que escoge y olvidando que no puede alegar falsos juicios de convicción dentro del sistema de la sana crítica que rige desde 1987. No cita la norma, ni demuestra la infracción a la norma' ".

La recomendación del Ministerio Público es la de mantener el fallo.

Y lo que pretendíamos que aceptara la Sala, se presentó del siguiente modo:

Fácil quedaría a la Sala resolver adversamente la pretensión del demandante, bastando para ello invocar el contenido del fallo de constitucionalidad del Decreto 624 de 1989, artículo 748, que contempla un fenómeno de confesión ficta o presunta, en el campo tributario, afincada ésta en la falta de respuesta al requerimiento dirigido al contribuyente, o cuando es dable calificar la contestación como contradictoria o evasiva. La importancia de este pronunciamiento es que el análisis de la cuestión se llevó al ámbito de los mandatos de la Nueva Constitución Política, esto es, a las previsiones de su artículo 33.

Conviene extractar sus principales aspectos:

a) Del escrutinio de las actas respectivas publicadas en la *Gaceta Constitucional* (núm. 13, abril 6 de 1991, *G. C.* núm. 645; *Gaceta Constitucional* núm. 74; *Gaceta Constitucional* núms. 51 y 82; *Gaceta Constitucional* núm. 109; *G. C.* núm. 122; *G. C.* núm. 123), la Corte dedujo, como interpretación sistemática, que el artículo 33, en cuanto a su ámbito de aplicación, se circunscribía a los asuntos en que va envuelta la potestad sancionatoria del Estado. Así se desprende de la circunstancia de que la norma se halle enmarcada por otras de innegables connotaciones penales, ya que la disposición en comento está antecedida de un artículo que como el 32 establece los postulados a los

cuales debe ceñirse la aprehensión del delincuente sorprendido en flagrante delito y seguida de otros que proscriben la imposición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, permiten que pueda declararse la extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito "en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (art. 34) y prohíben la extradición de colombianos por nacimiento (art. 35), todo lo cual solamente cabe predicar de las personas incursas en conductas punibles".

Indudablemente el citado artículo 33 se refiere a una salvaguarda de la persona humana, en procesos penales, correccionales o de policía, porque de no "Se tendría que con grave detrimento de la igualdad de trato por parte de la ley y las autoridades que también consagra el artículo 13 de la Constitución en vigor, en caso de un litigio que enfrentara a dos personas, una de las cuales no fuese un ser humano, resultaría roto el principio de igualdad al serle posible a una de ellas el valerse de la declaración de su contraparte contra sí misma mientras que a la otra tal proceder le estaría vedado".

c) La prohibición está íntimamente vinculada a la presunción de inocencia, de donde, conforme a principios universales, aquella "sólo puede favorecer a los acusados por la comisión de hechos punibles y no a las personas en sus relaciones entre sí, cuando entre ellas surjan conflictos de interés, puesto que en tales situaciones los particulares se encuentran en condiciones de igualdad frente al Estado para que éste dirima sus diferencias".

d) La prerrogativa procura mantener intactos los vínculos de lealtad, solidaridad e intimidad propios al núcleo familiar, impidiéndose así la obligación de colaborar con la administración de justicia, pues aquella finalidad aparece en la Carta como digna de fundamental preservación (arts. 15, 42).

e) "...la aplicación de dicha prohibición es excepcional, pues su indiscriminada aplicación extensiva pugnaría con los deberes y obligaciones generales antes mencionados (arts. 95-1 y 7º), que conforme lo dice el artículo 95 tienen los miembros de la comunidad nacional".

f) La sentencia se cierra con este enunciado: "Analizado el precepto acusado a la luz de los anteriores criterios se impone como única conclusión racional que no existe motivo alguno de inexequibilidad, ya que al contribuyente únicamente se le deducen consecuencias de su conducta omisiva o evasiva al ser requerido por la Administración de Impuestos Nacionales para verificar su capacidad contributiva; de tal manera que la buena fe que debe presidir sus relaciones con las autoridades, según lo ordena el artículo 83 del Código Constitucional, se vería quebrantada si el contribuyente no colabora con las autoridades en la tasación del tributo que debe pagar y, por consiguiente, ha de

entenderse que sabedor de ellas se somete voluntariamente a las consecuencias que deduce la ley, si además y como lo prevé el demandado artículo 748 del Decreto 624 de 1989, no concurre a desvirtuar, pudiendo hacerlo, la presunción legal que se configura en su contra.

"Agrégase a lo anterior que la confesión proscrita por el amerita-do artículo 33 es la obtenida por coacción física o moral o con el empleo de medios aviesos orientados a lograr el quebrantamiento de la voluntad de la persona con olvido de su dignidad como ser humano y que la fuerzan a declarar contra sí misma, su cónyuge o compañero permanente o sus parientes; pero nada de ello es predicable del precepto bajo examen, pues en manera alguna se afecta la dignidad del contribuyente o se quebranta su voluntad para obligarlo a confesar hechos que lo perjudican".

2. Para reclamar autorización para disentir de este pronunciamiento, al cual concurrieron los integrantes de esta Sala de Casación Penal, débese recordar que el respeto y acatamiento debidos a esa clase de fallos, se contrae a la declaratoria de constitucionalidad de la norma acusada, no así en cuanto a la totalidad de sus motivaciones que pueden desatenderse en buena parte, máxime si su incidencia en otros campos resulta exorbitada e improcedente.

3. No resulta categóricamente suasorio enseñar que la dispensa consagrada en el artículo 33 de la Carta Política, solamente tenía una finalidad *directa* en cuanto hace relación a un interrogatorio penal, correccional o policivo, esfera dentro de la cual puede hablarse de principios de solidaridad íntima proyectados sobre la unidad familiar, tan valioso y prioritarios que llegan a sacrificar el deber moral y la obligación jurídica de respetar la verdad y colaborar con la administración de justicia, la que, en casos tales debe contar con otros medios de realización y apoyo.

Lo que se advierte en la discusión de la fórmula constitucional comentada, es un propósito de ampliar su alcance para llevarlo a espacios jurídicos distintos, como serían, por ejemplo, las cuestiones civiles, comerciales, laborales, tributarias, etc. En este último novedoso terreno no aparece como tesis sólida, si se atiende a necesarios componentes de lógica y armonía conceptual, pretender que el compromiso judicial que pueda afectar notoriamente el patrimonio no tenga ese contenido de preservación buscado por la Carta y referido a la solidaridad íntima y familiar. Tanto se quebrantan aquellos estadios (lo penal, correccional y policivo) como en los segundos y se llama, v. gr., al jefe de familia, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad o primero civil, para que enfrenten, en cualesquiera de las órbitas judiciales señaladas, una declaración bajo juramento que puede definir el mantenimiento de su patrimonio o su pérdida o grave menoscabo. Los bienes materiales, que constituyen la base de proyección de la familia (en las lindes parentales o de relación institucional indicadas) en todos sus órdenes, se exponen y afec-

tan seriamente por razón de una competencia que, bajo la gravedad del juramento y por respeto a éste o el temor a sus consecuencias en el campo cívico, moral, religioso o *punitivo*, establezca sobre las manifestaciones así obtenidas una retribución laboral, una obligación civil o un gravamen comercial. Y no se diga que ésto apenas constituye una carga o deber procesales porque el proceso puede establecerlas pero sólo a contentamiento de la Carta Política, en primera e imprescindible consideración, es decir hasta donde ella lo autorice, y, en segunda referencia, mientras la legalidad permita fijarla y desarrollarla. Pero esto último no es, y la observación resulta de molesta obviedad, el patrón jurídico primordial y prevalente; esta característica está reservada a la Carta, que de contradecirse por distingos propios de la ciencia procesal, perderán éstos toda importancia y validez. Está bien que la doctrina inserte sus sabios enunciados en los diversos códigos, pero a condición de respetar y acodarse con lo que al respecto haya establecido y mandado la Constitución Política. Si a ésta se la contraría, ninguna teoría, así tenga el respaldo más eximio, podrá merecer atención. Cuando se la desconoce o vulnera, ya no hay sistema, tesis, interpretación, etc., que pueda valer contra un dispositvo de tan altísima categoría. Si ésto no fuera así, la dispensa a declarar, así se tratara de compromiso penal, disciplinario o policivo, también podría justificarse y explicarse como carga o deber procesal. Pero las cargas o deberes procesales son tales mientras la Constitución Política permita su establecimiento.

Hasta la expedición de la nueva Constitución bien podía legislarse sobre la forma, contenido, alcance de un interrogatorio de parte, bajo juramento, en los campos extra penales, correccionales, policivos, porque la Constitución permitía esta especie de compulsión, haciendo prevalecer la necesidad de contar con este medio para demostrar determinados hechos o situaciones, para aliviar así, o hacer más efectivo, el servicio de administración de justicia. Era imperioso el apego a decir toda la verdad y nada más que la verdad así devinieran los mayores perjuicios en el patrimonio del individuo o del núcleo familiar. Pero a partir de la nueva vigencia del nuevo Estatuto Fundamental, ya es imposible admitir la presencia de instituciones de esta naturaleza y su resonancia tal como está constituida y se le viene interpretando y aplicando.

No resulta forzada sino reflexión de fácil entendimiento aceptar el riesgo y daño de la solidaridad íntima, del privilegiado grupo familiar y a lo que uno y otro recibe como acopio de necesarios y vitales recursos económicos, cuando se propicia o tolera su quebranto mediante la obligación de declarar bajo juramento, porque esta sujeción, en el plano religioso, social y jurídico-penal entraña máximo condicionamiento, apremio, amenaza y obligación. Pero este convencimiento, a expensas de estas razones, también surge por la propia vía de los que pretenden la reducción de la prohibición a lo penal, disciplinario o policivo, aunque sea doloroso tener que reconocer lo tardío de este

raciocinio, pues tanto se da ahora como antes, aunque la reforma constitucional llegó a reanalizar el tema y a fijarlo en sus exactas lindes.

a) Cuando se produce el interrogatorio de parte, bajo juramento, se mira este momento de la actuación como totalmente desvinculado del aspecto penal, correccional o policivo. Los que así visualizan el fenómeno, de manera tan recortada, sólo alcanzan o quieren percibir que, el interrogado, está refiriéndose a una obligación de carácter civil, que busca establecer la existencia, exigibilidad y modalidades de la misma. Además, dentro del falso o parcial enfoque de la cuestión, también se menciona la libertad en que se está, por aquél, para aceptar o negar el punto sobre los cuales versan las preguntas. Y nada más. Pero si hay más y mucho más, pues basta considerar las alternativas del interrogado: si cumple con el respeto que impone el juramento, en sus atributos y alcances legales, sociales y religiosos, puede sobrevenir el empobrecimiento personal o familiar al cual, en un momento determinado, es imposible afrontar adecuadamente; pero, si motivado por esta circunstancia (y tantas otras que pueden incidir en su fuero interno, con múltiples valoraciones) responde negativamente, entonces estará sujeto a investigación penal, pudiendo recibir una condena por falso testimonio. Aquí, precisamente la conexión del apremio, que empieza en la esfera civil pero, simultáneamente con su producción, se impregna de resonancias penales graves. De donde, el temor al problema del proceso penal y sus secuelas, es precisamente lo que altera y anula la libertad de su respuesta, y, obviamente, al no poderse separar totalmente las dos áreas comprometidas en el comportamiento, a la postre se está consiguiendo una declaración que tiene una figuración penal. Aún por este aspecto, por no poderse prescindir por completo de la derivación penal, la garantía constitucional se advierte como desconocida o expuesta y ninguna de estas vicisitudes puede correr tan fundamental resguardo constitucional.

La legislación civil, y lo que se dice de esta puede afirmarse de todas aquellas que utilizan un igual o similar sistema de hacerse a un acopio probatorio por el medio señalado, exhibe un mayúsculo contrasentido en el tratamiento de este asunto. Para iniciar el planteamiento conviene anotar, sintéticamente, que lo por aquella repudiado como medio apto de comprobación, en sus propios marcos, resulta a la postre admitido con pleno valor, a pesar de tratarse de los mismos elementos de convicción desechados o impedidos en su obrar, sólo que ahora otra competencia judicial, la penal, los ha hecho valer.

En efecto, si alguien quisiera utilizar un valioso acopio testimonial, indiciario o pericial, para acreditar un contrato de mutuo en cuantía de diez millones de pesos, y sobre el cual no puede exhibir una prueba documental de pleno valor, tal gestión le estaría vedada, pero puede intentar el interrogatorio de parte, bajo juramento. Si el interrogado por razón de la amenaza penal que envuelve su quebranto, acepta ese requerimiento, la obligación está debidamente establecida y

constituye un título de acción de excepcional mérito. Mas si se prefiere el azaroso desenvolvimiento que se desata a partir de la traición a ese compromiso juramentado de verdad (el requerido niega todo), el proceso civil se muestra huérfano de los exigibles esclarecimientos y se registra la frustración o inutilidad de su cometido. Pero, entonces, queda el recurso de acudir a la justicia penal, para establecer la comisión de un falso testimonio, proceso que abre sus amplias puertas probatorias, en donde se da cabida a todo lo que en la dimensión civil carecía de eficacia y confiabilidad (testimonios, indicio, pericia, principio de prueba etc.), resultando entonces patente la mendicidad del declarante, y determinándose su responsabilidad penal, que se concreta de otra parte en reconocer la realidad de ese mutuo, acrecentado con todos los sobrecostos inherentes a los perjuicios.

Las cosas debieran ser miradas y solucionadas a derechas: o bien, autorizando al fallador civil para que ante él, en la misma forma que acontece con el sentenciador penal, pueda presentarse y evaluarse ese múltiple acervo de probanzas y alcancar con éxito y ante ellos, el mismo grado de persuasión. Pero lo que inquieta y hasta irrita es que, para condenar a pena privativa de la libertad, con aditamentos importantes de desmedros patrimoniales, se pueda atender a esa variada prueba y llegar a un estado de certeza o probabilidad sobre situaciones jurídicas de la indicada índole, al paso que todo ello, con igual origen, naturaleza y correlación, aparece ante el juez civil, desacreditado, ineficaz y restado en aptitudes de provocar certidumbre de juicio; o bien, descartar por completo, en los dos ámbitos, penales y civiles, esa potencialidad probatoria, quedando vedado establecer este *sui generis* falso testimonio, y, castigándose así la negligencia, abandono, credulidad, exceso de confianza, imposibilidad de quien debiendo documentar satisfactoriamente una obligación civil, no lo hizo. Y a ésto se arribará en uno de los dos sentidos, si quien tiene autoridad para señalar la interpretación del artículo 33 (Corte Constitucional) llegare a fijar su exacto sentido y alcance en la dirección apuntada.

Pero de esa incongruencia debo salirse por el sensible contrasentido y la dicotomía procesal-probatoria que se advierte en esta estudiada situación, procurándose la unificación de criterios con el plausible fin de evitar riesgos, deterioros y negaciones de la dispensa de declarar en determinados casos y circunstancias.

4. Unos últimos comentarios.

a) El mantenimiento de una normatividad jurídico-tributaria como la que expresa el artículo 748 del Decreto 624 de 1989, es posible intelectualmente, y hasta puede llegarse a su repetición en ordenamiento similar, afín o distinto, no a expensas de decir que el artículo 33 de la Carta Política restringe su dominio al terreno cerradamente penal, disciplinario o de policía, sino sobre la base de la necesaria participación (o llamado a participar) de quien va a recibir el peso de sus consecuencias, intervención (no juramentada, por supuesto) que es-

tructura el debido proceso y que permite al funcionario respectivo calificar las respuestas o actitudes, en sí o en cotejo con otras varias comprobaciones para establecer las consecuencias pertinentes. El legislador, en el citado decreto, no sancionó la repulsa a contestar, o de las respuestas reticentes o evasivas con una eventual privación de libertad, ya que allí no se somete la versión al compromiso del juramento. El sistema tributario está facultado para exigir declaraciones y explicaciones del contribuyente y para evaluar el sentido, aceptación o rechazo de éstas, conforme a la legislación que regula estas materias. Ello es perfectamente procedente, al igual que es dable que perduren las ficciones y las presunciones. El ordenamiento procesal respectivo puede conservarlas (deberes procesales, cargas etc.) pero a condición que las mismas no presupongan un falso testimonio, por el juramento prestado.

También conviene observar que el interrogatorio de parte puede mantenerse pero excluyendo del mismo la juramentación con corolarios penales, policivos o disciplinarios. La forma como se comporte el preguntado y la índole de otras comprobaciones, puede llevar al juez a dar por reconocida la obligación o derecho de que se trate. Y todo queda confinado al trámite civil, laboral, tributario, comercial, etc. Pero sin salirse de sus específicas órbitas judiciales, dándose así el pleno acatamiento de la dispensa señalada en el artículo 33 de la Constitución Política.

b) Estas glosas llevan a la Sala a apartarse de la recomendación de su delegada, para quien lo que la Carta prohíbe es la obligación de declarar, pero no la voluntaria exposición, bajo juramento, sabiéndose que puede excusarse con invocación de la garantía de dispensa, la cual debe llevarse a conocimiento del declarante. La opción no sería adecuado remedio ni controla el quebranto que trata de prevenirse.

Esto se dice, porque la persona que quiere reconocer algo, no necesita del apremio del juramento, pues sin él puede hacerlo plenamente, ante autoridad judicial, notarial o valiéndose de otros medios; porque de someterse voluntariamente, bajo la gravedad del juramento, no desaparece la posibilidad de un tratamiento penal porque habiendo asentido a decir, bajo esta conminación, la verdad, faltó a ella; y porque siempre se prestará a discusiones la extensión del consentimiento, la precisión del mismo, su verdadera intención, etc., comprometiéndose así lo que la Constitución quiere que no tenga estas alternativas ni vicisitudes.

No es dable someter a interrogatorio de parte, o diligencia de igual o análogo contenido o alcance, bajo el compromiso del juramento, a quien puede colocarse en la alternativa de responder con la verdad, asumiendo afecciones patrimoniales, o a faltar a ésta con las consiguientes consecuencias propias de un "falso testimonio", pues la conexión entre uno y otro acontecimiento y personal conducta, quebranta la garantía consagrada en el artículo 33 de la Carta Política.

En el caso *sub examine*, el procesado cuando rindió su interrogatorio de parte, no podía ser requerido a tal efecto bajo el alternativo gravamen de que si faltaba al juramento incurría en un falso testimonio. De allí su manifiesta atipicidad y por tanto la prosperidad del cargo formulado en la demanda de casación, en su parte inicial, o más concretamente la segunda de las censuras.

En la discusión se ahondó más en el asunto, pero a los fines de fundamentar este salvamento, lo anotado centra la cuestión en sus aspectos más salientes, al menos para quien se apartó de la decisión de mayoría. Por eso no insisto en el tema ni trato de recordar esas adicionales réplicas, las cuales ya no importan tanto dada la índole de la definición de este punto jurídico.

Atentamente,

Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha ut supra.

RECUSACION / RECURSO / CASACION DISCRECIONAL / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / NULIDAD / FISCAL

La invitación a declararse impedido no es una recusación ni puede entenderse como tal, de manera que el sujeto procesal que crea que existe un motivo de impedimento que el funcionario oficial no ha manifestado, debe recusarlo en forma clara y precisa, no de una manera velada, procurando tener una puerta abierta para eludir la responsabilidad en el caso de que sea considerado recusante temerario. / En el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente, corresponde resolver sobre la admisibilidad de los recursos de reposición, apelación y casación común, al mismo fiscal, juez o tribunal que dictó la providencia. / El legislador dispuso que existieran sentencias de única instancia contra las cuales no procede ningún recurso, y esto está ajustado a la Constitución Política que expresamente señala en el artículo 31: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley" (subraya la Sala). / Cuando el inciso 3º del artículo 218 del estatuto procesal dice que la Corte "puede aceptar un recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionados", se refiere a sentencias de segunda instancia que no reúnen el requisito de la pena y/o que fueron dictadas por un juez y no por un Tribunal Superior. De ninguna manera puede extenderse la interpretación a las sentencias de única instancia que por su naturaleza no son impugnables, y es obvio que la discrecionalidad otorgada a la Sala no llega hasta ese extremo. / No es cierto que el artículo 29 de la Constitución consagre que nadie puede ser condenado por sentencia inimpugnable, pues lo que allí se establece es el "derecho a impugnar la sentencia condenatoria", obviamente, si como lo prevé el artículo 31 ibídem, esta no constituye una excepción prevista en la ley, y es claro que los fallos emitidos en los procesos cuyo juzgamiento corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, "máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria", no tienen ningún recurso. / Las nulidades que no sean invocadas hasta el término de traslado común para preparar la audiencia sólo podrán ser debatidas en el recurso de casación. / Si bien

el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal regula las oportunidades para que los sujetos procesales invoquen las nulidades, ello no quiere decir que el juez oficiosamente no pueda decretar la invalidación de un proceso en cualquier momento en que advierta que se ha incurrido en alguna o algunas de las causales. / Es verdad que la Constitución Política estableció que la investigación de los delitos y acusación de los presuntos infractores corresponde a la Fiscalía General de la Nación, pero ella misma, en el artículo 27 transitorio dispuso que ese sólo ocurriría cuando se expidieran los decretos extraordinarios que organizaron ese nuevo ente judicial y regularon las nuevos procedimientos penales. / Hoy la facultad del fiscal para delegar ha sido plenamente aclarada por el numeral primero del artículo 17 de la Ley 81 de 1993.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 009.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por los procesados *Alvaro del Valle Oviedo, Eduardo Ignacio Lucero Acosta* y *Cairo Sosa Cárdenas*, contra el auto por medio del cual se les inadmitió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria de única instancia proferida por esta colegiatura.

Fundamentos de la impugnación:

En forma textual argumentan así los recurrentes:

"1º Que para los objetivos de esta petición no encontramos, resulte aceptable y plenamente incontrovertible que el artículo 31 de la Constitución Nacional, pueda constituirse en argumento principal, fundamento o premisa para negar el recurso de casación interpuesto, tal como lo considera la providencia impugnada, ya que el '...salvo las excepciones que consagra la ley...' que preceptúa esta norma, se refiere a las instancias o sea a que toda la sentencia judicial pueda ser apelada o consultada, instancias que no las tiene la sentencia en única instancia, de ahí que no se pueda decir concluyentemente que la citada norma, consagre como excepción legal la concesión del recurso de casación excepcional en las

sentencias que no tienen otras instancias como la apelación o consulta, menos cuando tal norma se refiere a instancias y el propio artículo 218 del Código de Procedimiento Penal consagra la casación por vía excepcional.

"2º Tampoco encontramos, que ese recurso de casación por la vía de la excepción pueda y deba negarse, porque la providencia impugnada diga que desconocemos un principio elemental, el mismo que no lo encontramos ni como principio o axioma ni ajustado a la realidad procesal fáctica, ya que aquello que siendo la casación un recurso extraordinario los fallos contra los cuales proceden están previstos de manera taxativa y por la propia naturaleza del derecho procesal, no resulta tan exacto ya que precisamente ese recurso extraordinario de casación por vía de la excepción, sí está expresa y taxativamente consagrado en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, aparte final, pero principalmente se ha de tener en cuenta que para las sentencias de única instancia o no recurribles, el artículo 29 de la Constitución Nacional, consagra que nadie puede ser condenado por sentencia inimpugnable, cuya disposición hemos invocado como argumento central y quizá debamos seguirlo haciendo sin creer por ello pecar de terquedad que no la hay, cuando de defender derechos fundamentales y legítimos se trata, ya que creemos que normalmente nadie se obstina sin considerar o creer que posiblemente se le han vulnerado esos derechos, por lo que no pretextamos en este aspecto ninguna interpretación extensiva de las normas en nuestro favor.

"3º Que nos equivocamos dice la providencia impugnada en reposición, al acudir a la casación excepcional porque ésta es para los fallos de segunda instancia, sin embargo ello no lo consideramos equivocado y consiguientemente seguimos afirmando, que bajo el texto mismo del inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, confiamos en que esa sentencia de única instancia contra nosotros proferida por la honorable Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, sí es susceptible de ese recurso extraordinario por excepción, dadas las siguientes razones de orden legal:

"Que la concesión del recurso extraordinario de casación penal por la vía excepcional que determinan el citado artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, necesariamente significa, que no está sujeto como excepcional a los requisitos de procedencia, que sea fallo de segunda instancia y monto de pena fijada para el delito que la ley penal fija para la concesión del recurso extraordinario de casación por la que permítasenos llamar vía ordinaria, de ahí que el tan citado artículo 218 en su pertinencia diga '...puede aceptar un re-

curso en casos distintos a los arriba mencionados...' que no son otros que los exigidos para la concesión de casación que hemos llamado ordinaria o por regla general, por manera que ese recurso extraordinario por vía excepcional, bien puede proceder de una única instancia sin convertirse en recurso *per saltum*, de ahí también la discrecionalidad que tiene la honorable Corte Suprema de Justicia para concederlo o no, discrecionalidad que por cierto, en nuestro entender, no es o mejor está regida por los parámetros, que ese recurso extraordinario excepcionalmente se conceda cuando se considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, uno y otro de estos presupuestos que bien acreditamos al anteponer el recurso extraordinario de casación por la vía de excepción, pero si así no se encontrare, sólo diremos, que una sentencia condenatoria como la infringida a nosotros, cercena todos los derechos posibles de orden natural, positivo y políticos para llevar una vida digna, honorable y tranquila ante la sociedad, la familia y el Estado, por ir en contravía del espíritu del artículo 29 de la Constitución Nacional.

"En resumen y al respecto, con el debido respeto por la Sala, expresamos: que quizá lo que ha ocurrido en este caso es que se han equiparado las oprtunidades que tienen las sentencias condenatorias de segunda instancia de los Tribunales Superiores con el derecho y deber constitucional y legal que tienen los condenados en las sentencias de UNICA INSTANCIA, como en el caso que nos ocupa, para no ser condenados por SENTENCIAS INIMPUGNABLES, lo cual reprocha el artículo 29 de la Carta. Esto nos lleva discrepar con el criterio de la Sala respecto de su opinión, que si la sentencia de única instancia no es apelable mucho menos puede tener el recurso extraordinario de casación por la vía de excepción, ya que las instancias de apelación y consulta no pueden confundirse con el recurso extraordinario de casación, por la vía indicada, que entendemos creado, precisamente, para la sentencia que carece de instancias, como en este evento.

"En consecuencia nuestra inconformidad con la negativa a concedernos el recurso extraordinario impetrado, es que de no aceptarse nuestra petición observamos que se volvería nugatorio, o mejor, ilusorio el contenido del artículo 29 de la Constitución Nacional, que en forma imperativa preceptúa e impone para todos los jueces en nuestra materia penal, sin ecepciones (sic) que no habrá sentencias condenatorias INIMPUGNABLES, consideramos que mucho menos en el presente caso donde la aludida sentencia carece de otra alternativa procesal para ser impugnada y que por ende el recurso

de casación interpuesto es la única forma o manera de presentar la impugnación contra dicha sentencia y es por ello nuestra insistencia en que se nos otorgue el recurso oportunamente propuesto. Entendemos que si esa Corporación nos llegara a negar esa petición nos hallaríamos frente a un posible incumplimiento del tantas veces citado artículo 29 de la Constitución Nacional y violándose por lo tanto el debido proceso que hoy reclamamos, respetuosamente de los señores magistrados.

"En síntesis que si bien es cierto que contra la sentencia que comentamos no cabe ni los recursos de apelación y reposición, tampoco es menos cierto que para eventos como el nuestro no quepa el recurso de casación que hemos propuesto, por vía de excepción, tal como lo consagra el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el citado artículo 29 de la Carta; es decir, que el artículo 218 en comento prevé la posibilidad de que se concedan recursos de casación, por vía extraordinaria cuando se requiera crear o desarrollar jurisprudencia sobre temas de transcendencia y los suscritos creemos que este caso lo amerita en razón que consideramos que el país carece de un pronunciamiento judicial sobre la materia de que versa la sentencia aludida, esto por una parte y por la otra encontramos, como lo dijimos al comienzo, que la sentencia en comento ni siquiera nos otorgó el beneficio de la duda o *in dubio pro reo*, considerando nosotros que hay violación de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y que amerita crear jurisprudencia al respecto.

"4ª Pero más aún, motiva esta comedida petición de reposición, encontrar en la sección tercera B, página última de el diario 'El Tiempo' de fecha miércoles 24 de noviembre de 1993, que el Consejo de Estado, declaró, la nulidad de dos apartes de la Resolución 99 del 30 de julio de 1992, resolución que se informa ya había sido suspendida con anterioridad, dice el mencionado diario en apartes pertinentes: 'El Fiscal General de la Nación no puede delegar en ningún funcionario o unidad de fiscalía la investigación, calificación y acusación de procesos contra altos funcionarios del Estado' se trata de funciones especiales asignadas al fiscal y deben entenderse como privativas o exclusivas de éste y por lo mismo, no son susceptibles de delegación.

"Razón mayor para sostener, que se hace necesario para el desarrollo de la jurisprudencia nacional, la concesión del recurso de casación interpuesto, ya que como se recordará y obra en el proceso, antes de la ameritada publicación, al interponer la casación explicamos, que la intervención del

señor Fiscal General de la Nación en la diligencia de audiencia pública que nos juzgó era constitucionalmente obligatoria y no lo hizo, dado que delegó esta función en uno de sus subalternos, quien valga la oportunidad para una vez más resaltar, que conjuntamente con el señor agente del Ministerio Público, solicitaron absolución.

"5º Finalmente no podemos dejar de expresar y desarrollar la siguiente inquietud: que quizá por la prácticamente inexistente jurisprudencia o falta de conocimiento nuestro de ésta, respecto de resoluciones de orden procesal penal en casos similares con todas estas incidencias que nos ocupan, encontramos que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal numeral 6º no resulta ajustado a la ley que el interpuesto recurso extraordinario —excepcional— contra la sentencia condenatoria dictada en contra nuestra, podía ser resuelto por los mismos honorables magistrados que dictaron la sentencia e intervinieron en el proceso, para que resolvieran sobre la concesión de ese recurso de casación, sin que ello no implicara revisar su propia decisión y fueran ajenos a la misma y al proceso; es decir, que la concesión o no del recurso invocado, debió ser resuelto por una Sala de Conjueces y no por los mismos que nos sentenciaron, que de una u otra forma ya tienen un criterio fijo sobre esa decisión y por ende un interés en que dicha sentencia se mantenga en los términos en que fue dictada, por lo tanto el recurso tantas veces comentado, en nuestra humilde interpretación la vemos de esa forma, valga decir, pueden existir predisposición anímica para mantener la sentencia.

"Lo anterior nos avocamos a plantearlo, porque consideramos no es lo mismo que un Tribunal Superior o la honorable Corte Suprema de Justicia conceda o no un recurso de casación de aquellos que antes llamamos ordinario o por regla general, a que se conceda o no un recurso de casación por excepción, dado que en este último se está obligando a memorializar exponiendo y fundamentando razones y a contestar mediante providencia, todo lo que de por sí conlleva un debate, una situación o incidencia procesal y una resolución que quiérase o no tiene que ver y atañe a la sentencia que se pretende sea revisada en casación para que esa misma sentencia sea confirmada o revocada. Por consiguiente consideramos y así solicitamos, que se reponga la providencia impugnada para que los señores magistrados que intervinieron en la sentencia condenatoria contra nosotros proferida y de así considerarlo, se declaren legalmente impedidos para conocer y resolver la petición de casación excepcional propuesta".

Consideraciones de la Sala:

1º Ante todo es importante aclarar las curiosas peticiones que formulan los impugnantes, pues de manera principal solicitan que se revoque la providencia atacada y en su lugar se admita el recurso de casación excepcional interpuesto, y en "SUBSIDIO", que se reponga la providencia para que los magistrados que firmaron la sentencia condenatoria se declaren impedidos.

Todo indica que lo manifestado por los memorialistas no es una recusación, pues en ese caso sería absurdo que solicitaran que primero se revocara la providencia y luego se manifestara el impedimento, cuando lo ordenado por la ley es suspender toda actuación hasta tanto no se resuelva la recusación. Además, tampoco existe la recusación subsidiaria, esto es, condicionada a que si no se acepta la pretensión del recurrente, entonces se le debe tener en cuenta, ya que si así fuera, perdería la razón de ser de su existencia para convertirse en un desleal instrumento de coacción contra el funcionario.

Sobre este tema son innumerables los pronunciamientos de la Corte, en donde claramente se ha explicado que la invitación a declararse impedido no es una recusación ni puede entenderse como tal, de manera que el sujeto procesal que crea que existe un motivo de impedimento que el funcionario judicial no ha manifestado, debe recusarlo en forma clara y precisa, no de una manera velada, procurando tener una puerta abierta para eludir la responsabilidad en el caso de que sea considerado recusante temerario.

De otra parte, es oportuno recordar que en el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente, coresponde resolver sobre la admisibilidad de los recursos de reposición, apelación y casación común, al mismo fiscal, juez o Tribunal que dictó la providencia de modo que la observación que subsidiariamente presentan los memorialistas sobre un eventual motivo de impedimento carece por completo de respaldo legal, con mayor razón tratándose de la casación excepcional, cuya competencia para ese fin está asignada exclusivamente a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

No existiendo entonces ninguna razón que impida un pronunciamiento sobre la viabilidad del recurso interpuesto, a ello se procederá a continuación.

2º En el escrito sustentatorio de la reposición que aquí se resuelve, los procesados inconformes limitan el tema a la casación excepcional, pero no debe olvidarse que en el memorial con el cual interpusieron el recurso se ocuparon de ella de manera "subsidiaria", lo cual indica que han aceptado, o que por lo menos se abstienen de refutar las razones por las cuales se les negó la casación común propuesta como petición principal.

La Corporación no encuentra en los argumentos expuestos por los impugnantes fundamento para modificar la decisión tomada, pues en esta materia es evidente que el legislador dispuso que existieran sentencias de única instancia contra las cuales no procede ningún recurso, y esto está ajustado a la Constitución Política, que expresamente señala en el artículo 31: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, *salvo las excepciones que consagre la ley*" (subraya la Sala).

En estas condiciones es elemental entender, que el recurso de casación así sea en su modalidad de excepcional, sólo es posible respecto de sentencias proferidas en virtud del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de la consulta, a las cuales se extiende el recurso extraordinario si se dan las especiales exigencias consagradas en la ley.

Cuando el inciso 3º del artículo 218 del estatuto procesal dice que la Corte "puede aceptar un recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionados", se refiere a sentencias de segunda instancia que no reúnen el requisito de la pena y/o que fueron dictadas por un juez y no por un Tribunal Superior. De ninguna manera puede extenderse la interpretación a las sentencias de única instancia que por su propia naturaleza no son impugnables, y es obvio que la discrecionalidad otorgada a la Sala no llega hasta ese extremo.

De otra parte, no es cierto que el artículo 29 de la Constitución consagre que nadie puede ser condenado por sentencia inimpugnable, pues lo que allí se establece es el "derecho a impugnar la sentencia condenatoria", obviamente, si como lo prevé el artículo 31 *ibídem*, esta no constituye una excepción prevista en la ley, y es claro que los fallos emitidos en los procesos cuyo juzgamiento corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia "máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria", no tienen ningún recurso.

Al no prosperar la reposición solicitada, sobra todo comentario sobre la motivación que agregan para tratar de demostrar que se reúnen las exigencias previstas en el inciso 3º del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, para que por excepción se admita el recurso de casación.

Petición del defensor de Dairo Sosa Cárdenas:

Con fecha 17 de enero del presente año, el defensor del acusado Dairo Sosa Cárdenas presentó un extenso memorial en el cual solicita que se decrete la nulidad del proceso a partir del auto que ordenó el cierre de la investigación, basando la viabilidad de su pretensión en una providencia de esta Sala de fecha 6 de julio de 1989, en uno de cuyos apartes dice:

"Así las cosas, si bien es cierto, como lo afirma el apoderado de la parte civil, que de conformidad con el artículo 213 del anterior Código de Procedimiento Penal, una vez dictada la sentencia de segunda instancia las nulidades establecidas en los artículos 210 y 211 *ibidem* sólo se podrán alegar en casación, esto no significa que oficiosamente no pueda declararse lo relacionado con la incompetencia del juez cuando el fallo de casación, aún no se encuentra ejecutoriado..."

El actual Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, consagra en el artículo 306 una disposición igual a la que sirvió de base a la decisión citada en la que claramente ordena que las nulidades que no sean invocadas hasta el término de traslado común para preparar la audiencia sólo podrán ser debatidas en el recurso de casación. Esta norma pone en evidencia que la petición presentada por el defensor es improcedente, y no es esta una "solución simplista" como él se adelanta a calificarla sino la que corresponde en estricto cumplimiento de la ley.

En lo que sí le asiste razón al letrado, es en que si bien la disposición en cita regula las oportunidades para que los sujetos procesales invoquen las nulidades, ello no quiere decir que el juez oficiosamente no pueda decretar la invalidación de un proceso en cualquier momento en que advierta que se ha incurrido en alguna o algunas de las causales.

No obstante la facultad oficiosa, la Sala no advierte ninguna irregularidad que determine la nulidad de lo actuado.

Al margen de lo anterior, es oportuno consignar en forma muy sintética algunos comentarios que complementan asuntos que fueron tratados en el proceso, y sobre los cuales vuelve el memorialista.

1º Es verdad que la Constitución Política estableció que la investigación de los delitos y acusación de los presuntos infractores corresponde a la Fiscalía General de la Nación, pero ella misma, en el artículo 27 transitorio dispuso que eso sólo ocurriría cuando se expidieran los decretos extraordinarios que organizaron ese nuevo ente judicial y regularon los nuevos procedimientos penales, de modo que cuando se califica este sumario (noviembre 1º de 1991), todavía no había entrado en funcionamiento la Fiscalía, manteniendo la competencia la Corte, como era lo jurídico y además obvio.

2º El Fiscal General de la Nación no asistió a la audiencia pública porque mediante la Resolución número 00099 del 30 de julio de 1992 delegó esa función en los fiscales delegados ante la Corte, y uno de ellos actuó.

Este punto fue estudiado ampliamente en el proveído de diciembre 14 de 1992, al responder a una petición del magistrado Edgar

Saavedra. Si bien la resolución fue suspendida por la Sección Primera del Consejo de Estado en auto del 5 de marzo de 1993, en esa fecha la audiencia ya se había celebrado y como es sabido, esa decisión no tiene efecto retroactivo.

Para no dejar inconclusa la historia de la Resolución 00099, procede agregar que el auto que ordenó su suspensión fue revocado el 4 de junio de 1993, y posteriormente, el 23 de noviembre del mismo año, fueron declarados nulos los artículos 1º y 6º

Hoy la facultad del fiscal para delegar ha sido plenamente aclarada por el numeral 1º del artículo 17 de la Ley 81 de 1993, cuyo texto dice:

> "...1º Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución..."

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

Resuelve:

Primero. NO REPONER el auto impugnado.

Segundo. NO DECLARAR la nulidad solicitada por el defensor del procesado Dairo Sosa Cárdenas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Rafael Osorio R., conjueces.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / NOTIFICACION / DERECHO DE DEFENSA

No puede ser causa invalidante de una actuación judicial, cualquier irregularidad procesal que se haya cometido. Sólo lo será el quebrantamiento de la ritualidad considerada como esencial, por constituir ésta un medio para ejercer derechos fundamentales como el de defensa, o el de contradicción, etc., y siempre que ese "debido proceso" no permita su convalidación por intervención posterior de la parte afectada, como sería el caso, a manera de ejemplo, de la llamada "notificación por conducta concluyente" que refiere el C. de P. P. en su artículo 191. / La notificación de las providencias judiciales es parte esencial del rito procesal, sólo en la medida que lo decidido deba ser conocido por los sujetos procesales para que ejerzan el derecho de defensa y otros de igual rango. / En este orden de ideas, debe precisarse que no obstante las reglas de procedimiento indican que las sentencias y los autos interlocutorios son providencias notificables (art. 186), porque deciden el objeto del proceso, algún incidente o aspectos sustanciales de éste, ello no significa inexorablemente que la omisión de la notificación en algunos casos particulares constituya quebranto al derecho de defensa, por cuanto la finalidad esencial de la notificación es indudablemente permitir recurrir la decisión antes de su ejecutoria. / Pretender que la interposición de un recurso inadmitido por la ley expresamente tiene la virtualidad de suspender la ejecutoria de la providencia atacada, resulta evidentemente un antiprocesalismo inaceptable por su manifiesta ilegalidad.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 009.

El procesado *Robinson Ricardo Rada González* pide se decrete la nulidad de una actuación de la Corte. Procede ésta, en consecuencia, a decidir lo pertinente.

Antecedentes inmediatos:

Esta Corporación mediante auto de diciembre catorce del año inmediatamente anterior, respecto a un recurso de reposición que el mismo procesado de la referencia interpuso contra el proveído que decidió impugnación de la misma naturaleza presentada oportuna y legalmente por su defensor contra una determinación de la Sala, declaró: "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".

El sindicado condenado entiende que esa manifestación de la Corte ha debido ser notificada formalmente a las partes por ser un auto interlocutorio y, al no haber sido ordenado así, ni el secretario haber procedido a ello, pide: *"Se decrete que es irregular y contrario a la debida ritualización del proceso de notificación el no haber ordenado trámite secretarial de notificación del auto que resolvió negativamente el recurso de reposición y declaró improcedente la 'petición de favorabilidad' presentada por el defensor suplente y* la excepción de inconstitucionalidad formulada por el procesado...que en consecuencia se ordenará la nulidad de lo resuelto adoptando las providencias y notificaciones a que haya lugar".

Consideraciones de la Corte:

1. Del extenso y farragoso escrito del procesado de la referencia, se infiere inequívocamente del mismo que la irregularidad fundamental que encuentra en la actuación de la Corte es la omisión de la orden de notificar el proveído aludido, pues no otra cosa se desprende de lo transcrito en precedencia y de las siguientes conclusiones que plasma en su escrito: "De conformidad con las normas que se han enunciado y expuesto por la concepción que tiene la *defensa* sobre la clasificación del proveído y el trámite que debe cumplirse en cuanto a la notificación por estado, debe ordenarse la notificación y dejarse vencer los términos propios de auto interlocutorio y hace necesario se ordene la notificación. No estando dispuesta la notificación en el pronunciamiento la Secretaría no puede ritualizar la notificación por estado, lo cual, afecta el debido proceso de notificación, la ejecutoria y la firmeza procesal de lo determinado, desamparando a los sujetos procesales de los derechos a controvertir que le asisten legalmente para que transcurra el término de ley, y, se dé a conocer al público mediante comunicación secretarial lo decidido. Corresponde al honorable magistrado ponente corregir el yerro procesal que seha (sic) omitido, ordenando la notificación, para que se cumpla con la totalidad de los preceptos legales que se han traído a este asunto, para que la orden judicial se

acomparse con la legalidad vigente, ordenando a la Secretaría proceda a la notificación por estado en los términos y actos que impone el artículo 25 de la Ley 81 de 1993. Y lo mandado por el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal".

2. Con este entendimiento y precisión de lo pedido, procede la Corte a dar la respuesta correspondiente:

a) La nulidad es un instrumento procesal que ha establecido el legislador para garantizar el cumplimiento de la ritualidad esencial que el código de la materia por disposición de la Carta ha consagrado como "debido proceso", el que es, como se sabe, un derecho fundamental.

No puede ser, entonces, causa invalidante de una actuación judicial, cualquier irregularidad procesal que se haya cometido. Sólo lo será, el quebrantamiento de la ritualidad considerada como esencial, por constituir ésta un medio para ejercer derechos fundamentales como el de defensa, o el de contradicción, etc. y siempre que ese "debido proceso" no permita su convalidación por intervención posterior de la parte afectada, como sería el caso, a manera de ejemplo, de la llamada "notificación por conducta concluyente" que refiere el C. de P. P. en su artículo 191.

b) La notificación de las providencias judiciales es parte esencial del rito procesal, sólo en la medida que lo decidido deba ser conocido por los sujetos procesales para que ejerzan el derecho de defensa y otros de igual rango.

En este orden de ideas, debe precisarse que no obstante las reglas de procedimiento indicar que las sentencias y los autos interlocutorios son providencias notificables (art. 186), porque deciden el objeto del proceso, algún incidente o aspectos sustanciales de éste, ello no significa inexorablemente que la omisión de la notificación en algunos casos particulares constituya quebranto al derecho de defensa, por cuanto la finalidad esencial de la notificación es indudablemente permitir recurrir la decisión antes de su ejecutoria. Esto es lo que se desprende inequívocamente de lo referido en el artículo 197 del C. de P. P., cuando señala algunas providencias de esta naturaleza y dispone quedar "ejecutoriadas al día siguiente de ser firmadas por el funcionario correspondiente", vale decir, hacen tránsito a cosa juzgada o adquieren firmeza judicial sin necesidad de notificarlas; o lo que acontece en otros casos, cuando lo decidido en el auto interlocutorio no requiera la impugnación, tal como ocurre con el auto que decide el recurso de reposición, con la salvedad que menciona la norma (art. 201); o como también sucede con el auto interlocutorio en donde se propone o traba una colisión de competencias, por ser tal determinación inimpugnable dado el trámite propio que le ha señalado la ley a dicho incidente.

Para todos estos eventos, que a manera de ejemplo se citan, y con la única finalidad de cumplir con la publicidad de la actuación procesal

se acostumbra ordenar se informe a los sujetos procesales interesados lo ocurrido, que se debe hacer por Secretaría en la forma más expedita posible, es decir, por oficio, telegrama o verbalmente si se presentaren.

c) El caso que plantea el procesado de la referencia como determinante de la nulidad que impetra se encuadra precisamente dentro de uno de los ejemplos citados en precedencia. En efecto: Interpuso el recurso de reposición contra el auto que decidió impugnación de esta misma naturaleza presentada por su defensor, constituyendo su inconformidad una clásica "reposición de reposición" improcedente procesalmente; y a pesar de tener conciencia de ello, acudió a la argucia de sostener que la Corte trató allí supuestos puntos nuevos y, de contera, hábilmente planteó una hipotética excepción de inconstitucionalidad contra decisión judicial y, su defensor suplente, una supuesta favorabilidad.

Ante esa circunstancia, la Sala de Casación en el auto interlocutorio cuya anulación se demanda, analizó las circunstancias que adujo el procesado como puntos nuevos para concluir que no lo fueron y que, en consecuencia, el auto ilegalmente recurrido por él había cobrado ejecutoria, pues al ser "inimpugnable" por disposición expresa de la ley, su firmeza ciertamente no podía afectarse por la argucia y hábil maniobra del procesado. Por esa razón, en la parte resolutiva de la providencia, no se tomó ninguna decisión a este respecto. Simplemente se hizo una declaración expresa: "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" (fl. 67, cuaderno de la Corte).

Pretender que la interposición de un recurso inadmitido por la ley expresamente tiene la virtualidad de suspender la ejecutoria de la providencia atacada, resulta evidentemente un antiprocesalismo inaceptable por su manifiesta ilegalidad. Esa fue la razón por la cual no se decidió el recurso, sino que se hizo la declaración jurídica que la realidad procesal indicaba, aspecto que, por lo demás, no requería de la notificación formal que echa de menos el procesado, sino de la simple información verbal que la Secretaría le suministró en cumplimiento a lo ordenado en el mismo auto, como puede verse el final de la parte resolutiva.

Como la ejecutoria del auto inimpugnable era evidente, la Corte analizó la excepción de inconstitucionalidad y la pretendida favorabilidad del requisito de procesabilidad planteadas como consecuencia del recurso, únicamente para precisar que dichas peticiones son actos de postulación y, como tales, deben ser aducidos dentro del proceso. Además, como la sentencia que puso fin al caso de la referencia había hecho tránsito a cosa juzgada, tales pretensiones eran improcedentes. No hubo tampoco, en consecuencia, decisión sobre ellas. Por ello, la parte resolutiva del auto en mención se limitó igualmente a hacer declaración en tal sentido: "En consecuencia, son improcedentes las pe-

ticiones formuladas por el procesado y su defensor suplente. Infórmeseles y envíese inmediatamente el proceso al Tribunal de origen".

No existiendo obligación legal de notificar lo declarado por la Corte, pues nada de ello es susceptible de impugnación aún que se le diera en gracia de discusión el carácter de decisión, y en procura de garantizar la publicidad de la actuación judicial, se ordenó la información que se le dio al procesado.

d) Así las cosas, resulta igualmente evidente que no ha existido la irregularidad que adujo el procesado en el trámite procesal correspondiente a esta sede, ni otra alguna esencial que conduzca a su invalidación, se deberá, en consecuencia, despachar desfavorablemente la petición de anulación formulada.

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

Resuelve:

Deniégase la nulidad propuesta. En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS / PENA PRINCIPAL / PRISION

Un ordenamiento tal que desconoce la integración punitiva que trae el artículo 149 del C. P. —prisión e interdicción como pena principal— reclama el correctivo legal que sin vulnerar la garantía constitucional contenida en el artículo 31 de la Carta Política, por no entrañar agravación efectiva de la pena, sino precisión de su naturaleza, la acomode —por contrario— a los precisos parámetros del principio de legalidad de las penas.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 08 de febrero 2 de 1994.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por la defensora de la procesada doctora *Gladys Valderrama de Peña*, Exjuez 56 de Instrucción Criminal de la ciudad, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante la cual se la condenó por el delito de prevaricato por acción, a purgar la pena principal de doce (12) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término. Se señaló que no había lugar a condena por daños y perjuicios, por ausencia de bases para deducir su causación y se concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

Aparecen relacionados en la sentencia impugnada, así:

> "Un escrito anónimo, enviado a la Procuraduría General de la Nación en noviembre de 1989, dio cuenta de la comisión del presunto delito de concusión en que habría incurrido Luis Alberto Penagos Rodríguez, secretario del Juzgado 29 de Ins-

trucción Criminal, desde el 16 de abril de 1988 hasta el 29 de abril de 1989. También puso de presente ese anónimo que dos hermanos de él estarían comprometidos en la realización de otras conductas punibles; pero para este asunto, solamente incumbe lo relacionado con el primero.

"Luis Alberto Penagos Rodríguez, en la mencionada condición, solicitó a Jaime Ariza Mateus, procesado en aquella oficina judicial, por los delitos de peculado y falsedad, dinero; y, de conformidad con lo que se pudo demostrar testimonialmente, por lo menos, ante la titular del Juzgado admitió haber recibido 50 mil pesos. Realizó esta conducta para favorecer al sindicado Ariza Mateus, a quien le exigió el dinero. Penagos Rodríguez fue investigado penalmente por el Juzgado 56 de Instrucción Criminal, a cargo de la doctora Gladys Valderrama de Peña, quien indagó al sindicado el 8 de mayo de 1990, y calificó el mérito de la averiguación el 7 de septiembre de ese año disponiendo la reapertura del proceso.

"Por apelación interpuesta por el agente del Ministerio Público, una Sala de Decisión Penal de esta Corporación (Tribunal Superior de Bogotá, se precisa) conoció el mérito de esa providencia; y, además de revocar esa decisión y proferir resolución de acusación en su lugar, ordenó compulsar copias para que se investigara a la señora juez por el presunto delito de prevaricato al retardar la resolución sobre la situación jurídica del procesado y desconocer la prueba, conforme a la cual existía suficiente mérito para la resolución de acusación".

Actuación procesal:

1º Se originó esta investigación en copias ordenadas por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que mutó en resolución acusatoria por el delito de concusión, la orden de reapertura de la investigación adoptada por la entonces Juez 56 de Instrucción Criminal de la ciudad, Gladys Valderrama de Peña, dentro del proceso que ella tramitaba contra Luis Alberto Penagos Rodríguez. En el siguiente aparte de la providencia del Tribunal se concretan las razones que precedieron la compulsa de copias:

"Finalmente, es ostensible el desconocimiento por parte del Juzgado Instructor que decretó la reapertura de la realidad procesal de tan categórico contenido. Desde un comienzo se nota que el Juzgado Cincuenta y Seis de Instrucción indaga al secretario acusado y con violación de la norma que señala el término para definir la situación jurídica no lo hace. Espera varios meses para, al amparo de un calificatorio que desconoce pruebas tan importantes como declaraciones de

dos jueces de la República que escucharon el diálogo telefónico del secretario y quien aquí lo denuncia, la aceptación por parte de ese empleado en cuanto a que recibió dinero, la positiva actitud del sustanciador para desenmascarar el interés del secretario porque se calificara en determinada forma la actuación contra Ariza Mateus, así, con desconocimiento de ese recaudo probatorio que pocas veces se consigue, producir detención preventiva que luego se neutraliza con una reapertura de investigación que es una ofensa al concepto del ponderado juzgamiento que es lo menos que puede exigirse del juez penal".

2º En relación con los cargos atribuidos a la doctora Gladys Valderrama de Peña, el Tribunal Superior de Bogotá dispuso, inicialmente, adelantar investigación previa dentro de la cual se acreditó su calidad de Juez 56 de Instrucción Criminal para la época de los hechos y se la oyó en versión sin juramento (fl. 106). Luego se produjo la apertura formal de la investigación con la consecuente vinculación mediante indagatoria llevada a cabo por el entonces Juzgado 30 Superior de la ciudad (fl. 146).

3º Cerrado el ciclo investigativo, devino la calificación del mérito sumarial con resolución de acusación en su contra como autora presuntamente responsable del delito de prevaricato por acción, al haber proferido en el proceso que por concusión se tramitaba contra Luis Alberto Penagos Rodríguez una calificación con orden de reapertura cuando la prueba recaudada era idónea para la formulación de resolución acusatoria. Por el mismo delito se le decretó medida de aseguramiento de detención preventiva con derecho a libertad provisional.

Como en la parte resolutiva de la providencia calificatoria se omitió la decisión relacionada con el cargo por presunto prevaricato omisivo, dada la tardanza de la juez acusada en definir la situación jurídica de Luis Alberto Penagos Rodríguez, en providencia de noviembre 15 siguiente se ordenó la cesación del procedimiento por tal punible.

4º Impugnada la resolución acusatoria, esta Corporación en decisión mayoritaria de junio 30 del año inmediatamente anterior, la confirmó en todas sus partes. La discrepancia de los magistrados que salvaron parcialmente el voto, se circunscribió al otorgamiento de libertad provisional al no considerar cumplido el requisito subjetivo del artículo 68 del Código Penal.

5º Un incidente procesal se presentó luego de ejecutoriada la resolución de acusación, originada en el impedimento que los integrantes de la Sala de Decisión que conoce de este proceso, sustentaron en las previsiones del artículo 103, numeral 6º del Decreto 2700 de 1991. La Sala que seguía en turno no aceptó la excusa y remitió el informativo a esta Corporación quien por decisión mayoritaria lo declaró infundado, disponiendo la continuación del trámite pendiente.

6ª En la etapa del juicio se presentó por la defensa solicitud de práctica de pruebas, impetración que fue atendida parcialmente por el Tribunal, en auto de marzo 29 del año en curso (fl. 271). En la audiencia pública, la defensa insistió en solicitar algunas de las pruebas cuya práctica había sido negada y, nuevamente el Tribunal hace expreso pronunciamiento sobre su rechazo. Se profiere luego la sentencia adversa, objeto del actual recurso.

De la sentencia impugnada:

Tras un prolijo examen de los elementos de juicio que conforman este proceso y teniendo en cuenta los cargos formulados en la resolución acusatoria, amén de la normatividad que contiene las exigencias legales para condenar, el Tribunal Superior de Bogotá profirió en contra de la doctora Gladys Valderrama de Peña la sentencia que ahora se revisa. Dicha Corporación, al encontrarla penalmente responsable del delito de prevaricato por acción, cometido al calificar con reapertura un proceso que abundaba en prueba idónea para sustentar un llamamiento a juicio, le impuso como pena principal la de doce (12) meses de prisión y como accesoria, por igual término, la de interdicción de derechos y funciones públicas. Declaró que no había lugar a condena de daños y perjuicios en tanto no existían bases para deducirlos y concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, frente a la acreditación de los requisitos exigidos por el artículo 68 del Código Penal.

De la apelación:

1. A través del escrito impugnatorio la defensora de la acusada, luego de consignar a manera de proemio que pese a la apariencia de juridicidad que ostenta este proceso, se ha incurrido en decisiones inconstitucionales, ilegales e injustas, critica —como en sus anteriores intervenciones lo había hecho— el proveído que ordenó la expedición de copias, base de la presente investigación, extendiendo en esa ocasión sus cuestionamientos a la providencia confirmatoria de la resolución acusatoria, así como a la negativa de práctica de pruebas solicitadas en la etapa de la causa, decisión de la cual no recurrió —según lo advera— con el fin de que el proceso lograra una pronta definición.

2ª Una apretada síntesis de los argumentos defensivos esgrimidos tanto en la sustentación escrita del recurso, como en la audiencia respectiva, se concreta en los siguientes planteamientos:

a) No es cierto que se hubiera desconocido el recaudo probatorio cuando la doctora Gladys Valderama de Peña ordenó la reapertura de la investigación adelantada contra Luis Alberto Penagos. Al testimonio de los jueces César Tulio Lozano y Fabiola González se les otorgó

credibilidad en lo que percibieron directamente. Sólo que para efectos de la tipificación del delito, no resultaron suficientes;

b) No se contaba con elementos de juicio idóneos para concluir si Luis Alberto Penagos exigió dinero a Jaime Ariza o, si por el contrario, fue éste quien lo ofreció, pues la declaración de la juez Fabiola González Arévalo no arrojaba luces sobre el punto;

c) No es cierto que no se hubiera aludido al testimonio de la doctora María Helena Sarmiento de Fernández pues lo que aconteció fue que se le dio tratamiento de "testigo sospechosa", dada su amistad con Jaime Ariza;

d) Por falta de las pruebas solicitadas y negadas, la doctora Gladys Valderrama de Peña es la gran anónima dentro de este proceso a quien, por ello mismo, se le impidió demostrar ausencia de motivos determinantes en la ejecución del hecho;

e) Se le atribuye a su defendida una responsabilidad objetiva. No hay motivación del Tribunal respecto del medio de prueba del cual emergiera el factor espiritual que no podría surgir de la providencia cuestionada, que contiene un criterio jurídico propio del cual se pudo apartar el Tribunal o considerarlo erróneo, sin que ello conduzca a configurar un acto de prevaricación judicial;

f) Por falta de conocimiento de la personalidad de la acusada, no se ha considerado que ella se imprime en cada decisión sin que se cambie de un día para otro ni se abandone sin razón, agregando que en este proceso no hay prueba sobre la presencia de algunas "patologías" que hubieran determinado en la doctora Valderrama de Peña un súbito e inopinado cambio de su honrado, correcto y ético comportamiento;

g) Se ha desconocido la presunción de inocencia, invirtiéndose incluso la carga de la prueba para exigir demostración de inocencia frente a una presunción de culpabilidad, en un proceso donde el ordenamiento oficioso de pruebas ha sido mínimo y donde se han negado las solicitadas por la defensa;

h) No se ha señalado la norma contrariada con la orden de reapertura, o el precepto que obligara a formular en contra del sindicado Penagos resolución acusatoria, como tampoco la norma medio por virtud de la cual debía creérsele a los jueces porque se consideraran sus testimonios privilegiados;

i) Y finalmente, a manera de síntesis, escribe:

> "Las razones de inconformidad con la sentencia condenatoria, se extienden al desarrollo del proceso, las decisiones adoptadas, son injurídicas, se ha desconocido la presunción de inocencia, se ha impuesto la responsabilidad objetiva, se

ha contrariado la Constitución y la ley al negarse la nulidad y declararse infundado el impedimento, la función pedagógica de la Corte no se ha cumplido, el objeto de la investigación no se ha logrado, se ha faltado a la verdad del proceso y pruebas que son esenciales han sido negadas por inconducentes y rechazadas cuando se han practicado válidamente en otro proceso".

3º El señor fiscal delegado ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, a cuyo cargo estuvo la acusación en la etapa de la causa, intervino en la audiencia de sustentación para reiterar la solicitud de condena, al considerar que de los elementos de juicio allegados surge la certeza de que la funcionaria prevaricó en la providencia donde ha debido, en rigor y en derecho, proferir resolución acusatoria en contra del secretario del Juzgado 29 de Instrucción Criminal. A espacio se refirió a cada uno de los argumentos defensivos para oponer a ellos su análisis probatorio que, en definitiva, le permitió en su momento, presentar la petición de condena y ahora solicitar la confirmación de la sentencia recurrida.

La Corte:

I. Aspecto previo:

1.1. La Sala se referirá en primer término a la situación relacionada con la denegación de la práctica de unas pruebas pedidas por la defensa en la etapa de la causa, pues de concluirse que el rechazo tiene alguna repercusión en el pleno ejercicio del derecho de defensa de la procesada, ello enervaría el análisis de la sentencia condenatoria recurrida.

Pues bien:

a) Frente a la inicial solicitud de pruebas, el Tribunal se pronunció expresamente sobre su inoportunidad por la inconducencia de aquellas, al carecer de aptitud legal para atacar el enjuiciamiento, que tenía un núcleo probatorio bien definido en cuanto al hecho concreto imputado y sus circunstancias. Como en este caso las solicitadas apuntaban en otro sentido, esa Corporación incluyó como aval de la denegatoria el siguiente razonamiento: "Empero, este asunto no versa sobre un proceso de calificación de conocimientos de la doctora Valderrama de Peña; no versa sobre averiguación para establecer su criterio jurídico o respecto de su ética, a lo largo de su experiencia como funcionaria de la Rama Jurisdiccional; ni se trata de una causa para verificar su capacidad de organización de una oficina judicial. Tampoco para conocer las incidencias de una investigación por hechos que no afectan en nada a los que dieron origen a este plenario" (fl. 277);

b) Esa negativa se mantuvo —con los mismos argumentos jurídicos— cuando la defensora pretendió durante la diligencia de susten-

tación del recurso en segunda instancia presentar algunas de las pruebas negadas. Y como en esta diligencia volvió sobre el tema, haciendo incluso referencia expresa a aquellas probanzas que en las dos oportunidades anteriores habían sido inadmitidas por el Tribunal *a quo*, esta Sala debió precisar la improcedencia de adoptar una decisión relacionada con la práctica de aquellas pues ello implicaría "abrir un debate probatorio" de imposible ocurrencia dada la *sui generis* y especial naturaleza de la audiencia, circunscrita exclusivamente a escuchar la sustentación oral del recurso.

1.2. Esta secuencia procesal, lleva a concluir que no se ha dado en la foliatura una denegatoria de pruebas de manera caprichosa o arbitraria que pudiera proyectar efectos nocivos hacia el ejercicio del derecho de defensa. No. La negativa se sustentó en razonamientos adecuados, lógicos y ponderados y con acatamiento de la normatividad vigente sobre la necesidad, conducencia y pertinencia de la prueba. Además, la decisión adoptada por el Tribunal dentro de la etapa probatoria respectiva encuentra válido marco de referencia en la función de dirección del proceso por parte del juzgador, facultad que le permite examinar los planteamientos de los sujetos intervinientes para concluir en la viabilidad o no de sus peticiones.

1.3. Ni tampoco se encuentra vulneración alguna al derecho de defensa durante las fases de investigación previa e instrucción, porque en su decurso, la doctora Gladys Valderrama de Peña acudió a rendir las explicaciones que de ella exigía la jurisdicción bajo amplias garantías para el ejercicio de su defensa. Desde la versión sin juramento, la acusada ha estado representada por la misma profesional del derecho, contando igualmente con un haz de garantías para la actuación efectiva del mandato conferido. Lejos de emerger alguna afectación de ese derecho en el punto relativo a la práctica de pruebas, lo que se observa nítidamente es que la defensa ha contado con oportunidades claras y reales de intervención en el expediente, sin limitación ninguna. Obsérvese cómo la misma abogada afirma que inicialmente no depreció pruebas porque estaba convencida de que no se produciría resolución acusatoria, manifestando ulteriormente que no apeló de la providencia que le negó la práctica de algunos medios de convicción solicitados en la causa, porque aspiraba a una pronta definición del proceso. Argumentaciones que indican —sin lugar a dudas— que aquella y ésta tuvieron oportunidades suficientes para el ejercicio real de las facultades defensivas.

1.4. Descartada, entonces, la presencia de una posible vulneración al derecho en comento —lo que traduce en este ámbito la validez plena de la actuación cumplida— procede el análisis de fondo de la sentencia impugnada.

II. Entonces:

2.1. Como bien se sabe, a la procesada doctora Gladys Valderrama de Peña —quien para la época de los hechos desempeñaba las

funciones de Juez 56 de Instrucción Criminal de la ciudad— se la acusa de haber incurrido en el delito de prevaricato por acción al proferir una decisión judicial contraria a la ley. Como tal se ha catalogado la orden de reapertura de investigación ordenada dentro del proceso penal que por el delito de concusión se tramitaba contra Luis Alberto Penagos Rodríguez, exsecretario del Juzgado 28 de Instrucción Criminal, cuando se contaba dentro del expediente con prueba suficiente e idónea para sustentar una resolución acusatoria.

2.2. No hay incertidumbre alguna de que la conducta imputada a la doctora Gladys Valderrama de Peña se subsuma dentro de las previsiones del artículo 149 del estatuto punitivo, que trata del delito de prevaricato por acción, tipo penal que exige para su estructuración de la presencia de un sujeto activo calificado (empleado oficial) y el proferimiento de una resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley. Cuanto al primero de los requisitos, tiénese que con los medios usuales de prueba, procesalmente quedó establecido que para la fecha de los hechos investigados, la acusada desempeñaba las funciones de Juez 56 de Instrucción Criminal de esta ciudad. Con esa calidad dictó la providencia catalogada como prevaricadora. Y en cuanto al segundo de aquellos presupuestos, es de ver que, el contenido de injusto del hecho se acomoda al disvalor de la figura delictiva enunciada, toda vez que la empleada acusada, obrando dentro de la esfera de su actividad funcional, profirió decisión contraria a la ley, al desatender dentro del proceso que tramitaba contra Luis Alberto Penagos los elementos de juicio existentes que orientaban la decisión hacia una resolución acusatoria. Tal proceder lo realizó con argumentaciones desasidas de la realidad histórica y del propio acervo probatorio.

2.3. Del comportamiento reprochado a la doctora Valderrama de Peña, cabe pregonar en el ámbito de lo prohibido, su antijuridicidad material al lesionarse el interés jurídico que el legislador ampara a través del Capítulo VII del Título III, Libro Segundo del Código Penal bajo la denominación de prevaricato. Con este delito se resguardan y protegen —en el sentido más amplio de la expresión— los intereses relativos a la Administración Pública, que en el específico caso de los jueces, se ven menoscabados cuando éstos, apartándose de los parámetros dentro de los cuales deben actuar, producen decisiones que reflejan un detrimento de esa función pública que se les confía desde el momento mismo en que asumen el cargo, aparejando inseguridad para los ciudadanos y desorden y descrédito para la propia Administración. La acción imputada no aparece cubierta por normas permisivas —legales o supralegales— que excluyan la antijuridicidad de la conducta.

2.4. Tampoco se observan motivos o razones que afecten el juicio de desaprobación que se imputa a la doctora Valderrama de Peña por existir conocimiento y voluntad de realización del hecho. Y, menos aún, es asunto de incertidumbre en el expediente que la funcionaria

no sea la autora del injusto penal que se le espeta, porque fue ella quien realizó personalmente la conducta descrita en el tipo, concretándose a este nivel de participación, la realización del comportamiento prohibido.

2.5. Débese colegir, entonces, que en autos ha quedado debida y legalmente demostrada la responsabilidad penal que le cabe a la doctora Gladys Valderrama de Peña porque como viene de precisarse, nada excusa la conducta desviada y, por el contrario, todo confluye a pregonar esa responsabilidad. Los cargos que en su oportunidad se formularon en su contra no fueron desvirtuados durante la etapa del juicio. Por tanto, el análisis realizado entonces, por la Corte, que puso de presente el distanciamiento de la decisión cuestionada con la realidad procesal que tuvo como soporte, conserva hoy plena vigencia. Bien está, entonces, recordar los alcances de aquellas reflexiones:

> "Con el fin de establecer la veracidad del anónimo sobre presuntas irregularidades cometidas por Penagos, al exigir dinero a un sindicado a cambio de un resultado procesal favorable a sus intereses, se adelantó la investigación por parte de la acusada. Para tal fin escuchó a la inmediata superiora de Penagos, la doctora Fabiola González, Juez Veintinueve (29) de Instrucción Criminal, así como a sus colegas doctores César Tulio Lozano, Juez Veintitrés (23) de Instrucción Criminal y María Elsy Herrera, Juez Once (11) Superior, lo mismo que al oficial mayor del Juzgado Veintinueve (29), Arnulfo Sarmiento compañero de Penagos.
>
> "Según su parecer, 'aparecen varios indicios que comprometen la responsabilidad del procesado (como) la circunstancia de que insistió y de manera indirecta incidió en que la calificación del sumario seguido en contra de Ariza Mateus, fuera de reapertura de la investigación a pesar de que la titular del Juzgado había dejado la orden que dicha calificación debía ser con resolución de acusación, amén de que aprovechó que la mencionada juez se encontraba en vacaciones; e igualmente el hecho de haber aceptado ante su Superior haber recibido la suma de cincuenta mil pesos de manos de Ariza Mateus'.
>
> "A pesar de esas tres afirmaciones categóricas (influir dolosamente en la decisión de un juez, aprovechar la ausencia de la titular del Despacho y aceptar ante su superior la recepción de dinero por ello), la procesada asegura en el párrafo siguiente que: ' ..tales indicios no revisten la gravedad indispensable como para ser fundamento para proferir una resolución de acusación en contra del encartado, pues la investigación requiere de otros elementos de juicio para llegar a una decisión recta y justa'.

"La contradicción salta a la vista, pero no se trata de una simple equivocación. Los argumentos que esgrime como fundamento presto tergiversan la realidad procesal, señalando una acción dolosa. Obsérvese:

"Luego de indicar la oposición entre '...las expresiones tanto del perjudicado como del procesado...', pues mientras el uno acusa, el otro se limita a negar los cargos, se dedica a restarle importancia a la prueba de cargo. Su contundencia como por arte de birlibirloque, es transformada en debilidad. De esta manera el prevaricato hace su aparición.

"Primera frase: 'En cuanto a las exigencias que mediaron en la conducta delictiva no contamos con más elementos de juicio'. Mendaz afirmación. En su declaración, una juez de la República, por añadidura la superiora jerárquica de Penagos, es contundente en su testimonio. Después de relatar su encuentro con el Juez Veintitrés (23) de Instrucción Criminal, César Tulio Lozano, quien la enteró de las '...conductas deshonestas del señor Penagos (por) exigir dinero al procesado Jaime Ariza Mateus cuya vinculación radicaba en un proceso por peculado que se adelantaba en el Despacho ... a fin de obtener una decisión favorable en la correspondiente exigencia sumarial', habla de su encuentro con el propio Ariza quien '...me confirmó personalmente el hecho de que Alberto Penagos le había exigido la suma de $ 50.000.00 ... posteriormente lo había solicitado más dinero con el argumento de que al regresar la suscrita al Juzgado, ya no podía hacer nada, cosa a la que el señor Ariza no accedió por no contar con los medios económicos suficientes...'.

"A continuación habla de la llamada telefónica que de común acuerdo con ella le hiciera Ariza a Penagos, escuchando la declarante por una derivación '...cuando el señor Ariza le decía a Alberto Penagos que yo estaba investigando y haciendo preguntas que lo comprometían a él, refiriéndome a Penagos, Alberto Penagos le dijo a Jaime Ariza que por ninguna razón fuera a decir que lo conocía y menos que lo estaba ayudando en el proceso que cursa en el Juzgado, que lo que él le estaba haciendo era un favor...'.

"Después recuerda la conversación que sostuviera con el propio Penagos. Según su versión, al reclamarle por su proceder '...aceptó, es decir que en ningún momento negó que hubiera recibido dinero de manos del señor Ariza Mateus, es más, me dijo que simplemente habían sido $ 50.000.00...'. Complementa su aserto hablando de la charla que tuviera con el sustanciador Luis Sarmiento sobre la decisión a favor de Ariza '...y él me contestó que había consultado con la doctora Nubia Edith pero que al parecer Alberto Penagos con

anterioridad había hablado con ella en el sentido de sugerir decretar la reapertura, pero que de todas maneras el que había insistido en que se debía reabrir la investigación había sido Alberto Penagos, me comentó también Luis Arnulfo Sarmiento que él había dicho ... que me iba a llamar telefónicamente para consultarme esa determinación a lo que el señor Penagos manifestó que la juez era la que estaba en el Juzgado y no yo que estaba en licencia'. Sarmiento, en su testimonio, confirma las palabras de la juez. Su informe es claro. Cuando Penagos le aconsejó que la mejor decisión en el asunto de Ariza era la reapertura de la investigación, Sarmiento quiso llamar a Fabiola González 'porque se había comentado que la decisión era proferir una resolución acusatoria y Alberto Penagos se opuso de manera inmediata...', dándole diversas razones. Enterada la doctora González de la determinación, llamó a Penagos '...y le dijo que cómo era posible o que cómo había permitido que se dictara una reapertura cuando debía proferirse la resolución y éste contestó que eso eran cosas de la doctora Nubia Edith Hernández y mías...'.

"Una deposición más. La del Juez 23 de Instrucción Criminal, doctor César Tulio Lozano. Por una compañera de estudios se enteró de las exigencias de dinero que Penagos le estaba haciendo a Ariza, confirmándolas personalmente con el perjudicado, hecho que lo motivó a poner el caso en conocimiento de la superiora de Penagos, Fabiola González, produciéndose la llamada telefónica a que ha hecho mención. Sobre el particular habla de las palabras de Ariza sobre los $ 100.000.00 que le había dado y aunque la respuesta de Penagos no la pudo escuchar entendió, '...por las manifestaciones de asombro de la doctora Fabiola, que su secretario aceptó tal hecho y me parece que le rogaba que no le contara a la doctora Fabiola eso'.

"Declaraciones claras, prolijas, que se complementan entre sí, amén de creíbles, por la misma calidad de las personas que las emiten, sin que en ninguna de ellas se perciba razón diferente que la de ofrecer la verdad al proceso.

"No obstante, la acusada reniega de la información que proporcionan y sigue enhebrando la cadena de equívocos que le permitirán llegar a su decisión provaricadora. En estas condiciones se produce la segunda frase, con la pretensión de crear duda sobre la adecuación típica de la conducta: '... No hemos logrado determinar si el dinero fue solicitado por el procesado o si, por el contrario, fue un ofrecimiento del perjudicado...'. Como quiera que frente a esta afirmación surge en la memoria lo relatado por la juez González Arévalo

en su entrevista con Penagos, la encartada procede a 'aclarar': '...pues a pesar de que aquél admitió ante su superior haber recibido la suma de ciencuenta mil pesos, lo cierto es que la doctora ...no es concreta en su declaración...'

"Es ostensible que esta explicación no responde sino a un intento por manipular las noticias procesales. Recuérdese lo dicho por el juez Lozano sobre su encuentro con Ariza Mateus. Su primera impresión sobre éste ('pusilánime'), capta su deseo de contar lo sucedido y la angustia que sentía por no poseer el dinero que le exigía Penagos. El llanto era su reflejo exterior. Además, si es cierto que Ariza le dio dinero a Penagos y éste le cumplió cabalmente (la muestra se encuentra en la decisión de reapertura), ¿qué necesidad había para que Ariza se resolviera a contar su delito a otras personas? Es obvio que sólo la exigencia reiterada de dinero lo desesperó, obligándolo a comunicar lo que sabía.

"Finalmente, esgrime una razón baladí que confirma aún más su proceder reprochable. Habla de las contradicciones existentes entre la suma de dinero entregada a Penagos, buscando restarle credibilidad a lo dicho por dos jueces de la República y el empleado subalterno manipulado por Penagos, sobre lo fundamental, esto es, la comprobación del proceder delictuoso del secretario. Se refiere en esta ocasión la funcionaria procesada a los diferentes montos que mencionan Ariza ($ 200.000.00) y Fabiola González ('Penagos le dijo que fueron cincuenta mil pesos'). Es claro que aquí la doctora González únicamente se limitó a referir lo que un angustiado sujeto, con palabras entrecortadas, le estaba diciendo. Nada más. La disparidad no alcanza siquiera a conmover los cimientos de la hasta ese momento, vigorosa prueba de cargo.

"Pero, pese a esto, la juez decide la reapertura de la investigación porque 'se hace indispensable ahondar más en la investigación en aras de llegar a la verdad real' " (?).

Imperioso resulta concluir, entonces, que la funcionaria acusada desatendió los elementos probatorios que orientaban de manera segura e inequívoca el proceso de que se viene hablando, hacia la producción de una resolución acusatoria. También que incurrió en contradicción consigo misma pues luego de afirmar ante una misma prueba, el compromiso penal del sindicado Penagos, más adelante la minimiza en su exacta connotación, para negar lo que antes había afirmado, "violentando, con ostensible conocimiento —como lo puntualiza el Tribunal—, las leyes de la contradicción, según las cuales no se puede ser y no ser al mismo tiempo y desde el mismo aspecto".

Su responsabilidad es, pues, incuestionable. Como así lo determinó el Tribunal de instancia.

2.6. Es deber de la Sala —a continuación— referirse a los restantes argumentos planteados por la defensa a través del escrito impugnatorio y la disertación oral en la audiencia de sustentación.

En esto tenemos:

a) Resalta la abogada defensora que en este caso no existió señalamiento de las normas que se consideran contrariadas con la orden de reapertura. Es cierto que el Tribunal no incluyó en la sentencia impugnada una referencia expresa sobre el particular. Pero de frente a los argumentos que sobre el punto se esgrimieron, es de advertir —sin duda ninguna— que se hizo mención al contenido material de los preceptos que dolosamente desatendió la incriminada, en forma tal, que su entendimiento y precisión no ofrecen dificultad. Así, el artículo 249 que impone al funcionario el deber de fundamentar sus decisiones en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas al proceso. El artículo 253 que si bien da paso a la libre apreciación de las pruebas con prescindencia del sistema tarifario, enmarca aquella libertad dentro de las reglas de la sana crítica, de las cuales forman parte los criterios de la lógica y las reglas de la experiencia, unas y otras contrariadas ostensiblemente por el análisis que precedió a la orden de reapertura. Y, finalmente, el artículo 470, *ibídem*, que señalaba los requisitos sustanciales para el proferimiento de la resolución acusatoria que por fuerza debió adoptar la inculpada;

b) Protesta la defensa porque no se han señalado los elementos de convicción de los cuales emerge la faz espiritual o inmaterial de la conducta atribuida a la doctora Valderrama de Peña. Este argumento ya había sido esgrimido cuando se apeló la resolución acusatoria. La Corte, desde esa oportunidad, incluyó la siguiente precisión cuya vigencia permite recordar sus planteamientos. Allí se dijo lo siguiente:

> "Finalmente, tampoco la Colegiatura se muestra de acuerdo con la memorialista cuando señala su extrañeza por no encontrar en las argumentaciones del Tribunal un análisis sobre la culpabilidad, deduciendo que '...ello debe obedecer a la ausencia absoluta de indicio o prueba que señale la intención de vulnerar la ley...'.
>
> "No obstante, la 'extrañeza' es de la Sala ante la argumentación pues el *a quo*, ciertamente sí analiza los elementos de prueba recaudados para encontrar los indicios graves de responsabilidad con miras a edificar la resolución de acusación. Como tales señala el tratamiento de 'ambivalente, equívoco, escaso de toda credibilidad...' que se le diera al testimonio de Fabiola González, advirtiendo que '...no encuentra ponderado ... que se discuta el alcance probatorio de esa versión juramentada, como que el señor Penagos le reclamo el por qué se preocupaba tanto en la medida en que lo ocu-

rrido no había sido cuando ella ejercía el cargo y que solamente había recibido 30 mil pesos'. A continuación explica que no existen referencias para pensar que desee el perjuicio del secretario, amén de encontrar apoyo en el testimonio del doctor Lozano.

"Como otro indicio importante, pone de resalto, la inadmisibilidad de la indagatoria de Penagos por su carencia de credibilidad, pues de su examen no se extrae sino la mendacidad de su juicio. Al respecto indica un 'indicio de mentira' que se desprende de su supuesta entrevista con Ariza, en la cual le advierte que no se le ocurra ofrecer dinero, aunque lo autoriza para llamarlo al Juzgado. Es claro, que al deformar la esencia de la injurada, otorgándole un valor mayúsculo que minusvalora la restante prueba de cargo, la juez acomodó torticeramente la realidad probatoria. Es por ello que el Tribunal se ocupa de analizar con esmero las diligencias que tenía ante sí la funcionaria, con el fin de encontrar su intención y voluntad prevaricadoras, sin que ello signifique una 'transpolación de pruebas' —como lo asegura la recurrente— tomándose las del expediente contra Penagos como las que edifican la responsabilidad de la doctora de Peña. Son simplemente el medio para predicar su presunta responsabilidad.

"En este sentido debe entenderse a la Corporación cuando manifiesta que '...existe otro indicio grave: Ariza Mateus recurrió a su compañera de trabajo ... para informarle que ya no podía dar más dinero al mencionado secretario, ésta le comentó el hecho al doctor Lozano, y éste, a su turno procedió en la forma como ya se relacionó'. Luego aclara que '...se está frente a un hecho indicador demostrado de concusión...'. Si teniendo, ante sí esta prueba indiciaria de inocultable gravedad, prefirió desconocerla, es evidente que surge a su vez, un indicio de suma importancia que permite deducir el dolo en la conducta de la acusada".

Desde luego que sí se cuenta en autos con factores probatorios suficientes para considerar demostrado el elemento subjetivo del tipo por el cual se procede, lo que elimina de contera y sin necesidad de mayores argumentos adicionales, la eventual atribución de responsabilidad objetiva a que ha hecho expresa referencia la defensa.

Y no sufre afectación ninguna este elemento por ausencia de motivos determinantes de la conducta enjuiciada, pues como bien lo ha reiterado esta Sala, la "demostración del dolo es independiente de la prueba del motivo que determina el sujeto activo a consumar el hecho típico, de manera que aún siendo importante establecer cuáles fueron las razones que movieron su voluntad, bastará para acreditar la culpabilidad con probar que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud

de la conducta que se le ofrecía, y se orientó con libertad a su ejecución" (Providencia de abril 15 de 1993. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda).

c) Finalmente y frente a situaciones suficientemente dilucidadas —que también han sido nuevamente esgrimidas por la letrada actuante— como aquellas relacionadas con una eventual nulidad por la intervención en este proceso de dos magistrados que, a su turno, suscribieron la orden de expedición de copias para que se investigara la conducta de la doctora Valderrama de Peña y el posible impedimento que pudiera predicarse de quienes actuaron en la etapa instructiva, no corresponde argumentación diferente a precisar que se trata de situaciones procesales oportuna y adecuadamente definidas por la Corte.

2.7. Adecuándose, pues, la conducta investigada a las prescripciones del artículo 149 del C. P., habiéndose vulnerado sin justificación alguna el bien jurídico de la Administración Pública y luego de demostrarse que la acusada obró con conciencia y voluntad de proferir resolución contraria a la ley, concluyese en su responsabilidad, a título de autora, con la certeza exigida por el artículo 247 del C. de P. P. Por ello fue correcto el proferimiento de sentencia de condena en su contra.

Cuanto a la pena privativa de la libertad que se dosificó en doce (12) meses de prisión, la Sala advierte que el Tribunal no tuvo en cuenta la causal genérica de agravación prevista en el numeral 11 del artículo 66 del C. P., esto es, la posición distinguida que ocupaba la procesada dentro de la sociedad por el cargo que desempeñaba. Este incremento punitivo resultaba aplicable. Empero, dada la prohibición constitucional y legal de agravar la pena cuando el condenado sea apelante único nada puede proveerse sobre el particular (art. 31 de la C. N.).

En este contexto se observa que el Tribunal impuso a la procesada la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, con categoría de sanción accesoria.

Un ordenamiento tal que desconoce la integración punitiva que trae el artículo 149 del C. P. —prisión e interdicción como pena principal— reclama el correctivo legal que sin vulnerar la garantía constitucional contenida en el artículo 31 de la Carta Política, por no entrañar agravación efectiva de la pena, sino precisión de su naturaleza, la acomode —por contrario— a los precisos parámetros del principio de legalidad de las penas.

Se modificará, entonces, el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, para precisar que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas en este caso es principal y concurrente con la de prisión, y que conservará idéntico límite temporal al de la pena privativa de la libertad, esto es, el de un (1) año va fijado en primera instancia.

Ningún reparo tiene la Sala respecto de la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional. A ese beneficio tiene derecho la doctora Valderrama de Peña, pues los datos que el informativo guarda sobre su preparación intelectual, su dedicación al trabajo y su excelente conducta anterior, unidos al quantum de pena impuesta son suficiente sustento para ello. Por último, es acertado el criterio del Tribunal con relación a los daños y perjuicios al no existir como lo dice el *ad quem*, "bases en el proceso para establecer la causación de éstos".

Ahora bien, según las voces del artículo 69 del C. P., al otorgarse la condena de ejecución condicional "...el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes". En el presente caso, el Tribunal, partiendo de tal discrecionalidad, no consideró del caso, hacer efectiva la pena de interdicción de derechos y funciones públicas. Sobre el particular la Corte no puede hacer otra cosa que avalar tal decisión pues reprobarla causaría un perjuicio a los intereses del procesado.

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:

Modificar el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en el sentido de imponer como principal, no como accesoria, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la privativa de la libertad. *Confirmar* el fallo recurrido en todo lo demás.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, con salvamento de voto; *Jorge Enrique Valencia Martínez*, aclaro mi voto.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (ACLARACION DE VOTO) / SENTENCIA

Insiste la Sala mayoritaria en considerar que en la sentencia pueden deducirse las circunstancias de agravación punitiva (art. 66 del C. P.) sin que tal proceder vulnere el derecho de defensa del imputado, cuando lo correcto es su aplicación en el pliego de cargos, o como ahora se dice, con alabada técnica resolución de acusación.

Insisto la Sala mayoritaria en considerar que en la sentencia pueden deducirse las circunstancias genéricas de agravación punitiva (art. 66 del C. P.) sin que tal proceder vulnere el derecho de defensa del imputado cuando lo correcto es su aplicación en el pliego de cargos, o como ahora se dice, con alabada técnica, resolución de acusación. Si es que acaso las cosas no han cambiado de nombre con tantas mudanzas de legislación y trastueques técnicos que de seguro, todo lo embrollan y todo lo complican. Y aunque crea yo que el concepto de la Sala no es de recibo sé que por mucho que diga siempre lo contrario, mi criterio, muy a pesar mío, no va a producir ningún efecto pues aquel se basta y el mío me basta. Dejemos las cosas así. Conforta saber que nada se concluye y todo se continúa.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra*.

DOLO / PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO)

Dos aspectos me distancian de la decisión mayoritaria de la Sala contenida en el fallo precedente:

El primero, la omisión de la referencia y el análisis de las explicaciones de la acusada sobre las razones que la movieron a actuar como se le critica.

El segundo, consecuencia del anterior, el sentido en el cual se profiere la sentencia, al dar por evidente la demostración del dolo con una relación a mi juicio incompleta de los elementos probatorios que debía sopesar la acusada al momento de proferir la decisión tildada de prevaricadora, como excluyente de otros factores informativos sobre su personalidad y actuación concreta en el caso reprochado, aspectos que obligadamente me fuerzan, así sea con brevedad las siguientes puntualizaciones:

1. Considero importante recordar en cuanto al contenido de la providencia por la cual respondió la doctora Valderrama de Peña, que en ella no fue la funcionaria ajena a las pruebas recaudadas, ni favoreció al procesado Penagos con esa amplitud que se le reprocha e insinúa, porque si bien es verdad profirió un auto de reapertura cuando a juicio de la Corte, que comparto, procedía una acusación, también es cierto que decretó la detención preventiva del sindicado bajo el cargo de concusión.

Haber proferido esa medida de aseguramiento es la mejor demostración de que las pruebas sí se valoraron y en su contenido incriminatorio, sólo que insuficientes para radicar acusación.

Las explicaciones que la doctora Valderrama dio dentro de este proceso como motivos que le impedían acusar se encuentran resumidas en sus intervenciones, y sintéticamente se refieren a la inexistencia de denuncia porque la averiguación surgió de un anónimo; al contenido de las versiones suministradas por el juez doctor Lozano, quien no tuvo ocasión de escuchar la conversación telefónica realizada en su oficina entre Ariza y Penagos; a las contradicciones en que incurrió la doctora Fabiola González cuando se refirió a los hechos, y a su conducta subsiguiente, incluidas las dubitaciones que la llevaron a omitir la formulación de una denuncia; a la no recepción de pruebas que tenía decretadas para el perfeccionamiento del sumario y que debieron

evacuarse por quien la reemplazó durante el tiempo en que hizo uso de sus vacaciones, y al hecho de haber hallado a su reincorporación ya clausurada la investigación, sin haber contado con inmediación en el recaudo de las pruebas de incriminación.

La obligada revisión personal del expediente me confirma ahora que las explicaciones de la doctora Valderrama son en su integridad exactas, de donde mi inconformidad porque no se haya dado una respuesta distinta a la insistencia sobre la forma como debió valorar parte de esos medios —así hubiese sido para llegar a las mismas conclusiones—, pues consultar la disposición subjetiva del agente al realizar el hecho obligaba disipar aquellas dudas cuya prevalencia en mi desprevenido ánimo impiden apoyar la determinación adversa.

Al contrario de lo afirmado por el Tribunal cuando revocó el auto de reapertura y dispuso investigar la conducta de la doctora Valderrama, la afirmación de la funcionaria fue veraz en cuanto sólo la doctora Fabiola González escuchó la conversación telefónica realizada entre Ariza y Penagos. Luego el dicho del doctor Lozano fue de oídas, y además tenía como fuente a una persona comúnmente calificada como pusilánime y predispuesta al llanto (Ariza), aspectos que el entonces Juez 23 de Instrucción había puesto de resalto.

Que a pesar de haber escuchado la conversación telefónica, de haber oído las explicaciones de Penagos y de aceptarle su renuncia, la doctora González no formuló la correspondiente denuncia fue otro hecho comprobado, a tal punto que la entonces Juez 29 de Instrucción tuvo que afrontar un sumario por el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia. La explicación que para el proceso penal contra su subalterno dio la doctora Fabiola se refirió a la carencia de prueba suficiente para incriminarle, pero frente a ella el razonamiento de la doctora Valderrama ni es forzado ni acomodaticio cuando expresa:

> "Es bastante discutible la aseveración de la aceptación que se dice hizo el secretario de haber recibido dinero, porque si la doctora Juez 29 de Instrucción en realidad hubiera sido receptora de esa afirmación, no entendemos el motivo por el cual en las dos ocasiones en que rindió declaración en el expediente dice que no denunció al secretario porque no tenía o contaba con las pruebas suficientes y valederas para fundamentar los hechos de que se acusaba a Penagos, por estas razones no se le dio la absoluta credibilidad...".

La acusada subraya además, y es esa otra afirmación que cuenta con suficiente respaldo en el proceso, cómo la doctora Fabiola había sido inexacta al sostener que de los hechos había enterado a su colega la Juez 11 Superior, porque sin haber tenido siquiera la iniciativa para buscar a esta funcionaria y prevenirla, cuando la doctora Elsy Herrera la llamó para indagar por la conducta de Penagos, la juez González se

limitó a confirmarle que había tenido problemas con el subalterno pero sin llegar a explicarle de qué hechos se trataba.

Tratábase de circunstancias nada ajenas al manejo de la valoración demostrativa, que tampoco abunda más allá de los elementos que precisa el fallo de la mayoría, limitaciones probatorias de las cuales se quejaba precisamente el calificatorio.

2. He destacado estos aspectos, y aún añado que a favor de la doctora Valderrama el Tribunal le cesó procedimiento por el cargo de prevaricato omisivo admitiendo ausencia de culpabilidad por la demora en definir la situación provisional del indagado, porque lejos de acreditarse en el expediente qué motivos pudieron conducirla a apartarse voluntaria, abrupta y maliciosamente de la ley, la sentencia que ahora le afecta destaca con ceñimiento a la verdad, que su comportamiento anterior no estaba dentro de un término medio y ni siquiera se califica de bueno sino de *"excelente conducta anterior"*, expresión que no sólo impacta la retina teniendo como destinataria a la afectada de un fallo de condena, sino que obliga a mi juicio la necesidad de auscultar el por qué de un cambio tan súbito y definitivo de comportamiento en persona sana, y para más funcionaria que siempre había procedido hasta entonces con rectitud, con celo y con esmero.

Es verdad, y así lo trae a memoria la sentencia, que en decisión de abril 15 de 1993 sostuvo esta Corporación en providencia de la cual fui ponente, que la demostración del dolo es independiente de la prueba del motivo o motivos que determinaron a la comisión del hecho, concepto en el cual me ratifico y reafirmo, sólo que en toda la integridad de su contexto, pues a renglón seguido se advirtió allí, como correspondía, la invariable necesidad de acreditar el dolo, que ni puede presumirse, ni excusa su demostración con la sola consideración de la gravedad del hecho cometido, menos en casos como el presente donde la objetividad no dice todo, pues como he intentado trasladarlo a este salvamento, es evidente que la funcionaria sí sopesó la prueba y con base en ella profirió la detención del para aquel entonces procesado señor Penagos, circunstancia que aproxima válidamente a concluir que pudo darse de su parte una apreciación crítica errada al desestimar el mérito que surgía para acusar, mas no por esa sola circunstancia constituía malicioso y definido desconocimiento y violación de un deber legal sabido.

Estimo, pues, y así concluyo, frente a la valoración final e integra de los elementos allegados, que la culpabilidad dolosa de la acusada no se logró probar en la medida que exige un fallo de condena, de modo que por respeto hacia la presunción de inocencia que le garantizaba la Constitución Política, la doctora Gladys Valderrama de Peña ha debido resultar absuelta.

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado.

Santafé de Bogotá, febrero 8 de 1994.

VIOLACION DEL REGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

De conformidad con el artículo 1494 del Código Civil, "las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones;...". Y el artículo 1495 ibidem define el contrato o convención como el acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Entre varias clases de contratos, el artículo 1500 de la citada obra define el contrato consensual como aquel que se perfecciona con el solo consentimiento, vale decir por el simple acuerdo de voluntades. / Estos precedentes normativos indican a las claras que la forma no es elemento de la esencia del contrato consensual, dentro del cual se matricula el contrato de prestación de servicios, sino el acuerdo de voluntades. / El artículo 16.3 del Estatuto Contractual (Decreto-ley 222 de 1983), taxativamente señala como contrato administrativo el de prestación de servicios, que aparece definido en el artículo 163 ibídem, como "el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta" y el 164 del Estatuto señala como contrato de prestación de servicios, entre otros, el de "publicidad".

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 09, febrero 3 de 1994.

Vistos:

Celebrada la audiencia pública en este proceso, la Sala procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda frente a la acusación

formulada por el señor fiscal delegado ante esta Corporación contra el exgobernador del Departamento del Cesar, doctor *Adalberto Ovalle Muñoz*, por el delito de "violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades" que se halla previsto en el artículo 144 del Código de Procedimiento Penal.

Se excluye del juzgamiento a la coprocesada doctora *Adolfina Beatriz Morales de Arias*, por cuanto la Corte perdió competencia con la aparición de la Ley 81 de 1993, artículo 14, y se dispuso por auto del 22 de los corrientes la compulsa de fotocopias de todo el proceso con destino al Juzgado Penal del Circuito (Reparto) de Valledupar, el competente por la naturaleza del asunto, al producirse la ruptura de la unidad procesal, para dictar la sentencia correspondiente.

Antecedentes:

Siguiendo una vieja tradición, a comienzos del año 1991 varias empresas radiales (emisoras) de Valledupar (Cesar) le ofrecieron a la Gobernación de ese Departamento algunos cupos publicitarios en sus espacios radiales. El ente territorial, respondiendo a esa misma costumbre, dio curso a las distintas propuestas que en la región se conocen como "pautas publicitarias" y así llegaron al despacho del señor gobernador, en ese entonces, el doctor Adalberto Ovalle Muñoz, quien les otorgó el visto bueno, no sin antes hacerles algunas observaciones.

En tales condiciones, las propuestas pasaron a la oficina de la Secretaría de Hacienda Departamental a cargo en esa época de la doctora Adolfina Beatriz Morales de Arias, quien en desarrollo de su actividad oficial expidió los respectivos actos administrativos que en ese argot se conocen como "órdenes de trabajo" y en virtud de los cuales la administración contrataba la prestación de servicios publicitarios con las emisoras proponentes.

De estas policitaciones (ofertas y aceptaciones) o procedimiento de contratación, la única que presentó tropiezo (formal y sustancial) fue la relacionada con la orden de trabajo que se expidiera a la emisora "Radio Valledupar Ltda.", en virtud de la cual fue autorizada a transmitir cuñas publicitarias para combatir el contrabando a partir del 1º de febrero hasta el 31 de diciembre de 1991 (once meses), por un costo de $ 250.000.00, mensuales y global de $ 3.750.000.00. Tal fue el valor estipulado en este contrato consensual y de tracto sucesivo, de prestación de servicios, motivo por el cual su pago se pactó mes por mes.

El impase lo constituyó la denuncia penal que sobre el particular formuló por escrito el doctor Jesús Ramón Díaz Calderón en su condición de Contralor General del Departamento del Cesar, ante el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Valledupar, el día 13 de junio de 1991.

En ella da cuenta el rector del control fiscal del Departamento de dos circunstancias que por lo objetivas eran indesconocibles y por lo mismo debieron llamar la atención de los citados exfuncionarios para haberse abstenido de aceptar y aprobar la aludida pauta publicitaria:

Primera: Que el entonces gobernador, doctor Adalberto Ovalle Muñoz era socio capitalista de la empresa contratista o sociedad mercantil "Radio Valledupar Ltda." con 364 partes de interés social, según lo acredita el certificado anexo de existencia y representación, expedido por la Cámara de Comercio de Valledupar (fl. 5) y

Segunda: Que la gerente de la empresa publicitaria era su hija, la doctora Loly Luz Ovalle Angarita, la misma que aparece suscribiendo la propuesta de las pautas publicitarias por un costo de $ 300.000.00 mensuales (fl. 38, cuaderno anexos número 1).

Denunció también aquel funcionario que de conformidad con la Ordenanza 030 del 30 de noviembre de 1983, modificada por el Decreto 02 del 15 de enero de 1988, el contrato de prestación de servicios publicitarios entre la emisora "Radio Valledupar Ltda.", y la Gobernación del Cesar reclamaba que fuera consignado por escrito, en razón a su cuantía superior al límite legal de los 40 salarios mínimos legales que para la época de los hechos equivalían a $ 2.068.000.00.

Apoyándose en la certificación que adjuntó de la Cámara de Comercio de Valledupar, advirtió el denunciante que el denunciado era propietario de trescientos sesenta y cuatro (364) cuotas de interés social por valor de $ 364.000.00 en la sociedad mercantil "Radio Valledupar Ltda.", siendo gerente su hija Loly Luz Ovalle Angarita, y por lo mismo consideró el denunciante que los exfuncionarios transgredieron los artículos 9.3.4 del Decreto 222 de 1983; 30.3.4 (inhabilidades para contratar con entidades públicas); 51 y 52 del Código Fiscal, y que, en consecuencia, los mismos se hallaban incursos en los artículos 144 y 146 del Código Penal.

Actuación procesal:

Con base en lo anterior (fls. 1-20), el Juzgado Once de Instrucción Criminal de Valledupar dispuso, el 17 de junio del citado año, una averiguación previa, en cuyo interregno se produjo la ratificación de la denuncia (fl. 28) y se recibieron las declaraciones juramentadas de la denunciada doctora Adolfina Beatriz Morales de Arias (fls. 26-28) y de la hija del exgobernador implicado, doctora Loly Luz del Socorro Ovalle Angarita (fls. 27-30).

En este estado de la averiguación preliminar se percató el funcionario de Instrucción Criminal el 9 de julio siguiente (fl. 33), que carecía de competencia para instruir los hechos por cuanto uno de los sindicados, el doctor Adalberto Ovalle Muñoz, en su condición de go-

hernador del Departamento del Cesar estaba sometido a fuero constitucional y por lo mismo era la Corte Suprema de Justicia la llamada a conocer del asunto (art. 68.7 del Código de Procedimiento Penal).

Así fue como llegaron las diligencias a conocimiento de la Sala que por auto del 20 de agosto inició formal investigación penal (fl. 35), a la cual fueron vinculados mediante indagatoria los denunciados doctores Adalberto Ovalle Muñoz y Adolfina Beatriz Morales de Arias (fls. 87-103 y 105-115).

Precluida la investigación, ésta se declaró clausurada el 12 de marzo de 1992 (fl. 244), habiéndose presentado el único alegato precalificatorio por el señor defensor del coprocesado Ovalle Muñoz (fls. 248-255).

Con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991, art. 9º), el expediente pasó a conocimiento del fiscal delegado ante esta Corporación para lo de su competencia (fl. 257), funcionario que en desarrollo del sistema mixto con tendencia acusatoria, imprimió la calificación de la instrucción con *resolución de acusación* que dictó el 10 de mayo del corriente año contra los indagados doctores Adalberto Ovalle Muñoz y Adolfina Beatriz Morales de Arias, como presuntos autores responsables del hecho punible de violación del "Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades" previsto en el artículo 144 del Código Penal.

Como quiera que a los acusados no se les había resuelto la situación jurídica, en el mismo proveído les fue proferida medida de aseguramiento de la especie *conminación*, conforme a las previsiones del artículo 390 del Código de Procedimiento Penal, debiendo suscribir acta de compromiso en los términos del artículo 419 *ibídem*.

De igual manera, la citada providencia calificatoria *precluyó la investigación* en favor de los citados coprocesados en relación con el delito de "contrato sin cumplimiento de requisitos legales" de que trata el artículo 146 del Código Penal (fls. 270-289).

El juicio se rituó en esta Corporación en observancia del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal. En este trámite, el señor defensor del acusado doctor Adalberto Ovalle Muñoz solicitó la recepción del testimonio del periodista Galo Bravo Picassa, presentándolo como la persona con la cual "se realizó la *vinculación contractual*" (fl. 6, cuaderno de la Corte —bastardilla fuera de texto—), y presentó constancia expedida por la gerencia "Radio Valledupar" en relación con las cuñas radiales de que trata el proceso, para que la misma fuera tenida como medio de prueba (fl. 7).

Por auto del 8 de septiembre último, la Sala fijó el día 21 siguiente para dar comienzo a la diligencia de audiencia pública, y ordenó tener

como pruebas los documentos aportados por los defensores de los procesados y decretó la ampliación del testimonio del citado periodista Bravo Picassa (fl. 30).

Pero la audiencia hubo de ser aplazada para el 12 de octubre del corriente año, cuando *in extenso* se llevó a cabo con la participación de todos los sujetos procesales. En este debate el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se mostró de acuerdo con la acusación presentada por el señor fiscal delegado, y como éste, luego de una amplia y bien concebida disertación sobre los hechos que la prueba informa con holgura y objetividad, descarta la costumbre como causal de justificación aleguda por la defensa, al igual que el error de prohibición, y termina solicitando la emisión de una sentencia condenatoria.

Por su parte el señor defensor del procesado Ovalle Muñoz (fl. 51 infra) después de hacer varios planteamientos dirigidos a desvirtuar la antijuridicidad de la conducta, acudiendo incluso a enfoques de índole criminológico sobre la culpabilidad que descarta, solicita la absolución del acusado por razones que apoya esencialmente en la fuerza de la costumbre (fl. 68).

Consideraciones de la Corte:

1. La acusación formal que la Fiscalía Delegada le ha hecho al doctor Adalberto Ovalle Muñoz, exgobernador del Cesar, se concreta en que con su actuar materializó la conducta descrita en el artículo 144 del Código Penal que regula el delito de "Violación del Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades":

> "El empleado oficial 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".

2. El acopio probatorio que el proceso alberga, acredita sin objeción alguna:

2.1. Que el doctor Adalberto Ovalle Muñoz, desempeñó por la época de los hechos, el cargo de gobernador del Departamento del Cesar entre el 3 de septiembre de 1990, fecha de su posesión ante el Tribunal Superior de Valledupar y el 13 de junio de 1991, ambas fechas inclusive, cuando declinó el cargo para el que había sido nombrado por el señor Presidente de la República mediante Decreto 1925 del 23 de agosto de 1990 (fls. 85-86 y 159 del cuaderno principal).

2.2. Que en tal calidad (empleado oficial) le dio el visto bueno a la oferta que su hija, la doctora Loly Luz Ovalle Angarita, le hizo

en su condición de gerente y representante legal de la sociedad comercial "Radio Valledupar Ltda." (registro mercantil Nº 39-000422-3 del 31 de julio de 1972), para la emisión de cuñas radiales en pro de la campaña que la Gobernación adelantaba para combatir el contrabando, a razón de $ 300.000.00 mensuales (fl. 38, cuaderno anexo 1).

2.3. Que de acuerdo con el certificado de gerencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Valledupar, la doctora Loly Luz Ovalle Angarita era la gerente y representante legal de la empresa "Radio Valledupar Ltda." desde el 14 de septiembre de 1989 (fl. 4-5).

2.4. Que el exgobernante modificó la propuesta original en cuanto al valor mensual de la emisión, es decir, la rebajó a $ 250.000.00 mensuales, la cual empezaría a regir desde el 1º de febrero al 31 de diciembre de 1991, según autorización número 000715 expedida por la Secretaría de Hacienda Departamental del Cesar que igualmente contó con el visto bueno del mandatario seccional (fl. 13, cuaderno principal).

Tales autorizaciones, determinadas por la oferta de pautas publicitarias que hizo a la administración la doctora Loly Luz Ovalle Angarita en su condición de gerente de la emisora "Radio Valledupar Ltda.", excluyen como verdadera la manifestación del procesado en su indagatoria de que no recordaba haber autorizado el contrato de servicios tantas veces mencionado, fortaleciéndose finalmente esta premisa con el reconocimiento que hizo en la audiencia pública, aunque con la explicación de que no tuvo intención de enriquecimiento.

2.5. Que la doctora Adolfina Morales de Arias fue nombrada para ocupar el cargo de Secretaria de Hacienda Departamental del Cesar, en virtud del Decreto número 235 del 3 de septiembre de 1990 (fls. 52-55), habiendo prestado sus servicios del 5 de septiembre de 1990 hasta el 10 de julio de 1991 (fls. 50-51 y 108).

2.6. Que en cumplimiento de sus funciones señaladas en la Constitución, la ley y los reglamentos expidió la citada autorización a "Radio Valledupar Ltda." y luego elaboró y suscribió con el jefe de la Administración las Resoluciones números 000753, 001365, 001762 y 002294 del 8 de marzo, 17 de abril, 14 de mayo y 13 de junio de 1991 (fls. 8 y 18; 199 y 203, respectivamente en su orden).

3. La orden de trabajo (autorización) expedida por la Secretaría de Hacienda Departamental con destino a la emisora "Radio Valledupar Ltda." constituye un verdadero contrato consensual, para cuyo perfeccionamiento no requiere de formalidades *ad probationem* ni *ad sustantian actus*.

De conformidad con el artículo 1494 del Código Civil, "las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones;...". Y el artículo

1495 *ibídem* define el contrato o convención como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Entre las varias clases de contratos, el artículo 1500 de la citada obra define el contrato consensual como aquel que se perfecciona con el solo consentimiento, vale decir por el simple acuerdo de voluntades.

Estos precedentes normativos indican a las claras que la *forma* no es elemento de la esencia del contrato consensual, dentro del cual se matricula el contrato de prestación de servicios, sino el acuerdo de voluntades que en el caso *sub judice* se dio entre la administración departamental y la empresa "Radio Valledupar Ltda.".

Que en aquella sección administrativa no identificaban las órdenes de trabajo que se expedían para la emisión de cuñas radiales con el concepto formal y sustancial de lo que es un contrato, no significa que la oferta de pautas publicitarias y la aceptación por parte de la administración, no constituya en rigor legal un contrato de la especie de prestación de servicios.

El artículo 16.3 del Estatuto Contractual (Decreto-ley 222 de 1983) taxativamente señala como contrato administrativo el de prestación de servicios, que aparece definido en el artículo 163 *ibídem* como "el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta" y el 164 del estatuto señala como contratos de prestación de servicios, entre otros, los de "publicidad".

Significa lo anterior que la autorización expedida por la Secretaría de Hacienda Departamental del Cesar con el visto bueno del entonces gobernador doctor Adalberto Ovalle Muñoz, con destino a la empresa "Radio Valledupar Ltda.", constituye indefectiblemente un contrato de prestación de servicios.

4. Vistas así las cosas, es una realidad incontrovertible que el exgobernador doctor Adalberto Ovalle Muñoz, en ejercicio de sus funciones oficiales, intervino activamente en la celebración de un contrato de prestación de servicios entre la entidad que él dirigía y la emisora "Radio Valledupar Ltda.", con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en los artículos 51 y 52 del Decreto 222 de 1983, aplicables a los contratos que celebre la administración departamental por disponerlo así el artículo 5º de la Ley 19 de 1982, tal como lo sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 10 de diciembre de 1983, con ponencia del consejero doctor Paredes Tamayo, como también los numerales 3º y 4º del artículo 9º del citado estatuto, los cuales inhabilitan, el primero, para contratar con la administración a *la sociedad* en que *el empleado*

oficial tenga participación de su capital social, supuesto jurídico este que se satisface cabalmente con la titularidad que tenía el acusado Ovalle Muñoz de 364 partes sociales en "Radio Valledupar Ltda.", sin que importe para nada su participación minoritaria, y el segundo, por cuanto la inhabilidad se predica de quien desempeñe cargos de dirección en la sociedad mercantil contratista con la administración, como es el caso de la hija del exgobernador Ovalle Muñoz, doctora Loly Luz Ovalle Angarita, gerente de la empresa contratante.

En estas condiciones, es procedente formular juicio de responsabilidad al exgobernador doctor Adalberto Ovalle Muñoz, ya que su comportamiento se adecúa a cada uno de los supuestos jurídicos contenidos en el artículo 144 del Código Penal, pues participó en su calidad de empleado público, en la celebración de un contrato de servicios, con una empresa de la cual no sólo era socio, sino que además estaba gerenciada por su hija, con evidente violación del régimen de inhabilidades.

La costumbre que ha sido alegada por la defensa como causal de justificación unas veces, y otras como causal de inculpabilidad no puede ser de recibo, no sólo porque tal supuesto no viene aparejado en ninguna de las previsiones de los artículos 29 y 40 del Código Penal, sino porque "la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley", no pudiéndose alegar el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea (art. 8º de la Ley 153 de 1887).

La claridad literal de las disposiciones inherentes a los contratos y especialmente de los de naturaleza administrativa, de un lado, y relativas a las inhabilidades preexistentes para las partes contratantes, del otro, hacen imprósperа, también, la alegación de que las órdenes de trabajo no pueden interpretarse como un contrato, porque "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu" (art. 27 del Código Civil).

El doctor Adalberto Ovalle Muñoz, como bien lo refirió en su indagatoria y lo reiteró en la audiencia pública, se recibió como abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia; se especializó en universidad de París en Derecho Administrativo; se desempeñó como Juez Penal Municipal y Juez Penal de Circuito de Valledupar; secretario de Hacienda del Departamento del Magdalena; magistrado del Tribunal Superior de Valledupar, del cual fue presidente en dos períodos; secretario de Hacienda Departamental del Cesar; diputado a la Asamblea del mismo departamento en varios períodos (1972-1982); representante a la Cámara del que fue su vicepresidente y luego presidente; miembro de la Junta Nacional de Analac y de su Seccional de Valledupar, lo cual le representa un alto índice de experiencia profesional, que permite pensar fundadamente que conoce, como el que más, los términos de la ley y más aún si ésta tiene todas las afinidades en la cuestión administrativa en que él se ha desenvuelto profesionalmente.

Es que su actividad no fue simple: Primero aceptó la oferta, no sin antes discutir el costo inicialmente fijado por su hija la doctora Loly Luz Ovalle Angarita, el que rebajó a $ 250.000.00 mensuales; segundo, dio el visto bueno a la autorización que la Secretaría de Hacienda Departamental expidió para que la emisora iniciara las transmisiones publicitarias, y después suscribió las respectivas resoluciones en virtud de las cuales se disponía el pago de la prestación del servicio pactado.

Como bien lo advirtió el señor Procurador Delegado en la audiencia, al conocimiento cierto y seguro de la existencia de inhabilidades en doble sentido para la contratación del servicio publicitario, se suman otras actitudes del exgobernante frente a las órdenes de trabajo autorizadas a las distintas emisoras locales, que demuestran su ánimo de favorecer con su doloso comportamiento a la entidad gerenciada por su hija.

1º A la empresa Radio Valledupar le fueron autorizadas transmisiones por once meses vale decir superior al cincuenta por ciento del tiempo concedido en las demás órdenes de trabajo para otros espacios radiales (fl. 37).

Así por ejemplo, a la emisora "Cañaguate", programa "Testimonio 24 en Comunidad", le aprobó pautas publicitarias a razón de $ 40.000.00 mensuales, por espacio de seis meses, esto es, del 1º de febrero al 31 de junio del 91 (fls. 74 y 77, anexo 1); a "Radio Guatapurí" "Programa Pinceladas" de Miguel Aroca Yepes se le aprobaron $ 30.000.00 mensuales para emisiones por espacio de tres meses, es decir del 27 de febrero al 27 de mayo del 91 (fls. 75 y 76), entre otros (fls. 82, 85, 89 y 92), mientras que a la Radio Valledupar, se le otorgaron pautas publicitarias por once meses y por un valor de $ 250.000.00 mensuales.

Todos estos hechos objetivos permiten inferir en la mente del procesado una innegable preferencia para la contratación con "Radio Valledupar Ltda.", que se traduce en un claro favorecimiento no sólo en el tiempo, como ya se dijo sino también en la fijación de las tarifas publicitarias, en su gran mayoría por encima del cincuenta por ciento de las fijadas a las demás emisoras.

Ante esta apabuyante realidad del compromiso penal que se yergue contra el procesado, la defensa ensayó una nueva estrategia con miras a desvirtuar la imputación objetiva, es decir cambiando a uno de los intervinientes en la relación contractual censurada. Es así como se solicitó la ampliación del testimonio del periodista Galo Bravo Picassa, la que se llevó a cabo en el acto público y en la que el deponente efectivamente asume directamente el papel de contratista frente a la administración en relación con las pautas publicitarias de que se ha hecho mérito, sacándose de esta manera a la doctora Loly Luz Ovalle Angarita, hija del exgobernante, y por contera haciendo desaparecer

una de las causales de inhabilidad para la administración al contratar con la emisora "Radio Valledupar Ltda.".

Pero en este propósito se queda fallida la defensa porque de ser cierta tal postura, de todas maneras sigue presente el elemento inhabilitante para la contratación administrativa inherente al mandatario seccional, quien por tener participación social en la empresa contratista, gerenciada por su hija, continuaba legalmente impedido.

Este testimoniante manifestó en su primera versión que en ningún momento tuvo contacto con el doctor Ovalle ni con la gerente de la emisora y que personalmente contactó a la Secretaría de Hacienda para que le autorizara la pauta publicitaria. Sin embargo, en la audiencia pública afirmó, contradictoriamente que la gerente de la empresa obtuvo la adjudicación de la pauta publicitaria, conviniendo "que el cheque no fuese a salir a nombre mío", sino al de la empresa "Radio Valledupar Ltda.", la cual les endosaría luego el cheque "como en efecto ocurrió en tres oportunidades nada más porque se suspendió el respectivo contrato".

Este testimonio no merece credibilidad alguna no sólo por lo contradictorio sino porque aparece ampliamente desvirtuado por las declaraciones de la doctora Loly Luz del Socorro Ovalle Angarita (fls. 28 y 174); Myriam Cobo de Cotes (fls. 56-59) y Guzmán Quintero Torres (fl. 24).

La primera, señala que cada año la empresa por ella gerenciada, enviaba propuestas publicitarias a la Gobernación del Cesar y que en respuesta la Secretaría de Hacienda Departamental enviaba a Radio Valledupar la orden de trabajo que significaba la autorización a la empresa para emitir las cuñas radiales.

Agrega que la secretaria de Radio Valledupar tenía "un cupo publicitario" (fl. 29). Con relación a las pautas publicitarias anotó que su consecución corrió a cargo de la secretaria de la empresa Myriam Cobo de Cotes (fl. 29 infra), razón por la cual los pagos se hicieron directamente a ésta, quien "fue la que hizo el contrato de publicidad" (fl. 30), aunque los cheques salían a nombre de la empresa, pero "a ella se le reembolsa en efectivo" (fl. 30 infra). Dijo además que sólo tratándose de los periodistas que poseen espacios radiales "el cheque sí va a nombre del periodista, y yo como gerente solamente certifico que esa cuña sí se pasa por ese espacio radial, especificando días y horas" (fl. 30 infra).

Como bien puede advertirse, para nada menciona esta declarante al periodista Bravo Picassa y menos en el asunto que éste refiere.

Pero la Sala quiere resaltar cómo esta misma testimoniante, en su ampliación del 8 de octubre de 1991 (fl. 174), le da un viraje a su atestación cuando anota que cada año la Secretaría de Hacienda, en

respuesta a las solicitudes de publicidad hechas por la empresa Radio Valledupar, enviaba las órdenes de trabajo, "no contratos", autorizando la emisión de las cuñas radiales. Y agrega:

En enero del año 1991 "se solicitó a la Secretaría de Hacienda a través de la secretaria ejecutiva de Radio Valledupar la acostumbrada orden de publicidad radial, la Secretaría de Hacienda respondió autorizando a partir del mes de febrero del año en curso hasta el 31 de diciembre..., se emitieron las cuñas durante los meses de febrero, marzo y abril; mayo y junio se facturaron..., recibiendo la cancelación de los meses de febrero, marzo y abril, esto debido a que vino la intervención de un proceso judicial y para evitar más agravantes la sociedad Radio Valledupar decidió a través de su secretaria ejecutiva y su representante legal que soy yo, suspender o dar por terminadas las cuñas radiales y a su vez no cobrar los meses que ya se habían emitido las cuñas radiales es decir los meses de mayo, junio y julio" (fl. 175).

Esa suspensión operó, según dijo, previa decisión de la junta de socios del 15 de agosto de 1991, y el dinero recibido en pago de las emisiones radiales fue consignado en el Banco de Occidente donde tenía la cuenta corriente Radio Valledupar y se destinó "para solventar los gastos internos de la sociedad como son servicios públicos, nómina, mantenimiento" (fl. 177).

En esta segunda incursión testimonial, tampoco se alude y mucho menos se avala al periodista Bravo Picassa en sus manifestaciones hechas a la hora de nona.

La segunda deponente, Myriam Cobo de Cotes, secretaria ejecutiva de Radio Valledupar Ltda., por su parte, infirma a la testigo Loly Luz del Socorro Ovalle Angarita, al expresar:

"...yo personalmente no recibo ninguna utilidad en esas cuñas, mucho menos en esta orden de la Secretaria de Hacienda, yo no recibo ningún aporte de dinero" (fl. 58). "...con relación a la Secretaria de Hacienda yo no recibí ni un peso" (fl. 58), e informa que los periodistas de planta son Galo Bravo Picassa y Guzmán Quintero Torres.

Este tercer deponente, Guzmán Quintero, en contravía a las pretensiones de su colega Bravo Picassa expresó que no tenía conocimiento alguno de orden de trabajo expedida directamente a la empresa Radio Valledupar, y que por lo mismo no recibió porcentaje o utilidad respecto de esa orden.

No siendo pues creíble la manifestación del periodista Bravo Picassa, fallido se queda el intento de aparecer como contratista a título personal con la administración respecto de las pautas publicitarias, en lugar de la empresa Radio Valledupar Ltda.

Como quiera que en el error de prohibición, el cual fue planteado por la defensa en la audiencia pública, o se desconoce la existencia de

la norma incriminadora, o se interpreta erróneamente conociendo su existencia, o se supone erróneamente que se obra frente a la norma amparado por causal de justificación, y en el error de tipo lo que opera es el desconocimiento de una circunstancia objetiva del hecho perteneciente al tipo penal, bien sea de carácter fáctico (descriptivo) o normativo, vale decir que el error recae sobre hechos, como cosa, cuerpo, causalidad, al igual que sobre el "carácter lascivo", la "ajenidad de la cosa", el "embargo", "documento", "funcionario", "contrato", etc., respectivamente, más parece que la alegación encallara en esta última especie de error, puesto que en la mente del procesado, según su propia acotación, jamás estuvo presente que una orden de trabajo tuviera identidad con el concepto "contrato", que como elemento normativo integra el tipo penal imputado.

Mas, como ya se ha precisado, la vasta experiencia profesional que el procesado tenía para el momento de la comisión del hecho y su dedicación por entero a las lides administrativas en las cuales recibió especialización, no permiten concluir, como él lo quisiera, que su conducta estuvo presidida por aquella especie de error, razón por la cual el juicio de reproche que se le ha formulado está llamado a mantenerse vigente.

Quiere decir lo anterior que al encontrarse reunidos con toda certidumbre los presupuestos procesales señalados en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, se impone la sentencia condenatoria contra el acusado.

Proceso dosimétrico penal:

Al ser hallado incurso el procesado en la conducta descrita en el artículo 144 del Código Penal, sólo resta fijar el monto punitivo que se merece, para lo cual se debe partir de los criterios señalados en el artículo 61 del Código Penal, no sin considerar las circunstancias de atenuación punitiva previstas en el artículo 64, y la oscilación entre mínimos y máximos que contempla el artículo 67 del citado estatuto.

Entonces, teniendo en cuenta las modalidades del hecho punible; la buena conducta anterior del procesado, su personalidad, y considerando que en su contra milita una circunstancia genérica de agravación punitiva, como es la contemplada en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal (posición distinguida que el procesado ocupaba en la sociedad), el mínimo de la sanción de un año se incrementará en un (1) mes para una pena en definitiva de trece (13) meses de arresto; por vía de multa la cantidad de $ 300.000.00 e interdicción de derechos y funciones públicas de dos años.

Por reunir los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 68 del Código Penal, el responsable se hace acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional, por lo que se le suspenderá la sentencia

por un período de prueba de dos años, *únicamente* en lo relativo a la pena privativa de la libertad y se ejecutará en todo lo demás, imponiéndosele las obligaciones previstas en el artículo 69 *ibídem*.

Frente al artículo 56 del Código de Procedimiento Penal que dispone la liquidación de perjuicios en la sentencia que declare la responsabilidad penal, hay que decir que en esta casuística no hay lugar a perjuicio de naturaleza moral; y los de carácter material, además de que no fueron acreditados (art. 55 *ibídem*) no se causaron porque el hecho punible configurado tuvo por causa la violación del régimen de inhabilidades que *per se* no genera efectos civiles a título de daño material, y de todas maneras se prestó el servicio arbitrariamente contratado por la Administración Departamental que otro contratista habría prestado igualmente.

Decisión:

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

Resuelve:

Primero: Condenar al doctor Adalberto Ovalle Muñoz, exgobernador del Departamento del Cesar, y demás condiciones civiles insertas en su injurada, como autor penalmente responsable del delito de "Violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades", previsto en el artículo 144 del Código Penal, cargo legalmente deducido en la resolución acusatoria emanada de la Fiscalía Delegada ante esta Corporación, a purgar la pena principal de trece (13) meses de arresto; a la pecuniaria por vía de multa a favor del Tesoro Nacional equivalente a diez salarios mínimos legales e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de dos (2) años.

Segundo: Conceder al sentenciado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, ordenándose así suspender la ejecución de la sentencia por un período de dos años, únicamente en relación con la pena privativa de la libertad, debiendo garantizar, mediante caución prendaria en cuantía de $ 100.000.00, el cumplimiento de las obligaciones pertinentes señaladas en el artículo 69 del Código Penal, conforme lo prevé su inciso final.

Tercero: Envíese copias de este fallo a las autoridades señaladas en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal.

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 Martínez, salvo parcialmente mi voto.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Con un vehemente afán de precisión digo, una vez más, que las circunstancias genéricas de agravación punitiva deben deducirse en la resolución de acusación y nunca en la sentencia. La mayoría no lo cree así. Esta que es una verdad simplísima —tan clara como el agua— sigue sin entenderse. Mas con todo esto no queda dicho lo más importante: Que de prohijarse el criterio de la Sala se viola —y en qué grado— el derecho de defensa del imputado, lo que tiene mucho de verdad. Sigo, pues, en lo mío y al compás de lo expresado en otros votos disidentes.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha ut supra.

NULIDAD / FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA

La motivación de la sentencia que hace parte del debido proceso regulado en el código de la materia, permite conocer, para controlarlo (no sólo por los sujetos procesales sino también, en su caso, por el superior del juez), el proceso lógico mediante el cual ha llegado el juez a su decisión. / Por esta razón el Código de Procedimiento Penal exige que la sentencia contenga, entre otros aspectos, "la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión" (art. 180.4). / Pero cuando esta motivación es ilógica o incompleta, que no permite siquiera elaborar con acierto una demanda de casación, porque el agraviado con el fallo no alcanza a comprender los fundamentos del mismo, necesariamente hay que decretar su nulidad para precaver los derechos del afectado con la decisión. / Es bien sabido —y es de suma lógica— que la parte conclusive del fallo ha de ser el resultado de la parte motiva o consideraciones precedentes.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., siete de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 9.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia del 9 de octubre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla absolvió a *Sergio Correa Consuegra* y *Aurelio Carroll Estrada* del delito de homicidio por el cual habían sido acusados.

Antecedentes:

1. Aproximadamente a las 8:00 de la noche del 7 de junio de 1990, en un sitio enmontado de la carrera 39 con calle 87 de la ciudad de Barranquilla, una patrulla de la policía halló el cadáver de Alfonso Enrique Segura Luna con varios impactos de arma de fuego en diferen-

tes partes del cuerpo. El Inspector Primero Permanente de Policía Municipal practicó la diligencia de levantamiento de cadáver (fls. 1 y ss.).

2. El 8 de junio, la Policía encontró un campero blanco, marca Chevrolet Trooper, motor número 604627, tránsito libre, modelo 1990, abandonado en la estación de servicio móvil de la calle 47 número 18-141 (fls. 7 y ss.).

3. El 10 de junio, el Comandante de la Patrulla Policial 4-15, agente Carlos Gómez del Valle, informó a la jefatura de la SIJIN del Departamento de Policía Atlántico, que según indagaciones adelantadas, se había podido establecer lo siguiente:

El occiso Segura Luna tenía vínculos de amistad y comerciales con Sergio Correa Consuegra, quien le pidió prestado al primero el automóvil Mazda, color rojo, de placas RF-1008, vehículo que Correa Consuegra procedió a entregar a Cristo Barbosa, como parte de pago de un dinero que le adeudaba. Debido a ello, Segura Luna formuló la denuncia penal respectiva.

El miércoles 6 de junio de 1990, Alfonso Enrique Segura Luna, Sergio Correa Consuegra y Armando Navarro, se transportaron en el primeramente mencionado compero Trooper, color blanco, a la Secretaría Municipal de Tránsito para gestionar dos "tránsitos libres": uno para el referido campero y otro para un taxi marca Chevrolet color amarillo de propiedad de Segura Luna.

Los antes mencionados fueron vistos en el campero Trooper, en altas horas de la noche ese día para amanecer el jueves, en el establecimiento "Le Calet", ubicado en la calle 84 entre carreras 56 y 57, agrega el informe (fl. 10).

En la mañana del 7 de junio, día de los hechos investigados, Segura Luna se presentó en estado de embriaguez a la casa de los hermanos Ricardo Rafael y Jaime Enrique Visbal Angulo "a quienes les comentó que había tenido una pelea con Sergio Correa Consuegra y el 'Yeyo' ", sobrenombre con el que se conoce a Aurelio de Jesús Carrol Estrada.

Según los hermanos Visbal Angulo y Beatriz de Castro (quien reside frente a la casa de éstos), a las 2:30 de la tarde de ese día 7 aparecieron en el campero Trooper Sergio Correa Consuegra y Aurelio de Jesús Carrol Estrada (Yeyo), con el propósito de llevarse a Segura Luna, pero los hermanos Visbal Angulo no lo permitieron, motivo por el cual los visitantes se fueron "furiosos" y se dirigieron al establecimiento "Afrodisiakus", donde se dedicaron a ingerir licor hasta las 4:00 de la tarde, cuando regresaron por Segura Luna, quien se fue con los dos sujetos y otro más que los acompañaba.

Alfonso Enrique Segura Luna se quedó unos minutos saludando a su prima Rosa Hamburger de Ramírez, quien a eso de las 5:30 de la tarde de ese día 7 vio cómo su primo se iba en el campero, notando ella que uno de los sujetos que lo acompañaban guardaba una escopeta debajo de un cojín del campero y que su primo ocupó el asiento delantero.

Según Jorge Gutiérrez de las Salas y Viviana de Jaramillo, celadores de un edificio en construcción ubicado en la carrera 39 número 84-11, alrededor de las 5:45 de esa tarde escucharon disparos. "De igual forma —agrega el informe policial— unos menores que se hallaban jugando fútbol en la avenida 38 cerca de donde fue encontrado el cadáver, manifestaron haber visto a los ocupantes de un campero color blanco, que arrojaban el cuerpo del hoy en día occiso" (fls. 11-1).

El viernes 8 de junio, un desconocido se presentó a la Estación de Servicio "Cevillar" e hizo lavar el referido campero, dejándolo luego abandonado. "Al automotor de la referencia —dice el informe— se le practicó una inspección judicial y en la parte de abajo del descansabrazos de la puerta derecha se observan manchas de sangre, lo que nos indica que Alfonso Enrique Segura Luna fue herido en el interior del mencionado vehículo, el cual es de propiedad de Sergio Correa Consuegra, como se comprueba a través de los documentos que éste aportó para su devolución días antes de los hechos y que aparece registrado en el expediente número 4063 del Grupo de Automotores (fls. 11-1)".

Sergio Correa Consuegra y Aurelio de Jesús Carrol Estrada (Yeyo), eran "amigos" de la víctima Segura Luna, no obstante lo cual no fueron a las exequias de éste; tampoco se presentaron a reclamar el campero Trooper.

Se anexó copia de la denuncia número 1915, presentada por Segura Luna contra Cristo Barbosa y Adalberto Cuadrado, por lo que concierne al automóvil Mazda color rojo, que el quejoso le prestó a Sergio Correa Consuegra (fls. 16-1). Esa denuncia lleva fecha 5 de junio de 1990.

Obra un certificado de la Cámara de Comercio de Barranquilla sobre la existencia y representación legal de la sociedad "Distribuidora Correa Hermanos Ltda. —DISCOR—", empresa de Sergio Correa Consuegra y unos familiares suyos, la cual tiene por objeto "la compra y venta de mercancía y distribuciones de las mismas" (fls. 19-1). Esta sociedad se constituyó el 10 de febrero de 1987.

4. La Policía Judicial recepcionó al día siguiente del hecho las declaraciones de los hermanos Visbal Angulo: Ricardo Rafael dijo que efectivamente Segura Luna les comentó que "había amanecido con Sergio Correa y Yeyo Carroll" (fls. 24-1) y que había tenido "una pequeña riña con Yeyo". Cuenta que por la mañana llegaron Sergio

y Yeyo, pero que no dejaron que Segura Luna se fuera. Jaime Enrique Visbal Angulo depone en los mismos términos, añadiendo que como a las 4:30 regresaron Sergio y Yeyo y "se llevaron" a Segura Luna. Ambos cuentan que la víctima Segura Luna tenía un taxi de su propiedad que era manejado por Ricardo Rafael Visbal Angulo.

También ante la Policía declaró la prima de la víctima, Rosa Elvira Hamburger de Ramírez, de 55 años de edad, quien avala la visita de Segura Luna y su ida en el campero, aproximadamente a las 5:30 de la tarde de ese día 7 de junio. "Lo que pude observar —dice la testigo— fue que uno de los que iba en el carro estaba guardando debajo de la silla del vehículo algo largo, me pareció era una escopeta, no me fijé bien en ello porque se fueron en seguida" (fls. 28-1). Dice que no está en capacidad de reconocer a las personas del campero.

5. El Juzgado Diecinueve de Instrucción Criminal de Barranquilla abrió investigación (fl. 29) y practicó, entre otras, las siguientes pruebas:

Declaración de Antonio Manuel Mercado Alvarez, quien el día 8 de junio recibió de un desconocido el campero para lavarlo, afirmando que el vehículo no estaba con sangre y que no está en capacidad de reconocer a la persona que lo llevó (fls. 41 y ss. 1).

Se allegó la necropsia de Segura Luna, indicándose que fue muerto por proyectil tipo escopeta "de carga múltiple" (fls. 42-1).

Quien ahora recurre en casación, se constituyó como apoderado de la parte civil (fls. 65 y ss. 1).

Se practicó inspección judicial al campero Trooper (fls. 73 y 99), dictaminándose luego que las manchas no eran de sangre (fls. 121-1).

Se recuperó el automóvil Mazda rojo que Segura Luna le había prestado a Sergio Correa Consuegra (fls. 87 y ss. 1).

Se emplazó a los imputados y se les declaró personas ausentes, según auto del 28 de agosto de 1990 (fls. 105-1).

Ana Cecilia Barragán Beltrán, administradora de la ostrería "El Afrodisíaco", dijo que el martes 5 de junio vio a la víctima Segura Luna en compañía de Sergio Correa y de "Yeyo Carroll", explicando que Sergio y Segura Luna eran amigos. Dice que después del homicidio, Sergio Correa le envió al abogado Víctor Hugo Cepeda, quien en tono amenazante le exigió que se abstuviera de declarar "que yo no me tenía que meter en lo que no me importaba" (fls. 90-1).

Posteriormente este procesado (Correa Consuegra) le otorgó poder al referido abogado (fls. 113).

En declaración y luego en injurada (fls. 92 y 108), Cristo Humberto Barbosa Rodríguez dijo que Sergio Correa Consuegra le había

dado el vehículo Mazda rojo en garantía de 3 millones de pesos que le adeudaba. Agregó que Sergio Correa llamó por teléfono a su hermana para avisarle de la muerte de Segura Luna, diciéndole que por cuestiones del referido carro "iba a tener problemas" (fls| 93-1).

Los policías Carlos Gómez del Valle, Fredy Rafael Sierra Gutiérrez y José Antonio Caro Bovea (fls. 53, 56 y 102), en forma general ratifican el informe de policía inicialmente rendido y al que ya se hizo referencia.

En su indagatoria, Adalberto José Cuadrado Rodríguez sostuvo que él se limita a servir de conductor del señor Cristo Humberto Barbosa (fls. 128 y ss. 1).

Los procesados carecen de antecedentes.

Mediante escritura 2959 del 24 de julio de 1990 (fls. 168 y ss. 1), el acusado Sergio Correa Consuegra cedió la totalidad de sus aportes en la ya referida sociedad.

Por medio de auto del 15 de noviembre de 1990 (fls. 213 y ss. 1), el Juzgado Diecinueve en mención decretó la detención preventiva de Correa Consuegra y Carroll Estrada, por el delito de homicidio. Respecto de los indagados Cristo Barbosa Rodríguez y Adalberto José Cuadrado Rodríguez, se abstuvo de dictar medida de aseguramiento.

A petición de los apoderados de los sindicados se practicaron varias diligencias, con los siguientes resultados:

María Concepción Montero Márquez (familiar de Carroll Estrada), Nancy Margarita Montero Márquez (empleada de servicio de los Carroll) y Carlos Arturo Zagarra Escorcia (padrastro de Carroll Estrada), de una manera u otra ubican a Aurelio de Jesús Carroll Estrada en su residencia aproximadamente a las 5 o 5:30 de la tarde del día 7 de junio.

Roberto Luis Consuegra Muñoz, primo del procesado Sergio Correa Consuegra, declaró que en la mañana del día 8 de junio Sergio lo llamó por teléfono y le dijo que había llamado a su esposa Jackeline para avisarle de la muerte de Segura Luna, y que Sergio personalmente después le comentó estar preocupado porque el día anterior —7— le había prestado el campero a Segura Luna y que en ese vehículo había sido éste muerto. Añade que por notar "los ánimos subidos" le aconsejó a Sergio que no asistiera al funeral y se "mantuviera oculto", luego de lo cual no volvió a saber nada de Sergio (fls. 254 y ss. 1).

Jackeline Cecilia Rueda Sibaja, esposa del procesado Sergio Correa Consuegra, manifestó (fls. 258 y ss. 1) que a las 4:00 de la tarde del día 7 llegaron a su casa Sergio, Yeyo y Fonchi (así se refiere a la víctima Alfonso Segura Luna), y que éste último se fue sólo en el campero, quedándose los otros dos en la casa. Agregó que el día 8

una señora que no identificó llamó por teléfono y contó la muerte de Segura Luna. Expresó además que su esposo Sergio estaba tomando desde el día 6 de junio y no le comentó que hubiera pasado nada ni que hubiera estado con la víctima, quien antes había dejado a guardar en su casa un taxi color amarillo de su propiedad, el cual fue luego reclamado por un hermano de Segura Luna y "por un señor Martínez" (fls. 260-1).

En términos semejantes, de que "Fonchi" se fue solo en el campero, declaran la empleada del servicio Leonith del Socorro Tatiz (fls. 262-1), Auriel del Portillo Ochoa (quien se encontraba "reparando el aire", fl. 264) y Omar Martínez Montes, quien desde por la mañana desarrollaba en la casa de Sergio Correa "labores de repulida de los pisos en la primera planta" (fls. 267-1).

Todos estos testigos, pues, avalan la presencia de Sergio Correa Consuegra en su residencia, en la tarde del día 7, aproximadamente a las 4:00 de la tarde.

Manuel Salvador Villa (quien informa que fue "buscado para declarar" por el apoderado de Carroll Estrada, —fl. 271—), expresó que estaba en la puerta de su residencia cuando escuchó un disparo y vio que del "carro blanco" se apearon dos personas (que una de ellas no sabe decir si era hombre o mujer, pues tenía "el pelo largo"), y que le pareció que el arma que tenían era una escopeta.

Ampliación de declaración de Carlos Gómez del Valle, Comandante de la Patrulla Policial 4-15, quien expresó que el hoy occiso le había manifestado en pretérita ocasión y cuando se encontraba detenido con Correa, que éste era su socio; reiteró el deponente que por todo lo que pudo averiguar una vez cometido el homicidio "no me quedó la menor duda de que ellos eran los autores del crimen", refiriéndose a Sergio Correa Consuegra y Aurelio de Jesús Carroll Estrada, alias "Veyo". Dijo además que al otro día del hecho —8 de junio— fue a las casas de los mencionados sindicados, pero que con nerviosismo se le dijo que no estaban. Enfatiza que hace 23 años es agente del F-2.

6. Cerrada la investigación (fls. 285-1), al calificársela se dispuso su reapertura respecto de los procesados Correa Consuegra y Carroll Estrada, y la cesación de procedimiento en relación con los sindicados Barbosa Rodríguez y Cuadrado Rodríguez (fls. 323 y ss. 1. Auto del 13 de marzo de 1991).

Apelada esa providencia por el apoderado de la parte civil (fls. 350-1), el Tribunal de Barranquilla (en Sala de Decisión integrada por los magistrados Julián Urbino Ospina, Julio Ojito Palma y Carlos Henríquez Castillo) revocó esa reapertura y dictó resolución acusatoria contra Correa Consuegra y Carroll Estrada. La cesación de procedimiento fue confirmada (fls. 35 y ss. 3).

Dicha resolución de acusación se basó sustancialmente en estas consideraciones:

Merecen credibilidad las declaraciones de los hermanos Visbal Angulo, Rosa Hamburguer de Ramírez y los agentes de la policía, quienes fueron escuchados poco tiempo después de ocurrido el homicidio (fls. 43-3).

Los "testigos de descargo" depusieron 6 meses o casi un año después del hecho, a petición de los defensores y todos tienen "vínculos familiares, de afinidad o relación laboral, con el encartado Correa Consuegra o con el otro sindicado Carroll Estrada...", y con base en esto, añadió el Tribunal:

"En definitiva, los declarantes llevados por los apoderados de los encartados, presentan todos las mismas características; casi son copia la una de la otra, por lo mismo, no son espontáneas, son interesadas esas declaraciones, todo lo cual las hace que al ser analizadas en conjunto con las otras pruebas y sometidas a la crítica testimonial, resulten carentes de credibilidad" (fls. 45-3).

También destacó el Tribunal los siguientes indicios:

a) De presencia, porque fueron vistos en su compañía el día de los hechos;

b) Actitud sospechosa, por no haber asistido a las exequias de Segura Luna, ni haber vuelto por el campero Trooper;

c) Estar probado que un taxi del occiso había sido dado a guardar en la casa de Sergio Correa Consuegra, "de forma que carece de sentido y de razón, que tuviera interés en llegar hasta la casa de Sergio sólo para que le entregara prestado el carro de éste y no saliera con el suyo, y que, finalmente, se fuera solo, para aparecer una hora después ultimado, en sitio relativamente cercano del lugar de donde se afirma salió conduciendo el carro" (fls. 46-3);

d) Está desvirtuada la coartada consistente en que los procesados estaban en su residencia para el momento homicida;

e) Las amenazas que dice la esposa del procesado Sergio Correa Consuegra se le hicieron, no están enteramente probadas; además, si es cierto que se le hicieron esas amenazas, las mismas son un indicio en su contra, porque si nada había cometido Sergio Correa Consuegra, no tenía por qué ser objeto de las mismas.

El Tribunal, para fundamentar su decisión, replicó así, algunas consideraciones del *a quo:*

a) "Se destaca también que la inspección judicial practicada al campero no arrojó evidencias de huellas de sangre, como se planteaba

desde un comienzo, pero ésto en nada afecta la prueba recogida ni la desvirtúa, si se tiene en cuenta que evidentemente en ese carro estuvo antes de la muerte Segura Luna, que incluso quienes han caido al expediente como declarantes han asentido que en un vehículo parecido se perpetró el hecho de sangre y que dos sujetos lanzaron el cuerpo de Segura al camino y emprendieron la huida, cuando además ese carro fue abandonado en una bomba de gasolina, habiéndose ordenado previamente una labor de limpieza, como se cumplió" (fls. 47-3);

b) "El hecho que no se hallan (sic) probado o determinado los móviles del ilícito, no equivale a decir que éstos no existieran o que los indicados no sean los autores del reato; es más: éstos pueden ser nimios; no se olvide que hasta este momento procesal ni siquiera se pudieron conocer las razones o explicaciones que suministraran los sindicados, quienes se mostraron renuentes a comparecer al proceso, habiendo sido declarados personas ausentes" (fls. 48-3).

7. Encontrándose la resolución de acusación del Tribunal en proceso de notificación, compareció al Juzgado Diecinueve de Instrucción Criminal el sindicado Sergio Correa Consuegra, solicitando se le escuchara en declaración indagatoria, la cual efectivamente rindió ese mismo día (fls. 2 y ss. 2). La resolución de acusación es de fecha 21 de mayo de 1991 y la presentación del procesado tuvo lugar el 31 subsiguiente.

En su injurada, el procesado empieza por decir que la noche del 6 de junio de 1990 la pasó con el hoy occiso Segura Luna (sin Carroll Estrada), dejándolo al día siguiente (7) en la casa de los hermanos Visbal Angulo, yéndose él (el indagado) para donde el Yeyo Carroll Estrada, para que éste le manejara el campero, pues él estaba embriagado. Añade que volvió adonde los Visbal Angulo para recoger a Segura Luna, a fin de acompañarlo a traer el automóvil Mazda color rojo, respecto del cual le había mostrado la denuncia correspondiente formulada contra Barbosa y Cuadrado. Pero, anota, los Visbal no dejaron que "Fonchi" (la víctima) saliera, por lo cual él se fue al establecimiento "El Afrodisíaco", donde estuvo hasta la tarde, regresando a donde los Visbal Angulo con "Yeyo". Dice que como no consiguieron dinero para viajar, se fueron a su casa (a la del indagado) los tres, partiendo sólo en el campero Segura Luna, yéndose después "Yeyo" en un taxi que se le mandó conseguir con "Manuel".

Agrega que al otro día se enteró de la muerte de "Fonchi" y se fue con su primo Roberto Consuegra a los Jardines del Recuerdo a fin de asistir a las exequias, encontrándose en la puerta con Jesús Bolaños. A los pocos minutos regresó Consuegra —dice— y le sugirió que no entrara porque "lo estaban sindicando de esa muerte", que se fuera más bien para su casa, a donde efectivamente llegaron, enterán-

dose de que a su esposa le habían hecho algunas amenazas, por todo lo cual decidió "esconderse" (fls. 4-2).

Cuenta que era muy amigo de Segura Luna y que éste incluso vivió en su casa, para irse luego adonde los hermanos Visbal Angulo "que son expendedores de droga" (fls. ct.).

Reitera que no le debe ni debió dinero alguno a Barbosa y que nunca le dio a éste un automóvil de Segura Luna, por lo cual en momento alguno tuvo problemas ni mucho menos riñas.

Afirma que Segura Luna no fue con él adonde Rosa Hamburger ("esto sería posterior", indica), y aclara que Segura Luna se fue en el campero y no en el taxi de su propiedad que estaba guardado en el garaje de la casa, porque acostumbraba andar por días en ese campero y porque decía que debido a su "status social" no conducía taxi.

Cita como testigos de que llegó a su casa ese día 7 y no volvió a salir, a los ya en ese sentido reseñados atrás. Por último, dice que vendió las acciones que tenía en la sociedad "DISCOR", para pagar un tratamiento médico de una de sus hijas.

8. Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso pasó al Juzgado Tercero Superior, donde en el período de la causa declararon Jesús Bolaños (confirmando la referencia del sindicado Correa Consuegra), Lilia De la Hoz (administradora de "Afrodisíaco", quien dice que Sergio Correa no peleó nunca allí y que recibió la orden de no seguir otorgándole crédito) y Manuel Guzmán, quien dice que cuidaba una casa vecina a la de Correa Consuegra y que efectivamente esa tarde del día 7 buscó un taxi y lo llevó a casa del mencionado procesado (fls. 41, 48 y 51-2).

9. En la audiencia pública, celebrada el 18 de junio de 1992, el fiscal solicitó condena (fls. 91 y ss. 2). El juzgado, dictó sentencia el 15 de julio siguiente (fls. 111 y ss. 2), por medio de la cual absolvió a los procesados. Consideró al respecto que no obstante obrar varias pruebas, no existía certeza, persistiendo la duda, hasta el punto de no saberse con precisión el lugar (si dentro o fuera del campero Trooper) donde fue baleado Segura Luna.

Apelada esa sentencia por el apoderado de la parte civil, el Tribunal, por mayoría (magistrados Ilva Crespo de Gómez y Rodrigo Jabba Navarro con salvamento de voto del doctor Julio Ojito Palma), la confirmó (fls. 20 y ss. 4).

Hace el Tribunal especulaciones abstractas sobre cómo debe adelantarse la instrucción de un proceso, y estima: "Se omitieron entre otras, en el presente proceso, la práctica de pruebas tan importantes como la de balística y el reconocimiento del procesado Sergio Correa por parte de los testigos que como Rosa Elvira Hamburger vio a las

personas que acompañaban a Alfonso Segura momentos antes del homicidio, y Manuel Mercado Alvarez quien vio a la persona que llevó el vehículo donde se llevaron a la víctima, en la bomba de gasolina, perdiéndose de vista que la investigación penal debe estar dirigida a probar los hechos en perfecta armonía" (fls. 30-3, se subraya).

"Por las razones expuestas —finaliza el Tribunal—, considera la Sala que no obstante que se allegaron al proceso pruebas testimoniales e indiciarias importantes, no existe la plena certeza de la responsabilidad de los procesados..." (fls. 31-4).

10. En su salvamento de voto (fls. 34 y ss. 4), el magistrado Ojito Palma empieza por señalar la libertad de prueba para demostrar los aspectos del delito y la obligación de analizar "en conjunto" los elementos de juicio obrantes en autos. Vuelve sobre los razonamientos de la resolución de acusación y manifiesta que los sigue compartiendo. "De todo lo cual —dice el salvamento de voto— concluyó la Sala que había suficientes elementos de juicio para dictar resolución de acusación contra Sergio Correa Consuegra y Aurelio Carroll Estrada, por el delito de homicidio de Alfonso Segura Luna, pero en ningún momento se ha dicho que toda esa información que lo sindicaba (sic) sirviera exclusivamente, es decir tuviera capacidad probatoria, solamente para enjuiciarlos; además de que contrasta ese examen exhaustivo de los testimonios o pruebas de cargo, que se hizo en conjunto, con la simple relación de 'pruebas exculpatorias' que se llevó a cabo en la decisión de mayoría" (fls. 36-4).

Enfatiza en las razones que dio en la audiencia pública el fiscal, entre las cuales destaca la manera como declararon los hermanos Visbal Angulo "los cuales relataron cómo Aurelio Carroll y Sergio Correa 'llegaron a tratar de llevarse a la víctima'. Que eso ocurrió varias veces. Que la víctima apareció muerto con la misma camisa que le prestó uno de ellos cuando a las 4:00 de la tarde se fue con los sindicados" (fls. 37-4), señalando que el testimonio de Rosa Hamburguer coincide en el hecho de que eran dos personas las que se apearon del campero blanco Trooper. Igualmente, recuerda cómo el fiscal del juzgado alude a que los procesados "procedieron a insolventarse y mandaron sus poderes de ciudades distintas, actividades que no la llevan a cabo sino quienes temen a la justicia y a la verdad" (fls. 37-4, infra).

Dice luego el magistrado disidente:

"Todas y cada una de las circunstancias que tuvo en cuenta la Sala Penal que conoció anteriormente del proceso y que fueron analizadas por el agente del Ministerio Público en el momento de la audiencia, fueron resaltadas igualmente por el apoderado de la parte civil, haciendo hincapié sobre el móvil del homicidio que no fue otro que el disgusto que le produjo a Alfonso Segura Luna el comportamiento arbitrario de Sergio Correa Consuegra, quien entregó en garantía el

automóvil Mazda 323, aprovechando que el primero se encontraba recluido en la cárcel municipal" (fls. 38-4).

"Recalca en el hecho de que los procesados hayan desaparecido de la ciudad (lo que contrasta con la insistencia anterior en buscar al occiso) y finalmente en la súbita insolvencia de los acusados" (fl. 39).

Luego de citar a Framarino anota que de no valorarse correctamente los indicios y los testimonios, en este caso "habría que convenir con Dolephiane que toda esa infinita gama de circunstancias que concuerdan entre sí, empezando por los testimonios y terminando con diferentes indicios, eran fruto del azar, lo cual es manifiestamente inconcebible en este caso" (fls. 40-4). Y termina así ese salvamento de voto: "Se olvidó, por la mayoría, que las pruebas deben valorarse en conjunto y no en forma individual, y eso, les impidió obtener la certeza, que a mí me sobra".

Contra ese fallo mayoritario interpuso recurso de casación el apoderado de la parte civil.

La demanda:

Dice el actor:

Honorables magistrados, considero que en la sentencia censurada, para absolver a los acusados, la mayoría de la honorable Sala incurrió en el fallo impugnado en la causal primera del artículo 220 del C. de P. P., por violación indirecta de la ley sustancial y esa violación indirecta consistió en lo siguiente:

1. Se ignoró la versión y luego la indagatoria rendidas por Cristo Humberto Barbosa Rodríguez, quien afirmó que Sergio Correa Consuegra le entregó el automóvil Mazda rojo "como pago de una deuda y que éste lo había llamado por teléfono a la ciudad de Santa Marta y con su hermana Rosa Barbosa le dejó razón que (sic) hiciera desaparecer el rodante o lo quemara porque a su propietario lo habían asesinado" (fls. 48-4). El testimonio de Barbosa Rodríguez —dice el casacionista—, está demostrando con absoluta certeza los móviles del punible y por esa potísima razón fue que los acusados a toda costa insistieron en llevarse al interfecto y se enojaron con los Visbal Angulo cuando éstos no lo permitieron se llevaran a Segura Luna en el estado de beodez y somnolencia en que se hallaba el día que fue asesinado".

2. Se absolvió a los acusados con fundamento en suposiciones y presunciones a (sic) la falta de pruebas de balística y reconocimiento en fila de personas... "La prueba de balística, que supone la mayoría de la Sala, no incide en el esclarecimiento de los hechos, no desvirtúa el caudal de indicios que señalan sin lugar a equívocos la responsabilidad penal de los acusados..."

En lo que toca a los reconocimientos en fila de personas, dice que esa prueba era "imposible" de practicar ante la ausencia de los acusados: "cuando no hay detenidos a quien reconocer y con un testigo manipulado" (se refiere a Manuel Salvador Villa De la Hoz). "Agrega que si no asistieron al funeral de su amigo, mucho menos iban a acudir al llamado de la justicia" (fls. 49-4).

3. A pesar de que el Tribunal reconoce la validez y eficacia de los "testimonios incriminatorios" ("los testimonios incriminatorios, como se establece en la presente providencia, son claros, contundentes, guardan concordancia, son claros con los resultados", dice en cita que hace del fallo impugnado), "al momento de resolver no le dan valor probatorio alguno, distorsionado el sentido de la prueba y de esta forma absolver a los procesados".

4. Se ignoró el testimonio del policía Carlos Gómez Del Valle, que de haberse apreciado "hubieran llegado a la convicción de la certeza, que al honorable magistrado Julio Ojito Palma le sobra y así la sentencia sería condenatoria".

5. Se ignoró la existencia de la escritura pública 2959, del 29 de julio de 1990, en la que se demuestra que Correa Consuegra "se insolventó".

Pide entonces que se case el fallo y "conforme al artículo 229 del C. de P. P., dicte el fallo que deba reemplazarlo" (fls. 50-4).

Concepto de la Procuraduría:

1. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice en primer término, con apoyo en citas del fallo impugnado (estimando para los efectos jurídicos correspondientes como un solo cuerpo los fallos de primera y segunda instancias), que el sentenciador sí tuvo en cuenta los testimonios del agente Carlos Gómez Del Valle y Cristo Humberto Barbosa Rodríguez, aunque les dio una valoración distinta de la que le merecen al demandante: "Así las cosas —dice—, se demuestra que en efecto sí se consideraron por los falladores las pruebas referenciadas y que echa de menos el demandante, lo que ocurre es que los juzgadores le dieron un alcance diverso y opuesto al pretendido por el censor" (fl. 111 cuaderno Corte).

En cuanto a que ignoró la escritura de cesión de cuotas, hecha por el procesado Correa Consuegra, dice que ello es cierto "pero que tal yerro no tiene por sí solo la fuerza suficiente para desquiciar el fallo absolutorio" (fls. cit.).

Manifiesta que en parte alguna el casacionista demuestra que haya incurrido el fallador en errores ostensibles que derrumben el fallo, máxime que el censor pierde de vista que no existe tarifa legal para

la evaluación de las pruebas. "Por el contrario —dice— se trata de una oposición de criterios del censor a los del Tribunal sobre la apreciación del material probatorio, desconociendo igualmente el recurrente que cuando ello sucede prevalecen los de aquél..." (fl. 13).

"Por estas argumentaciones de orden técnico respecto de la demanda, se concluye por la delegada que la misma no debe acogerse visto que no plantea el verdadero defecto de la conformación de la sentencia y del juicio crítico del sentenciador".

En seguida, bajo el epígrafe de "un derecho fundamental del proceso", la delegada hace los razonamientos siguientes:

"No obstante lo dicho y concluido en los párrafos anteriores, la delegada quisiera presentar, con el temor de ser irrespetuoso con la Sala, un aspecto de la sentencia, en su construcción como relación lógica entre la prueba, concreta del caso y el razonamiento que sustenta la decisión judicial, que nos parece equivocado. Es un problema relativo a la legalidad de la sentencia frente al juicio crítico del juez sobre la prueba que la debe sustentar, que conforma un aspecto fundamental del debido proceso y de legitimidad de la misma que obviamente debe basarse en la prueba aportada a los autos, y en el estado de conocimiento que el juez obtenga de dicho acervo probatorio. Es un derecho fundamental establecido en el artículo 29 de la Carta, aparte de otros que emanan de dicho texto constitucional, el que de la sentencia para que sea legítima es la producida como culminación de un debido proceso, y con apoyo en las pruebas que se hallan en el proceso a disposición de las partes, y debe ser igualmente la conclusión decisoria del juicio crítico correcto del sentenciador" (fls. 13 infra y 14).

Luego se refiere la delegada a la publicidad del proceso "que consiste no solamente en la posibilidad de que los sujetos procesales conozcan de la actuación, las pruebas, los alegatos y peticiones del proceso, sino que igualmente tienen el derecho a saber de las maneras y modos de razonar del juez para llegar a la conclusión final de la sentencia", para concluir: "Es por ello que la exteriorización de los raciocinios lógicos sobre la prueba, y de los estados mentales del juez frente a ella, son parte del debido proceso y su publicidad, que es el fundamento de la nulidad por falta de motivación. Es igualmente la base para que el Código de Procedimiento Penal establezca que las providencias deban fundarse en 'pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación', y que perentoriamente pida que sólo se pueda dictar sentencia de condena cuando las pruebas allegadas conduzcan a la certeza del hecho punible, lo que presupone que si no se tiene ni la prueba ni la certeza judicial no cabe condenar sino absolver. Pero igualmente impone que si existe la prueba y el estado mental de conocimiento de certidumbre, debe inexorablemente dictarse fallo de condenación en materia penal" (fls. 14 infra y 15).

Con base en la anterior premisa, el procurador expone así su concepto, sobre el asunto *sub judice:*

"En este caso, y excusándome ante la Sala, parece a la delegada que el sentenciador ha cometido un error de lógica en la estructuración de la sentencia absolutoria como que discurre en principio afirmando la incriminación penal con 'claridad y contundencia'; y después se razona desvirtuando las pruebas de descargo que se recogen en el proceso las cuales estima que no aparecen probadas (las explicaciones), y que las restantes pruebas no merecen credibilidad ni se puede 'acreditar su dicho'. De allí parece necesaria, como petición de principio, que se produzca la sentencia condenatoria como consecuencia de la vía de razonamiento judicial que tiene prueba 'contundente' de la incriminación, y además desecha en la sana crítica la prueba de descargo o que presenta coartadas de los procesados. Sin embargo se hace un esfuerzo argumentativo sin base alguna, afirmándose que fallan en el proceso pruebas técnicas enumeradas en abstracto, en un cartabón académico, no de razonamiento específico frente al caso, para finalizar diciendo entonces: '...no existe la plena certeza de la responsabilidad de los procesados', por lo cual se absuelve. Es decir, señores magistrados, el sentenciador ha afirmado rotundamente la incriminación penal por el homicidio, de modo expreso, en el análisis de la prueba legalmente aportada a los autos. Igualmente, en el análisis probatorio que corresponde a las probanzas de descargo, es asertivo sin dubitación alguna, al sostener que las pruebas que exoneran la responsabilidad penal no son creíbles para el funcionario judicial de la sentencia. De donde la conformación lógica del estado de conocimiento del juez, con base en la prueba legalmente aportada y que analiza en el desarrollo de la providencia, es la de que se tiene como corolario de lo analizado la certidumbre judicial de la incriminación penal, lo cual ha debido llevar a dictar la sentencia de condena y no de absolución. Pero se dispone lo contrario, contra el razonamiento interno de la sentencia, apoyándose en hipótesis de pruebas que no pasan en autos, y que aún si se hubieren aportado no podrían científicamente desvirtuar el panorama propio de la conclusión del juez, como para hacerlo variar del criterio ya expuesto en el razonamiento contenido en el fallo.

"Veamos lo dicho en este esquema de presentación para la Sala:

"a) En el numeral 7º de los párrafos de la sentencia, el juez hace el análisis que llama de *culpabilidad* es decir del aspecto de conocimiento y voluntad del hecho punible, que ya ha considerado típico y antijurídico, como es obvio. Se parte de la aseveración de que al proferirse resolución de acusación se analizaron cuidadosamente las pruebas para dictar la providencia de acusación por el homicidio, no obstante lo cual resta el estudio de las pruebas aportadas en el juicio. Abocado el razonamiento judicial a ese específico tema, discurre sobre ello llamando el capítulo '*pruebas incriminatorias*'.

"b) Después de dicho estudio de la prueba de incriminación, se ocupa —como debe ser— de la prueba que ha llamado '*pruebas exculpatorias*' (ver fl. 27 cdno. Tribunal), aparte en el que razona el sentenciador diciendo que la coartada del sindicado no apareció comprobada aunque no puede desmentirse, y a un testigo que se supone importante afirma que 'su testimonio no presta credibilidad' (fl. 27 cdno. Tribunal), y finalmente de otros testimonios llevados tardíamente al proceso por el abogado de un procesado, se dijo por el sentenciador que 'presentan características similares... a las de todos los declarantes llevados por los apoderados... no espontáneas, reticentes, acomodaticias...' (fl. 28 cdno. Tribunal).

"c) En el capítulo numerado 9 de la sentencia, el Tribunal estampa el corolario de todo el esfuerzo dialéctico de estudio y confrontación de la prueba que se acaba de pergeñar y se asevera: 'Los testimonios incriminatorios, como se establece en la presente providencia son claros y contundentes, guardan concordancia con la peritación médico legal'.

"En criterio de la delegada, este tipo de razonamiento judicial sobre el material de pruebas, junto con la conclusión final que se ha transcrito, muestra el pensamiento interno del juez en el curso de la valoración probatoria, y sin ambages puede afirmarse que encontraron la certeza histórica necesaria para fundar de acuerdo con la ley una sentencia de condena. No de otra manera puede tomarse la expresión de que la prueba de incriminación que guarda armonía con la pericia médico legal, *es clara y contundente*. Es ostensible que los funcionarios judiciales no emplearon la expresión certeza que trae el Código de Procedimiento Penal en su artículo 247, lo cual además no es indispensable, si del estudio analítico del acervo probatorio se hace un esquema lógico como el visto, y que se sintetiza siguiendo los mismos argumentos del sentenciador:

"La prueba de *incriminación* es válida para el sentenciador, a fin de extraer sus conclusiones de sentencia.

"La prueba de *exculpación* de los autores, no es digna de credibilidad para el sentenciador.

"De las premisas probatorias anteriores el juez de la sentencia viene a la afirmación de que 'los *testimonios incriminatorios son claros y contundentes*' y '*guardan concordancia con la peritación médico-legal*', es decir que la conclusión de las premisas anteriores —para el sentenciador —como es evidente— es la de que hay contundencia y claridad de la incriminación penal contra los procesados (no puede ser contra otros). Y este aspecto es el exigido por la ley como el estado de conocimiento de certeza judicial para dictar sentencia condenatoria. En efecto lo claro es aquello que 'recibe mucha luz' o que 'se distingue bien', o 'manifiesto', según definiciones corrientes del diccionario. Y lo contundente es lo que 'produce gran impresión'. De lo anterior se

tiene que conceptualmente es el mismo sentenciador el que deja ver, con nitidez, en esa expresión de su razonamiento, que el tema de la culpabilidad y la incriminación (nombres que dio a sus estudios específicos del caso) eran —para él en su fuero interno— absolutamente convincentes, lo que fuerza la conclusión de que se tenía la certeza judicial, que normativamente fuerza dictar sentencia de condena..." (fls. 15, 16 y 17, cdno. Corte).

La delegada, teniendo en cuenta que en la parte final de la sentencia se afirma por el Tribunal que no existe "la plena certeza de la responsabilidad de los procesados", anota que en su concepto "la ley pide sólo una certeza de carácter histórico, propia de las ciencias reconstructivas (el proceso es una reconstrucción de esa naturaleza), es decir relativa, próxima al ser humano que desempeña la función judicial. Pero no absoluta..."

Con base en ello entra a criticar la "tendencia de la judicatura" a excluir la certeza cada vez que subsista "una posibilidad, así fuere mínima, del conocimiento negativo frente a la existencia de un conocimiento afirmativo".

Después de afirmar que en este proceso no se presenta "un factor de duda razonable" y que el Tribunal tampoco plasmó en su fallo los argumentos pertinentes, procede a sustentar así sus asertos:

"En efecto, si se miran las razones por las cuales desdice de su propia conclusión racional, se encuentran dos características especiales: 1. No se trata de pruebas que pasen en autos, por lo cual se dirá de una hipótesis especulativa que no tiene fuerza para desvirtuar lo asentado como principio de conocimiento concreto en el caso, y 2. Las hipótesis así tejidas no contienen ni siquiera especulaciones de razón lógica —sino aparente— que pudieran desvirtuar la conclusión positiva de incriminación en el caso en estudio. Veámoslas tal como las enumera el sentenciador:

"a) Que 'el acervo probatorio recaudado el proceso (sic) es realmente insuficiente en el ordenamiento de pruebas técnicas' que pudieran 'precisar o aclarar' algunos testimonios. Con lo cual apenas se menciona lo que estima la sentencia como la necesidad de pruebas de carácter técnico, como si las que no tienen esa calidad no pudieran formar la convicción judicial, y menos cuando ya se ha dicho que son contundentes en el juicio crítico.

"b) Que 'poca o ninguna importancia se concede al experticio médico legal sólo se remiten los instructores y jueces del conocimiento para relacionar las lesiones o causas de la muerte, cuando es esta una fundamental prueba que aclara y precisa en gran medida los acontecimientos concomitantes y posteriores'. Es todo. Pero de lo dicho por el juez no aparece ningún dato, respecto de la prueba técnica, que permita inferir cuál es la razón de su queja frente al experticio médico.

Que ha sido utilizado para determinar la causa física de las lesiones y la muerte, como es apenas natural. Pero no dice qué acontecimientos anteriores y posteriores deben ser aclarados con el dictamen de los peritos, de donde se infiere que carece de razón alguna para tal afirmación. Más aún, el experticio no puede arrojar más de lo que dice que pasa en autos, puesto que lo único que puede científicamente señalar el médico es la causalidad física de las heridas que produjeron la muerte, y las huellas que presentara el cadáver, todo lo cual ya está en los autos. Pero por sobre todo, honorables magistrados, que el mismo sentenciador ha encontrado satisfactoria en su análisis crítico de la prueba en conjunto, al decir lo ya repetido: 'Los testimonios incriminatorios... son claros y contundentes, *guardan concordancia con los resultados de la peritación médico legal*'. Es decir que la imbricación racional de los datos de prueba concuerda con los resultados científicos de la peritación médica, en un haz probatorio coherente que apunta hacia la incriminación penal, de donde se deduce que el sentenciador luego de haber tenido como positivo y suficiente desde el punto de vista probatorio, y habiéndolo afirmado así, ahora quiere desvirtuar su propio juicio con una hipótesis no razonada que científicamente no tiene asidero alguno por lo dicho.

"c) Que en el plano de la criminalística 'no se hizo registro previo de la escena del crimen, no se estableció si existían huellas de llantas de vehículos o de zapatos, ni se estableció la orientación del cuerpo entre otras cosas'. Luego hace una crítica normativa sobre las funciones de Policía Judicial al respecto.

"Pero, parece a esta delegada, está claro que lo dicho es un puro criterio académico sobre la técnica que debe tenerse, en abstracto, para efectuar el levantamiento del cadáver, y hacer el reconocimiento judicial de la escena del crimen. Lo cual no tiene relevancia alguna en este caso. Y en cuanto a la existencia de huellas de llantas o de zapatos, es un sofisma probatorio, ya que los hechos ya admitidos por el sentenciador son los de que el homicidio se produjo en otro sitio (el rampero) y el cadáver fue lanzado allí en donde se le halló, de lo cual existe prueba que él mismo llama clara y contundente. De modo que resulta inoficioso pedir ante el cúmulo de prueba existente, que se busquen huellas de llantas o de zapatos en el sitio en que se encontró el cuerpo de la víctima que allí se tiró. El resultado de la prueba no alteraría en modo alguno la conclusión ya dicha, sobre todo si allí pueden aparecer huellas de vehículos y de zapatos indistintamente, por ser de fácil acceso general.

"d) Que 'se omitieron... la práctica de pruebas tan importantes como la de balística', como si ello fuera realmente una necesidad del proceso, ya que se concluyó antes que la muerte se produjo por disparo de arma de fuego de carga múltiple (escopeta), y que uno de los testigos vio que cuando los procesados se llevaron a la víctima en estado de embriaguez, ocultaban un instrumento largo 'que parecía una

escopeta' bajo el asiento del campero. Si se recuerda que la escopeta no fue decomisada para el proceso, y que el lapso temporal entre ese momento que relata el testigo, y de aquel en que se tiró el cuerpo es breve, y medicina legal dijo del tatuaje, se dirá que la balística no puede aportar absolutamente ningún dato nuevo o diverso al proceso, pues el dictamen médico legal es bastante para esos efectos.

"e) Que no hubo 'el reconocimiento' de los procesados por parte de los testigos. Aparte de que ello no es ciertamente una necesidad racional de la prueba del proceso, es aquí claro que ello no podía efectuarse porque los procesados no comparecieron jamás al proceso, y otorgaron poder pero sin concurrir al juzgado que los requería. De manera que resulta absurdo exigir ahora la prueba de reconocimiento, y mucho más desvirtuar la prueba positiva de incriminación (clara y contundente) con una simple hipótesis imposible de practicar en el proceso por la razón dicha.

"f) Se queja el sentenciador de la necesidad de análisis de laboratorio, sin decir sobre qué elementos. Valga la pena decir que si los hay, como en el caso del vehículo campero (Trooper), en que se enviaron para análisis unos pedazos de cordoban del tapizado, seleccionados por algún empleado del Estado, lo que arrojó resultados negativos, para sangre, de lo cual —después de un lavado general— se quiere ahora sugerir que conforma un elemento de dubitación sobre el material probatorio positivo que pesa en el proceso" (fls. 19 a 22 cdno. Corte).

"En conclusión —remata el procurador— creemos que no podía el sentenciador desvirtuar su propia conclusión de certeza sobre la incriminación penal, según su propio juicio, mediante unas hipótesis que nos hemos permitido analizar en particular para concluir que son apenas argumentos sofísticos que no miran el caso específico, y que por tanto la afirmación del sentenciador sigue en pie, y exige como corolario de las premisas que conforman la sentencia, que se dicte sentencia de condenación.

Consecuente con su concepto, la delegada solicita que se case la sentencia, pero "no por los argumentos que da el impugnante, sino porque ella adolece de un vicio de nulidad en su propio interior como que la conclusión absolutoria contradice el razonamiento de certeza que en la misma aparece en expresión del propio juzgador. Como el vicio afecta sólo la sentencia misma, en su coherencia interior, creemos que la Sala puede dictar la sentencia de sustitución condenando al procesado, en virtud de que el sentenciador de las instancias encontró certeza de su responsabilidad penal, según lo dicho" (fl. 23).

Se considera:

La motivación de la sentencia, que hace parte del debido proceso regulado en el código de la materia, permite conocer, para con-

trolarlo (no sólo por los sujetos procesales sino también, en su caso, por el superior del juez), el proceso lógico mediante el cual ha llegado el juez a su decisión.

Por esta razón el Código de Procedimiento Penal exige que la sentencia contenga, entre otros aspectos "la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión" (art. 180.4).

Pero cuando esta motivación es tan ilógica e incompleta, como la plasmada en el fallo recurrido, que no permite siquiera elaborar con acierto una demanda de casación, porque el agraviado con el fallo no alcanza a comprender los fundamentos del mismo, necesariamente hay que decretar su nulidad para precaver los derechos del afectado con la decisión.

De conformidad con lo que acaba de expresarse, la Sala destacará las deficiencias y fallas de la motivación de la sentencia recurrida.

1. El fallo de primer grado, proferido el 15 de julio de 1992 por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Barranquilla (fls. 111 y ss. 2), empieza diciendo que se cuenta en el proceso con sólo indicios, pero no con pruebas que "aseguran" la responsabilidad de los procesados Sergio Correa Consuegra y Aurelio Carroll Estrada, aserto que no analiza, contentándose con indicar la ausencia de "certeza" al respecto.

Igualmente, al señalar "la duda" que encuentra en el expediente (fl. 111), echa de menos los reconocimientos en fila de personas y/o en fotografías "la prueba pericial" y recalca en que el peritaje practicado en el campero del procesado Sergio Correa dictaminó inexistencia de sangre en el mismo: en modo alguno dice el sentenciador si esas pruebas eran de posible práctica y cuál su incidencia en este proceso. Mucho menos se refiere a la potencialidad o mérito de las pruebas de incriminación, las cuales en rigor no somete a análisis serio alguno.

"No aparece dentro de ese inventario evaluativo la prueba directa y testimonial —dice el fallador de primer grado— que señale en forma inequívoca a los procesados como autores materiales del homicidio, es así como el informativo policivo rendido por el agente Carlos Gómez Del Valle, comandante de la patrulla investigadora, no señala con precisión como autores a los procesados, sino que concluye que de los indicios (sic) los señalan como autores materiales" (fl. 116). Se ve claro, entonces, que en criterio del fallador la única prueba idónea de incriminación es la llamada "directa", como si la indirecta o indiciaria no comportara también tal efecto.

2. La Sala Penal del Tribunal de Barranquilla confirmó por mayoría dicha sentencia absolutoria (fls. 20 y ss. 4). Dijo el Tribunal:

a) "Al desatar esta Sala el recurso de apelación que se interpuso contra el auto que calificó el mérito del sumario que ordena la reapertura de investigación en el presente proceso, se analizan cuidadosa-

mente los indicios de presencia u oportunidad física de los sindicados, el indicio de actitud sospechosa y los testimonios que convergieron en su momento procesal para dictar resolución de acusación en contra de los sindicados Sergio Correa Consuegra y Aurelio Carroll Estrada. Pero en la etapa de juzgamiento se arrimaron otras pruebas que deben ser analizadas integralmente y se procederá a la evaluación de otras que obran en autos sin análisis especial" (fl. 25).

Repasando la providencia, no se encuentra que en parte alguna el Tribunal haya dicho cuáles fueron las pruebas que se practicaron en la fase del juicio, ni, por tanto, aparece análisis alguno en ese sentido. Es decir, que la contundencia que echó de ver en la providencia que revocó la calificación y acusó, se mantuvo intacta. Al respecto únicamente el Tribunal tocó brevemente la declaración de Jesús Rafael Bolaños (fl. 28).

b) Bajo el título de "pruebas incriminatorias" (fl. 25), el fallo se refiere a los hechos establecidos en el proceso:

Con las declaraciones de los hermanos Visbal Angulo, Rosa Hamburger y el agente de policía Argemiro García, se logró probar que el procesado peleó antes de su muerte con el "Yeyo" Carroll Estrada; que éste y Sergio Correa Consuegra lo estuvieron buscando el día 7 de junio (fecha del homicidio) y que en la tarde del mismo día consiguieron llevárselo en el campero, para después arrimarlo hasta donde su prima Rosa Hamburger.

Con la declaración de Manuel Mercado Alvarez, se estableció que al otro día —8 de junio— el campero fue llevado aproximadamente a las 9:00 de la mañana para ser lavado en la estación de gasolina "Cevillar", donde luego fue abandonado, siendo retenido por la policía el día 9.

"De las declaraciones de indagatoria de Cristo Humberto Barbosa Rodríguez (fls. 92 y 208), Adalberto José Cuadrado (fl. 128) y Víctor Manuel Segura (fl. 122), se establece:

"a) Que Alfonso Segura prestó el vehículo Mazda rojo junto con la tarjeta de propiedad y el seguro obligatorio que su padre había comprado para su uso, a Sergio Correa Consuegra.

"b) Que Sergio Correa entregó el mencionado vehículo, aprovechando que Alfonso Segura estaba privado de la libertad, a Cristo Barbosa, como garantía de una deuda que ascendía a la suma de $ 3.000.000.00.

"c) Que dicho vehículo lo trasladó Cristo Barbosa hasta la ciudad de Valledupar, donde fue recuperado por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

"d) Que los documentos originales del vehículo Mazda rojo, Alfonso Segura se los pidió a su padre el 5 de junio y desde esa fecha desaparecieron" (fls. 26 y 27).

Con la necropsia de folios 42 se estableció que Alfonso Segura fue baleado en las primeras horas de la noche del día 7 referido con "un arma de fuego de carga múltiple".

Bajo el título de "pruebas exculpatorias" (fl. 27), dice el fallo:

"Las deposiciones de María Concepción Montero Márquez y su hermana Nancy Montero, del padrastro de Aurelio Carroll, así como las de Roberto Consuegra, primo de Sergio Correa, y las de Leonith Tais, Aurelio del Portillo, respaldan el dicho del procesado Correa, quien asegura que para la hora de los hechos, se encontraba lejos del lugar y en actividades distintas que si bien no aparecen claramente probadas, tampoco pudieron desmentirse".

Al respecto débese afirmar que esos testigos no dicen que a la hora del homicidio (5:30 p.m.), Sergio Correa se encontrara en su casa.

El testimonio de Manuel Salvador Villa no ofrece credibilidad.

"Por los testimonios allegados en la etapa del juicio, Jesús Bolaños explica que unos 15 días antes de la fecha de su declaración, el abogado que aparece en autos como apoderado de Sergio Correa, lo había estado buscando y lo citó a su oficina para hablarse sobre la declaración que presentaría.

"Este testimonio que se produce un año tres meses después de los hechos, aparentemente es fiel en la relación de algunos hechos *pero presenta características similares a los de todos los declarantes llevados por los apoderados no espontáneas (sic), reticentes y acomodaticias*" (se subraya. Fl. 28)

Es decir que en estos términos rechaza "la prueba exculpatoria".

En un aparte titulado "conclusión", reitera: "*Los testimonios incriminatorios, como se establece en la presente providencia, son claros y contundentes, guardan concordancia con los resultados de la peritación médico legal...*", no obstante lo cual a continuación sostiene que "el acervo probatorio recaudado en el proceso es realmente insuficiente en el ordenamiento de pruebas técnicas, que pudieran o precisar o aclarar algunos testimonios de contenido importante. Los instructores preocupados por la aplicación y conocimiento del derecho penal sustancial descuidan el aspecto probatorio, fundamento y base para la aplicación de las disposiciones penales" (fl. 29. Se subraya).

Empero, a pesar de lo concluido, el mismo Tribunal olvida ese aspecto probatorio, hasta el punto de que no dice a qué "pruebas técnicas" hace referencia.

Luego hace el Tribunal consideraciones meramente "teóricas", abstractas y subjetivas sobre la importancia de los peritajes en una investigación, y anota que "para la criminalística la evidencia física y la requisa de la escena del crimen son pruebas de gran valor para la resolución del caso investigado" (fl. 29). Se refiere después al acta de levantamiento del cadáver de Alfonso Segura Luna, señalando que "no se estableció si existían huellas de llantas de vehículos o de zapatos, ni se estableció la orientación del cuerpo, entre otras cosas"; pero en momento alguno enuncia siquiera qué incidencia tuvo en este caso la omisión anotada.

Después retoma unas "recomendaciones" que se deben seguir en la "escena del crimen" (recomendaciones generales, como las precedentes), e indica: "No es la abundancia de las pruebas recaudadas la que determinan (sic) el éxito de una investigación, es la oportunidad y calidad de las mismas lo cual está muy lejos (sic) de haber sucedido en el tratamiento que se le dio a este proceso" (fl. 3); acotación sin ninguna referencia a este caso concreto, como también ocurre a renglón seguido al señalar que faltó practicar "prueba balística tan importante", omitiendo también indicar la "importancia" de la misma (la importancia de una prueba obviamente debe deducirse dentro de un contexto procesal concreto, determinado).

Finalmente, concluye el sentenciador de segunda instancia: "Por las razones anotadas, considera la Sala que no obstante que se allegaron al proceso pruebas testimoniales e indiciarias importantes, no existe la plena certeza de la responsabilidad de los procesados, quedando insatisfechas las exigencias del artículo 247 del C. de P. P., para condenar" (fl.31).

Con razón se ha dicho que la fórmula del *in dubio pro reo* "está dispuesta para expresar solamente el estado de conflicto entre pruebas opuestas, y no también un estado de duda subjetiva del juez. Quien reconoce que en todos los caminos recorridos por el pensamiento humano está al acecho la duda, de la cual ningún procedimiento de adquisición de la verdad está libre, tiene que excluir que la duda o la incertidumbre debidas solamente a la opinión del juez, y no también a la situación efectiva de las pruebas, pueda legitimar la fórmula dubitativa" (Leone Giovanni, Tratado de Derecho Procesal, ed. Ejea, Buenos Aires 1961, Tomo II, pág. 368).

3. Tiene razón la delegada: En efecto, si se leen desprevenidamente esos fallos (sobre todo el de segunda instancia) deviene lógica, razonable y coherente la impresión de que se va a proferir fallo de condena; pero al final se encuentra la sorpresa de que el fallo es de carácter absolutorio, cuando es bien sabido —y es de suma lógica— que la parte conclusiva del fallo ha de ser el resultado de la parte motiva o consideraciones precedentes.

También se aprecia claro que los conceptos de "certeza", "importancia" y las omisiones que se indican en el cuestionado proveído, no tienen referencia concreta a este caso que se juzga, quedándose de esta manera en el vacío, sin contenido alguno.

De la misma forma esta Sala ha podido percibir —con la delegada—, que, en rigor, no se analiza ninguna prueba, ni en su valoración en sí misma ni en relación con todo el resto del material probatorio; es decir, que no se hace un análisis conjunto o integral, que es indispensable ante la interdependencia de las distintas probanzas.

4. Frente a una motivación tan incompleta, ilógica e incoherente, que no permite siquiera una adecuada impugnación del fallo ante la imposibilidad de comprender cabalmente sus fundamentos, el único remedio es el de la nulidad, con el fin de que se proceda a dictar la sentencia de segundo grado pero con una fundamentación suficiente.

A pesar de que la nulidad que será declarada únicamente afecta el fallo impugnado y de que el Código de Procedimiento Penal autoriza en este evento a la Corte para proferir la sentencia de sustitución (art. 229.1), la Sala, en vez de hacerlo así, remitirá el proceso al Tribunal de origen para que por éste se proceda a corregir la actuación invalidada. Se actúa de esta manera, con el fin de preservar el derecho que tienen todos los sujetos procesales de conocer la motivación de la sentencia, para, si no están de acuerdo con ella, interponer los recursos pertinentes. Dictar fallo de sustitución en este caso concreto, implicaría la pretermisión de una instancia, porque la motivación que hiciera la Corte jamás podría ser controvertida.

Así las cosas, esta Sala casará oficiosamente la sentencia impugnada (art. 218 del C. de P. P.) y declarará la nulidad de lo actuado en el proceso a partir, inclusive, del fallo recurrido en casación. Esto con el fin de que se rehaga la actuación en debida forma.

La invalidación de la sentencia recurrida releva a la Sala del estudio de los cargos contenidos en la demanda, que como se dejó anotado, se orientan por la vía de la causal primera (violación indirecta de la ley sustancial).

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

Resuelve:

1. CASAR la sentencia impugnada.

2. DECRETAR la nulidad del referido fallo de segundo grado, para que se proceda conforme a lo dicho en la parte considerativa.

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, salvamento de voto; *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

FALLO DE SUSTITUCION (SALVAMENTO DE VOTO) / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALVAMENTO DE VOTO) / COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)

Conviene recordar que el fallo de sustitución no se dicta nunca por las únicas argumentaciones que exponga el casacionista exitoso sino que, lo que él expone, basta para declarar procedente la impugnación y recuperar la Corte todos los atributos del juez de conocimiento, pudiendo, en este ámbito, coincidir o no con lo dicho por el Tribunal, por la defensa, por la parte civil, por el Ministerio Público o agregando de su propia cosecha todo lo que logra detectar en el integral estudio del proceso, bien para absolver, bien para condenar. Y por estas adiciones y mudanzas, en un sentido o en otro, nadie se ha atrevido a pregonar un sorprendimiento y desventaja, por el hecho de sólo llegarse a conocer la final argumentación cuando se ha pronunciado el respectivo fallo de sustitución. Todo porque es una atribución final otorgada a la Corte, que tiene por limitantes la resolución acusatoria y lo aportado al expediente, conocido y comentado por cada uno de los intervinientes.

El desacierto del Tribunal fue mayúsculo. De tanta monta que el lector desprevenido de fallo tan insólito no puede menos que advertir el desamparo de la sociedad y la utopía en que se convierte la justicia. Se tiene que concluir en aceptar que los magistrados que lo suscribieron como mayoría de la Sala, por lo mismo que no saben absolver menos saben condenar. Por este camino aparece, de manera fácil, el reinado de la impunidad y el desamparo de las víctimas de los delitos.

Tamaño desacierto, puesto en evidencia por el magistrado que salvara el voto en la segunda instancia; acentuado su relieve en el concepto de la delegada en lo penal; y, definitivamente perfilado en la sentencia de casación dictada por la Corte, en la cual, en el escrupuloso escrutinio que hace de la prueba incriminatoria y la manera como en definitiva insinúa su valor y mérito, se marca de manera notable el desaguisado de no ser consecuente el Tribunal con sus análisis más salientes.

Lo que siente uno, a estas alturas del proceso, es que ahora la Sala haya preferido declarar la decadencia de la sentencia absolutoria para que al retrotraerse la actuación y emitirse nuevo fallo, se atienda a la lógica que exuda este expediente en cada página suya.

Y la frustración cobra cuerpo porque bien se pudo dictar de una vez el fallo de reemplazo, tal como lo insinuó el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, o, atender la prosperidad de la demanda, aspecto este último que este disentimiento apoya sin vacilaciones.

Este último aspecto es el que ahora debe fundamentarse, y , a ello se pasa.

Debe, entonces, empezarse por anotar que, el suscrito, no logra entender cómo puede verse afectado el debido proceso, o el derecho de defensa, por resultar triunfante un recurso de casación. La parte no recurrente, en esta clase de impugnaciones, conoce, puede y debe replicar lo que afirma el recurrente y con lo cual espera convencer a la Corte; además, durante todo el proceso, en las dos instancias, ha tenido sobrada ocasión de hacer valer sus razones. A más no le está dado aspirar ni exigir. De otro lado, conviene recordar que el fallo de sustitución no se dicta nunca por las únicas argumentaciones que exponga el casacionista exitoso sino que, lo que él expone, basta para declarar procedente la impugnación y recuperar la Corte todos los atributos del juez de conocimiento, pudiendo, en este ámbito, coincidir o no con lo dicho por el Tribunal, por la defensa, por la parte civil, por el Ministerio Público o agregando de su propia cosecha todo lo que logra detectar en el integral estudio del proceso, bien para absolver, bien para condenar. Y por estas adiciones y mudanzas, en un sentido o en otro, nadie se ha atrevido a pregonar un sorprendimiento y desventaja, por el hecho de sólo llegarse a conocer la final argumentación cuando se ha pronunciado el respectivo fallo de sustitución. Todo porque es una atribución final otorgada a la Corte, que tiene por limitantes la resolución acusatoria y lo aportado al expediente, conocido y comentado por cada uno de los intervinientes.

Y menos se entiende aquello que afirma la mayoría de la Sala, para sustraerse al cometido de dictar la respectiva sentencia, o sea, que la decisión proferida por el Tribunal, no exhibe los motivos que le llevaron a absolver y el recurrente, la parte civil, no estaba en condiciones de poder determinar la situación que debía atacar con el extraordinario recurso que interpuso.

Esta apreciación resulta inadmisible, porque es la propia Sala Mayoritaria, la que indica los aspectos que llevaron a absolver, ocurriendo sí, como se enfatiza, que no tienen ningún apoyo en la realidad procesal, ni se aviene con la seriedad y trascendencia que debe tener una consideración que se oponga a una prueba de cargo estimada como "clara y contundente". Y la parte civil, también estimó acerta-

damente qué llevó al Tribunal a absolver y por ello atacó este falso fundamento y debió ser aceptado en su acierto. Todos dijeron, la delegada, el recurrente y la Corte, que se trataba de razones baladíes, especulaciones abstractas, esfuerzo argumentativo sin base alguna, comentarios teóricos y subjetivos, etc. Lo que aconteció fue que el Tribunal olvidó la debida inferencia lógica y que el grueso de su sentencia, que conducía a fallo diferente, fue mudado al final, inopinadamente, en unas breves acotaciones, a cual de todas más irracional, ilógica, nimia, infantil, etc. Pero porque no haya guardado un serio esquema de análisis ni haya llegado a donde todos, menos los dos magistrados de mayoría del Tribunal, esperaban que se llegara, no por eso se puede adverar una incoherencia, una ausencia de motivación. En estos casos, la deficiencia intelectual exhibida por el fallador, facilita la labor del recurrente y más todavía el juicio de conclusión de la Corte. Lamentablemente se ha confundido, en esta oportunidad, la fundamentación inexistente, la carencia de razonamientos, con simples deficiencias o explicaciones insatisfactorias.

La situación, para el suscrito, es bien diáfana y tiene la misma transparencia del razonamiento coincidente de la parte civil. En efecto, si el Tribunal se detuvo a analizar la prueba de incriminación, tan trascendente como que él mismo la calificó de extrema "claridad y contundencia", y así la encontraron los subsiguientes exámenes de ese proveído, y luego ofreció los temas neutralizantes, tales como la pericia de balística echada de menos, como también el reconocimiento del procesado Sergio Correa por parte de quienes acompañaron a Segura momentos antes de su injusta muerte, o de Manuel Rodríguez sobre la persona que llevara el vehículo a la bomba, o la inspección que estableciera, en el lugar donde se encontró el cadáver, huellas de zapatos o de llantas, y se ha reconocido que ésto apenas constituía un bla bla jurídico, para extrañar el peso de las demostraciones seguras e incontrovertibles, o para nada incidían en la advertible solución del caso, entonces, qué quedaba de la providencia? Pues los aspectos de incriminación. Y si lo que a este respecto dijo la delegada y la Corte (la inutilidad de esta bobalicona contraargumentación del Tribunal) fue lo mismo que apuntó la demanda, entonces, por qué negar que el fundamento del fallo se esfumó y por tanto procedía dictar el fallo de condena?

La infracción invocada por el recurrente, resultó, en cuatro de sus cinco alegaciones, plena de manifiesta eficacia. Podrá cuestionarse el primero, sin que tampoco se advierta como inadecuado, pero, reitero, las demás censuras tienen la majestad, volumen y peso de las catedrales góticas. O, dónde se citará y refutará un testimonio como el del agente Gómez del Valle, que por su importancia y especificidad exigía una réplica particularizada? O, qué se dijo, en contra de la celerosa insolvencia de Correa Consuegra?

El recurrente, con innegable acierto, tildó de suposiciones y presunciones alocadas lo que el Tribunal, y ya se determinó atrás lo

pertinente del asunto, adujo para absolver. Destacó "que Sergio Correa Consuegra, le entregó a él, el automóvil Mazda de placas RF-01-08, como pago de una deuda y que éste lo había llamado por teléfono a la ciudad de Santa Marta y con su hermana Rosa Barbosa le dejó razón que hiciera desaparecer el rodante o lo quemara porque a su propietario lo habían asesinado.

"Esta afirmación la hizo Cristo Humberto Barbosa Rodríguez, tanto en una versión libre y espontánea recepcionada por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal, la cual fue aportada al proceso como prueba trasladada, como en su posterior indagatoria. Lo manifestado por el antes mencionado fue ratificado por Adalberto José Cuadrado Rodríguez, quien condujo el citado automotor hasta la ciudad de Valledupar.

"En el testimonio de Barbosa Rodríguez, está demostrado con absoluta certeza, los móviles del punible y por esa potísima razón fue que los acusados a toda costa insistieron en llevarse al interfecto y se enojaron con los Visbal Angulo, cuando éstos no les permitieron se llevaran a Segura Luna en el estado de beodez y somnolencia en que éste se hallaba el día que fue asesinado.

"2. Se absolvió a los acusados con fundamento en suposiciones y presunciones a la falta de pruebas de balística y reconocimiento en fila de personas por parte de los testigos, cuando demostrado está que Sergio Correa Consuegra y Aurelio de Jesús Carroll Estrada (a.) 'El Yoyo', fueron las únicas personas que sacaron de la residencia de los Visbal Angulo a Alfonso Enrique Segura Luna y quince minutos después su cuerpo sin vida fue arrojado en el sitio donde se practicó la diligencia de levantamiento del cadáver".

La prueba de balística no tenía incidencia alguna, porque lo que vieron a quienes acompañaron a la víctima, fue algo que se parecía a una escopeta, y, de esta clase de instrumentos, fueron las lesiones reconocidas a Segura Luna, fuera de no haberse aportado arma alguna al proceso para averiguar por su propietario y detallar si éste poseía salvoconducto o no, si había sido disparada, cuándo, contra quién, etc. Y también se destacó, aspecto que dejó de considerar el fallo, la actividad del doctor Carlos Campo Donado, por recuperar el vehículo, y otro abogado, el doctor Víctor Hugo Cepeda Castro, defensor de Correa Consuegra, requirió al señor Manuel Salvador Villa de la Hoz, único testigo presencial de las acciones "para que declarara en favor de unos amigos que estaban presos, cuando todavía la Policía no había encontrado el citado automotor, y ni siquiera le había asignado la investigación al Juzgado Diecinueve de Instrucción Criminal Radicado".

Además, repetimos, cuando se recabó por la consideración del testimonio del agente Gómez del Valle, que se echaba de menos, nadie pudo decir que el Tribunal se había ocupado de su testificación, pese

a su trascendencia. Entonces, qué más tenía que demostrar el recurrente (que entendió, como todo el mundo, por qué el Tribunal había absuelto) si logró esclarecer la inocuidad e impertinencia de esas reflexiones, en lo cual la Corte y la delegada también le acompañaron, pues a nadie escapa que la apreciación de éstos es igual a la de aquél. Total que consiguió derribar el fundamento precario del fallo y por tanto la Sala debió entrar a espigar con toda libertad sobre la prueba de cargo existente en el proceso, para proferir el fallo de reemplazo.

Como ésto no se hizo y se prefirió una solución que sólo dilata definiciones y puede dar lugar a nuevas tozudas inconsecuencias, o incapacidades, es por lo que me he apartado de la resolución mayoritaria.

Con todo respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha ut supra.

ACCION DE REVISION

La acción de revisión es una vía especialísima que busca remediar yerros judiciales provocados por causas que no se conocieron durante el desarrollo del proceso. Por esto, y como quiera que la decisión judicial se vio distorsionada por ellas, es que la cosa juzgada pierde excepcionalmente su vigencia imperecedera, ante la necesidad imperativa de aplicar al caso concreto la decisión que consulte la justicia misma, objetivo último de las decisiones de los jueces. / Entendible resulta que la ley haya fijado taxativamente unas causales que contemplan todos los casos posibles de tropiezos judiciales de este tenor. Uno de ellos es el de los hechos y pruebas nuevas, no conocidos cuando se realizaba el proceso, con la suficiente capacidad de cambiar favorablemente la situación jurídica del condenado. / Quien invoca esta acción es porque posee la suficiente información o las pruebas necesarias que lo han convencido de acudir a la jurisdicción que remedie el entuerto. Por ello, como exigencia cardinal de la demanda se encuentra "la relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 09.

Vistos:

Decide la Sala sobre si la demanda de revisión presentada por la representante legal de *Rocío Villamizar* reúne los requisitos formales exigidos por la ley.

La demanda:

Con fundamento en el numeral 3º del artículo 232, del estatuto procedimental, la accionante eleva su escrito por considerar que pue-

de revisarse la sentencia "...cuando se establezca el estado de inimputabilidad del sujeto, mediante hechos nuevos o pruebas nuevas advenidas posteriormente".

Necesariamente —considera— ese hecho o pruebas nuevos han de tener "...íntima vinculación con la pericia psiquiátrica que se allegó al sumario, pues no de otra manera puede entenderse que se dé una inimputabilidad después de advenida la sentencia...". Ahora bien, en el presente asunto, la probanza inédita, no puede ser otra que "...un nuevo estudio psiquiátrico brindado por el Instituto Forense...", dado que la pericia obrante en autos "...ofrece otro sentido, otra valoración, nunca estimada por las instancias que impusieron la condena: que si bien cuando se ocasionó el primer y segundo golpe, Rocío Villamizar se encontraba en goce de sus facultades mentales, empero, seguidamente, instantes después, esto es, cuando sobreviene el tercero o cuarto golpe, padeció la afección mental valorada como trastorno mental transitorio por el psiquiátra forense...", por lo que no tiene sentido que los jueces falladores hayan condenado a su defendida como imputable cuando, como se ve, ha debido serlo como inimputable.

A renglón seguido deduce que la muerte de la víctima sobrevino "...después de los primeros golpes por cuanto, según consta en autos, la víctima intentó levantarse...". Por consiguiente, las lesiones mortales se produjeron cuando su poderdante no se encontraba en uso de sus facultades cognoscitivas normales. No obstante, pese a haber hecho uso del derecho constitucional de petición ante el Instituto de Medicina Legal en procura de una ampliación del dictamen, recibió una negativa como respuesta, dado que sólo atiende requerimientos de las autoridades judiciales.

Concluye advirtiendo que la Corte posee el derecho que le otorga el artículo 237 del C. de P. P., y por ello solicita oficiar al Instituto de Medicina Legal para obtener su aclaración sobre el dictamen rendido en el proceso, cuya copia, junto con las de los fallos de primera y segunda instancias, acompaña con la demanda.

La Corte:

1. La acción de revisión, como muchas veces se ha repetido en el pasado y hoy se reitera, es una vía especialísima que busca remediar yerros judiciales provocados por causas que no se conocieron durante el desarrollo del proceso. Por esto, y como quiera que la decisión judicial se vio distorsionada por ellas, es que la cosa juzgada pierde excepcionalmente su vigencia imperecedera, ante la necesidad imperativa de aplicar al caso concreto la decisión que consulte la justicia misma, objetivo último de las decisiones de los jueces.

Entendible resulta que la ley haya fijado taxativamente unas causales que contemplan todos los casos posibles de tropiezos judiciales de este tenor. Uno de ellos es el de los hechos y pruebas nuevos, no conocidos cuando se realizaba el proceso, con la suficiente capacidad de cambiar favorablemente la situación jurídica del condenado.

Ahora bien, es entendible que quien invoca esta acción es porque posee la suficiente información o las pruebas necesarias que lo han convencido de acudir a la jurisdicción para que remedie el entuerto. Por ello, como exigencia cardinal de la demanda, se encuentra "La relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición". Ello significa que no bastan las simples afirmaciones del accionante para que la Corte admita el libelo e inicie los trámites propios de la acción. La obligación del revisionista es allegar con su escrito las probanzas que sustenten la parte central de sus pretensiones. Con esta información básica la Sala tiene la capacidad de discernir sobre la seriedad de la solicitud y decidir en consecuencia, bien aceptando integralmente las evidencias presentadas, ora enriqueciendo el debate con nuevas pruebas que nieguen o confirmen las presentadas por el demandante.

2. En el caso presente, la revisionista olvida estas preceptivas. Con la especulación como herramienta de su razonamiento, edifica una hipótesis que no se preocupa por demostrar. Basándose en el dictamen médico-legal que sirvió de fundamento para el fallo, lo interpreta a su acomodo, exponiendo conclusiones que sólo encuentran apoyo en sus palabras. Habla de dos momentos en la comisión del hecho delictuoso: el primero, dentro del cual la condenada gozaba de la plenitud de sus facultades mentales; el segundo, cuando padecía de un trastorno mental transitorio.

Basa su aserto en que, posiblemente, una ampliación del dictamen pericial proporcione apoyo a sus palabras. Sin embargo, es una simple suposición pues el Instituto de Medicina Legal no se ha pronunciado en el sentido que defiende la revisionista, ya que sólo le responde inquietudes de este tipo a las autoridades judiciales. Esta negativa la lleva a hacer partícipe a la Corte de sus conjeturas, solicitándole que supla su misión y solicite a Medicina Legal dicha ampliación.

3. La petición es insólita. La acción de revisión se nutre de hechos ciertos y no de posibilidades. Por ello se exige con la presentación de la demanda se aporten por su signatario las pruebas que al menos persigan demostrar el aspecto central de la cuestión que pretende defender. Al respecto, cabe anotar que su referencia al artículo 237 del C. de P. P., para amparar su petición, no tiene razón de ser. El período probatorio que la norma contempla tiene como objetivo ampliar la información suministrada por el letrado. De ahí que se abra el proceso a prueba por el término de quince días, lapso dentro del cual se recepcionarán las pruebas que soliciten las partes y las que estime

convenientes la Sala con el fin de aclarar, comprobar o ampliar las probanzas allegadas con la demanda.

Por ello, este período se surte una vez el demandante ha presentado su escrito acorde con los requisitos formales exigidos por el artículo 234 del estatuto procedimental. Si su escrito no cumple con ellos y provoca su rechazo, es claro que no hay lugar a ningún período probatorio, como pretende instaurarlo la revisionista.

4. Ahora bien, si sus palabras apenas encuentran apoyo en conjeturas, y no pudiéndose acudir al lapso probatorio del artículo 237 en comento, es claro que no existe ningún fundamento serio de la existencia de hechos o pruebas nuevos, carencia que determina el fracaso del escrito al no cumplir con uno de los requisitos formales de su presentación.

Así las cosas, no queda otro recurso que inadmitir la demanda.

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

Resuelve:

INADMITIR la demanda de revisión impetrada por la apoderada de Rocío Villamizar, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

En firme, archívese el expediente.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana. Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL

Aun cuando la ley le da al fiscal el carácter de "funcionario judicial", ha de tenerse en cuenta que ello es exclusivamente para aquellas competencias que por su propia naturaleza son judiciales en los sistemas acusatorios de mayor pureza que el nuestro, como ocurre con las medidas asegurativas, los allanamientos, etc. y que el constituyente para podérselas asignar al fiscal tuvo que darle a éste el carácter de funcionario judicial. En lo demás, fiscal y juez son realmente funcionarios diferentes. / En materia de impedimentos, por tener tal incidente influencia directa en la competencia, las causales son siempre taxativas, sin que sea permitido extensión o analogía alguna.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado Acta número 11.

De plano decide la Corte el impedimento propuesto por los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca *Germán Marroquín Grillo* y *Enrique Ortega Custiblanco*, y no aceptado por la Sala mayoritaria que les sigue en turno.

Antecedentes inmediatos:

Al ciudadano *Rafael Bernal Delgado* se le adelantó proceso penal en el Juzgado Noventa y Cuatro de Instrucción Criminal radicado en Zipaquirá el cual, en desarrollo de la competencia entonces a él asignada, profirió en su contra resolución acusatoria por el delito de fraude procesal la que impugnada fue confirmada por la Sala presidida por el magistrado Germán Marroquín Grillo, según providencia de marzo 31 de 1992.

Terminada la etapa de la causa con sentencia la parte civil la recurrió, correspondiendo esta vez a la Sala que preside la magistrada Nydia López de Salamanca quien señaló fecha para la sustentación

del recurso, oportunidad que aprovecharon los restantes magistrados para manifestar su impedimento por haber cumplido en este proceso la función de fiscales, pues en su calidad de magistrados revisaron el pliego de cargos que es lo que hoy hace un fiscal según el nuevo ordenamiento procesal. Invocan el numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P., tal como quedó con las modificaciones introducidas por la Ley 81 del presente año.

La Sala que se integró con los magistrados que les siguen en turno, por mayoría, no aceptó el impedimento, remitiendo la actuación a la Corte para que se decida el incidente.

El argumento total de la Sala mayoritaria es el siguiente: "...esta Sala... disiente de la interpretación *extensiva* que hacen del numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P. (creado por la Ley 81 de 1993), porque la verdad es que, en materia de competencias las disposiciones que la rigen son *taxativas* y sólo admiten interpretación *restrictiva*.

"Así pues, si la norma en cuestión sólo mencionó a "quien haya actuado como fiscal" y no a quienes hayan ejercido funciones similares, ha de entenderse que única y exclusivamente aquél funcionario puede separarse del conocimiento de un asunto que ahora debe examinar como juzgador".

Del anterior criterio se apartó la magistrada Pachón Rojas para quien "no es acertada la interpretación exegética que de la ley se hace en la ponencia mayoritaria, toda vez, que el intérprete judicial debe ir más allá del contenido literal para desentrañar el querer del legislador".

Consideraciones de la Corte:

1. Es un principio universal, legislado entre nosotros, que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu" (art. 27 C. C.).

2. El numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P., tal como quedó con la reforma que le introdujo la Ley 81 de 1993, es de una absoluta claridad cuando erige como causal impediente "Que el juez haya actuado como fiscal", de donde resulta imperativo para el intérprete ceñirse a ese tenor literal, pues si en la voluntad del legislador hubiese estado el de extender tal impedimento a los antiguos Jueces de Instrucción Criminal o a los funcionarios que conocían de la segunda instancia en las competencias de aquellos, lo hubiera dicho expresamente, o hubiese utilizado un giro que lo indicase inequívocamente, como el que sugiere acertadamente la Sala mayoritaria que desestimó el impedimento aquí propuesto.

Además, aun cuando la ley le da al fiscal el carácter de "funcionario judicial", ha de tenerse en cuenta que ello es exclusivamente para

aquellas competencias que por su propia naturaleza son judiciales en los sistemas acusatorios de mayor pureza que el nuestro, como ocurre con las medidas asegurativas, los allanamientos, etc., y que el constituyente para poderselas asignar al fiscal tuvo que darle a éste el carácter de funcionario judicial. En lo demás, fiscal y juez son realmente funcionarios diferentes.

Por manera que cuando intervinieron en este proceso quienes ahora se declaran impedidos no lo hicieron en su calidad de fiscales, sino de jueces de segunda instancia con competencias expresamente asignadas, que en nada interfieren a las que hoy tienen en esa misma calidad.

3. Es igualmente cierto, y lo reafirma ahora la Corte, que en materia de impedimentos, por tener tal incidente influencia directa en la competencia, las causales son siempre taxativas, sin que sea permitido extensión o analogía alguna. Siguese, entonces, que no tienen razón los magistrados que manifestaron su impedimento y menos aún la tiene la magistrada que salvó el voto a la providencia que lo inaceptó. Se devolverá en consecuencia el proceso, para que se proceda de conformidad.

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

Resuelve:

DIRIMIR el incidente de impedimento propuesto por los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, doctores Germán Marroquín Grillo y Enrique Ortega Castiblanco, en el sentido de que no les asiste la razón. Vuelva el proceso al Tribunal de origen para que se proceda de conformidad.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Ver salvamentos de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez, en impedimento del 28 de enero de 1994. Radicación número 9035. Ver aclaración de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. En impedimento del 03 de febrero de 1994. Radicación número 9058.

NULIDAD / COMPETENCIA / EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

Cuando la presunta nulidad por falta de competencia tiene como presupuesto un error en la denominación jurídica el cargo debe orientarse a demostrar dicho error, porque si él prospera, como consecuencia se asignará el conocimiento del proceso al funcionario competente. Pero no puede alegarse nulidad dando por demostrado lo que precisamente corresponde demostrar. / Aún tratándose de la causal tercera de casación (nulidad) el censor está en el deber de fundamentar y mostrar la razón de su dicho. / La figura contravencional de el ejercicio arbitrario de las propias razones exige la existencia de un derecho legalmente reconocible. / El error en la denominación jurídica de la infracción debe invocarse al amparo de la causal tercera de casación, porque en el evento de prosperar conllevaría la nulidad del proceso, y las nulidades dentro del régimen de este extraordinario recurso obedecen a normas y procedimientos específicos y sus motivos no pueden discutirse con apoyo en ninguna otra causal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 13.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Gonzalo Duque Gómez*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Dorada, con las siguientes modificaciones: disminuyó la pena de prisión de dieciocho (18) a doce (12) meses y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, como responsable

del delito de abuso de confianza. Revocó la condena en perjuicios, y en su lugar dispuso que fueran fijados en la forma prevista en el artículo 107 del Código Penal. Posteriormente adicionó la sentencia tijándose el monto de la indemnización de perjuicios en 800 gramos oro.

I. Hechos:

Fueron resumidos por el procurador, así:

"Los señores Manuel Antonio Arango y Gonzalo Duque Gómez venían celebrando desde el año de 1986 una serie de negociaciones consistentes en la entrega, por parte del primero de los nombrados al segundo, de ganado de su propiedad para ser administrado por Duque quien se hallaba en calidad de mero tenedor con la obligación de restituirlo al dueño en el momento en que lo solicitare. La celebración de estos contratos inicialmente se hizo constar por escrito, con la denominación de 'Contrato de ganado en participación'.

"El dia dieciséis de noviembre de 1988 se hizo división de utilidades, quedando en poder de Gonzalo Duque Gómez 54 vacas horras y un toro, de propiedad de Manuel Antonio Arango con el mismo propósito descrito anteriormente y en las mismas condiciones, sólo que esta vez no se firmó pacto escrito alguno.

"El 25 de mayo de 1989, luego de varias negativas de restitución del ganado por parte del señor Gonzalo Duque Gómez (tenedor), la esposa del propietario, Rosaura Giraldo de Arango, instauró denuncia penal por el delito de ABUSO DE CONFIANZA ya que las 54 vacas horras, el toro y 17 crías, fueron vendidas por el procesado sin autorización alguna de su dueño, señor Manuel Antonio Arango".

II. Actuación procesal:

El Juzgado Tercero Penal Municipal de La Dorada (Caldas) inicialmente se abstuvo de abrir investigación por considerar que el hecho denunciado no constituía infracción a la ley penal por tratarse de un asunto esencialmente civil.

La denunciante mediante apoderado presentó un memorial en el que solicitó la revocatoria del auto inhibitorio antes señalado, anexando algunas pruebas que fueron tenidas en cuenta por el juzgado para acceder a lo pedido y declarar abierta la investigación penal.

La señora Rosaura de Arango se ratificó en su denuncia, así como el propio ofendido Manuel Antonio Arango quien también fue llamado a declarar.

Gonzalo Duque Gómez al rendir indagatoria reconoció haber efectuado negocios con Manuel Antonio Arango, recibiendo ganado de propiedad de éste para su administración. Manifestó que desde el momento en que no se firmaron más contratos, se creó la sociedad de hecho que según él existía. Agrega que el ganado que quedó en su finca era de su propiedad pero que aún faltaba liquidar utilidades. Admite que vendió los semovientes porque eran suyos.

El Juzgado Trece Penal Municipal de La Dorada resolvió la situación jurídica del indagado, imponiéndole caución prendaria por el delito de abuso de confianza.

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la anterior providencia, el juzgado resolvió desfavorablemente el primero y concedió el segundo.

El Tribunal Superior de Manizales confirmó la medida de aseguramiento materia de impugnación.

El Juzgado Doce de Instrucción Criminal de La Dorada, al que llegaron las diligencias por competencia en razón de la cuantía, avocó el conocimiento, declaró cerrada la investigación y calificó el mérito del sumario mediante auto de diciembre 4 de 1990, profiriendo resolución de acusación contra Gonzalo Duque Gómez por el delito de abuso de confianza.

Impugnado el auto calificatorio por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Manizales lo confirmó en proveído de febrero 13 de 1991.

La tramitación de la etapa del juicio le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Dorada, despacho que luego de realizar la audiencia pública, dictó sentencia condenatoria contra Duque Gómez imponiéndole pena principal de dieciocho meses de prisión y multa de mil seiscientos pesos ($ 1.600), por el punible de abuso de confianza. Igualmente le impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal y las siguientes sanciones pecuniarias: a) Pagar la suma de nueve millones quinientos ochenta y siete mil setecientos veinte pesos ($ 9.587.720) a favor de Manuel Antonio Arango, por concepto de perjuicios ocasionados con el delito; b) Pagar trescientos mil pesos ($ 300.000) por concepto de honorarios al apoderado de la parte civil; y c) Cancelar noventa y cuatro mil doscientos pesos ($ 94.200) por concepto de honorarios al perito. Otorgó al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelada la sentencia por el defensor del condenado, el Tribunal Superior de Manizales la confirmó parcialmente con las modificaciones y adiciones anteriormente anotadas.

III. La demanda:

El demandante formula cuatro cargos, los tres primeros al amparo de la causal primera (art. 220-1 del C. P. P.), por violación directa de la ley sustancial y el último por estimar que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad (art. 220-3 del C. P. P.).

Primer cargo:

Cita como normas sustanciales violadas en forma directa, las siguientes: artículos 358 del C. P., 1º-16 de la Ley 23 de 1991, 41, 42-3, 44, 103, 105, 107, 68 y 69 del C. P.

El censor afirma que acepta el análisis probatorio efectuado por el sentenciador, del cual se sacaron entre otras conclusiones, las de que el procesado tenía derecho a percibir ciertas utilidades no especificadas en la sentencia con motivo de las relaciones contractuales existentes entre él y el supuesto ofendido, las cuales por demás no habían sido canceladas.

Estima que en estas condiciones, no cabe duda de que la conducta del procesado encaja en el tipo contravencional previsto en el artículo 1º-16 de la Ley 23 de 1991, que tipifica como contravención especial el "Ejercicio arbitrario de las propias funciones" (sic), luego de ninguna manera puede concluirse, como lo hizo el *ad quem*, que el procesado incurrió en el delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 358 del C. P. En consecuencia la sentencia "aplicó indebidamente el artículo 368 (sic) del Código Penal y no se aplicó el artículo 1º-16 de la Ley 23 de 1991, habiéndose incurrido además en la aplicación indebida de los demás preceptos sustanciales indicados.

Sostiene, que si con la venta de semovientes cuya indebida apropiación se le endilga al procesado, lo que éste pretendía era ejercer su legítimo derecho a percibir sus ganancias derivadas de las operaciones contractuales que lo ligaban al supuesto ofendido "resulta palmar que aquél incurrió o pudo haber incurrido en la contravención especial de ejercicio arbitrario de las propias razones, nunca en el delito de abuso de confianza", pues tal derecho le asistía, como lo reconoció el fallador; "otra cosa distinta se tendría que concluir si el mencionado derecho no hubiera existido". Como surgieron diferencias entre los contratantes en torno a la liquidación de los negocios, el procesado bien pudo haber recurrido a las autoridades y no hacerse justicia por su propia mano, como lo hizo al vender el ganado que estimaba le correspondía.

Agrega el libelista, que "agudizando un poco en el análisis encontramos que, cuando menos, al procesado le hubiera correspondido algunas reses por concepto de sus utilidades, si es que no se acepta que le correspondían todas aquellas de que dispuso. Pero ni aún en éste supuesto exceso cabría predicar el delito de abuso de confianza, pues dicho exceso, por lo demás no cuantificado en el proceso, sería atribuible también y sólo a la arbitrariedad con la que el procesado quiso ejercer su derecho..."

Solicita que se case la sentencia, disponiéndose en su lugar la absolución del acriminado.

Segundo cargo:

Subsidiariamente plantea la violación directa de las siguientes normas sustanciales: artículos 358, 40-3, 29 3, 41, 42-3, 44, 103, 105, 106, 107, 68 y 69 del C. P.

Afirma que se estableció en el proceso "Y así de alguna manera lo concluyó el *ad quem*, que el procesado obró con el convencimiento de que ejercía derechos derivados de una sociedad de hecho existente entre él y el supuesto ofendido y, en fin, derivados de las relaciones contractuales que los vinculaban".

Sostiene que siendo así, no cabe duda de que el procesado obró inculpablemente, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 40-3 del C. P. En este caso, resulta evidente que su defendido procedió a vender el ganado por estar convencido de manera invencible de acuerdo con las circunstancias en las que actuó, de que lo asistía pleno derecho de ello, de lo cual surge diáfanamente su inculpabilidad, teniendo en cuenta además el artículo 29-3 del C. P., para cuyos efectos debe observarse lo dispuesto en los artículos 2083 del C. C., y 507 del C. Co.

Agrega que el *ad quem* no aplicó los artículos 40-3 y 29-3 del C. P., y como consecuencia de dicha omisión, aplicó indebidamente "los demás preceptos cuya violación se le enrostran".

Solicita a la Corte que se case la sentencia y en su lugar se disponga la absolución de su defendido.

Tercer cargo:

Para el caso de que ninguno de los cargos anteriores prospere, plantea la violación directa de los artículos 40-4, 41, 42-3, 44, 103, 105, 106, 107, 68 y 69 del C. P.

Por las mismas razones expuestas en la sustentación de los otros cargos, el recurrente plantea que el acusado actuó con la convicción errada e invencible de que no concurría en su actuar alguna de las circunstancias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

Agrega, que en este caso, el error se relaciona con la ajenidad misma de la cosa, elemento éste cuya concurrencia es indispensable para la configuración del delito de abuso de confianza. Manifiesta que el procesado se consideraba con pleno derecho a disponer de las reses, lo que conduce a reconocer su inculpabilidad según lo normado en el artículo 40-4 del C. P. "Pero en el caso de que se estime vencible el error, se tendría que llegar a las mismas conclusiones, habida cuenta de que el tipo penal del abuso de confianza no admite comisión culposa".

Dice que como consecuencia de la omisión en la aplicación del artículo 40-4 del C. P., se aplicaron indebidamente "los demás preceptos cuya violación se le enrostran".

La solicitud es la misma, casar la sentencia y absolver a su defendido.

Cuarto cargo:

Plantea el censor, que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por falta de competencia —art. 304— del C. P. P.

Empieza por afirmar que la conducta del procesado "encaja en el tipo contravencional previsto en el artículo 1º-16 de la Ley 23 de 1991 ...Ejercicio arbitrario de las propias funciones" (sic).

El censor repite las mismas argumentaciones que le sirvieron para intentar demostrar el primer cargo, para concluir lo siguiente: "De acuerdo con lo anterior el *ad quem* carecía de competencia para proferir sentencia en este asunto, pues en materia de contravenciones especiales la competencia está atribuida a las autoridades de policía de conformidad con el artículo 1º de la Ley 23 de 1991. Se incurrió así en la causal prevista en el artículo 304-1 del C. P. P.".

Dice el libelista que "debe casarse totalmente la sentencia impugnada, decretando la nulidad de la actuación procesal a partir del auto cabeza de proceso. Así mismo debe declararse extinguida la acción penal por la operancia de la caducidad de la querella (art. 2º de la Ley 23 de 1991).

IV. Alegato del no recurrente:

El representante de la parte civil, en su oportunidad, presentó un escrito en el cual se opone a las pretensiones del recurrente, resaltando que la narración de los hechos consignados en la demanda, encierra la aceptación de la "incursión de su patrocinado en el delito que se investiga y se pretende castigar en este proceso".

Dice que los cargos primero y cuarto deben ser rechazados, porque el actor no obró con el fin de ejercer un derecho y por el contra-

rio, con su actuación incurrió en conducta típica antijurídica y culpable, esto es en el delito de abuso de confianza. En resumen critica la posición del recurrente expresando que con la peregrina teoría que plantea se concluiría la inexistencia de los delitos y la conversión de los mismos en meras contravenciones.

Respecto al segundo cargo, resaltó algunas equivocaciones gramaticales de la demanda, expresando que debe ser desechada, porque la conducta típica antijurídica y culpable la realizó el acusado cuando ya había sido citado de manera prudente y enérgica por el ofendido ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de La Dorada, donde le fue leído el requerimiento para que dejara inspeccionar las reses y liquidaran las utilidades, y fue después de haberse denunciado cuando decidió obtener el fruto de su conducta ilícita vendiendo el ganado en tenencia y bajo confianza conforme al contrato celebrado.

Se opone a que se reconozca al procesado que actuó en legítimo ejercicio de un derecho, porque en su sentir no se dan las condiciones de tal actuación justificativa en este caso concreto.

Considera que el cargo tercero tampoco puede prosperar, porque el recurrente pretende sostener que su defendido desconocía que el ganado perteneciente al señor Manuel Antonio era de exclusiva propiedad de éste, ignorando que le había sido entregado a título de mera tenencia, que lo estaba prohibido disponer de él e incluso trasladarlo de una finca a otra sin autorización de su dueño.

Agrega que para aceptar error de tal magnitud sería indispensable que se hubiera establecido que el procesado desconocía la existencia del contrato celebrado con el ofendido, hecho descartado por él mismo cuando confesó la naturaleza de las relaciones existentes entre ellos, e incluso señaló el procedimiento para dividir las utilidades que produjeran los semovientes. Además no era la primera relación contractual que los ligaba, prueba de ello son los contratos aportados a la investigación y las declaraciones de testigos que los confirman.

En síntesis, afirma que no existe la más remota posibilidad de que el procesado se equivocara al considerar como suyos unos ganados que había recibido a título de mera tenencia.

V. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia recurrida, con apoyo en las siguientes razones:

Inicialmente advierte que la demanda pasa por alto la naturaleza del recurso extraordinario y se constituye en un mero alegato de instancia en el cual, sin orden ni concreción se lanzan planteamientos no sustentados y a través de un mismo conjunto argumentativo, sin que

se detenga en ninguno de ellos a demostrar los errores de la sentencia, aunque denomine a sus aseveraciones "Demostración del cargo".

Cuarto cargo:

Observa que el recurrente no señala con claridad y precisión los fundamentos de la causal en la cual apoya su censura; se limita a especular en cuanto a la adecuación típica de los hechos, que reconoce sin objeción alguna, a fin de afirmar que la conducta de su defendido ha debido subsumirse en el artículo 1-16 de la Ley 23 de 1991 y no en el artículo 358 del C. P.; no aclara qué clase de nulidad está planteando acorde con los factores que determinan la competencia, aun cuando se adivina que se refiere a la naturaleza del hecho; no expresa las razones por las cuales considera que la nulidad debe decretarse a partir de la apertura de investigación, sin tener en cuenta que para la época de los hechos el ejercicio arbitrario de las propias razones constituía delito y no contravención y que el juzgado que profirió la medida entonces, era competente para ello.

Dice que el demandante no abordó los temas complejos que se presentan cuando se propone la nulidad por falta de competencia, dando por sentado que es verdad procesal que los hechos se adecúan perfectamente a la figura contravencional citada, como si así lo hubiera asumido el fallador; por ello solamente dedica unas pocas frases a sostener que prevalece el tipo de ejercicio arbitrario de las propias razones sobre el abuso de confianza creyendo sin hilación alguna, en la proposición de la falta de competencia del juzgador.

El procurador considera que la demanda está mal estructurada, pues el deber del libelista era demostrar primero sin dudas, la equivocación del juzgador en cuanto adecuó la conducta al tipo penal del abuso de confianza, entrando forzosamente en el análisis de cada uno de sus elementos para determinar la prevalencia de la figura del ejercicio arbitrario de las propias razones, destacando con esto la validez de las afirmaciones del sentenciador, quien por esta vía resultaría incompetente en razón de la naturaleza del hecho que motivó el juzgamiento.

El Ministerio Público plasma su posición frente al motivo de anulación enunciado por el libelista, en los siguientes términos:

> "En opinión de esta oficina, lo que ha debido hacer el demandante si pretendía algún éxito de la censura, era entonces atacar la sentencia de segunda instancia por haber sido proferida en juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso, específicamente por el error cometido en la denominación jurídica de la infracción, determinante éste, de prosperar, de la falta de competencia del juzgador, pues lo que discute en la demanda es, en últimas y como se anotó,

el proceso de adecuación típica que demarcaría la existencia de una contravención en hechos que fueron juzgados como delictivos.

"El análisis de una posible nulidad así planteada debe recaer sobre el proceso de adecuación típica elaborado en la resolución de acusación a fin de demostrar que hubo error, pues es ahí donde al instructor le es exigible acusar sobre la base de que ya se haya demostrado la tipicidad del hecho investigado. En el caso presente y del análisis de los medios de convicción allegados (prueba documental, testimonial, inspección judicial, etc.) se tiene que todo el acervo probatorio apunta a la demostración de que la conducta de Gonzalo Duque Gómez constituye un abuso de confianza".

Transcribe algunos apartes de la resolución de acusación y de la providencia que la confirmó, para señalar que el argumento resulta válido para demostrar que no hubo ejercicio arbitrario de las propias razones sino abuso de confianza, dado que la figura contravencional exige la existencia de un derecho legalmente reconocible, como en este caso lo es, frente a la naturaleza del contrato denominado por las partes "de ganado en participación", el derecho sobre las utilidades el cual no puede extenderse sobre los semovientes de propiedad de Manuel Antonio Arango, como lo especifican los contratos que se allegaron y sobre cuya base continuó la modalidad de la negociación, una vez estos perdieron vigencia, pues se estipuló una duración de un año. Se reconoció además mediante los medios de convicción, que este hecho de expiración de los contratos reducidos a escrito, no degeneró en una sociedad de hecho. Por lo tanto no existe derecho legítimo cuyo ejercicio se hubiera llevado a cabo con la venta de semovientes sobre los que no poseía derecho alguno. Podría pensarse en la posibilidad de existencia de un "derecho de retención", figura jurídico-civil (art. 2188 de C. C.) que implica la obligación de restituir, pero en este caso no hubo retención ni voluntad de hacerlo, pues el procesado vendió los semovientes, por lo que hubo apropiación.

Finalmente expresa que no hubo error en la denominación jurídica, y por consiguiente el cargo no debe prosperar.

Causal primera. Violación directa de la ley sustancial.

Observa la delegada, que en los tres cargos que por esta vía formula el demandante, se enuncia un considerable número de normas sin ningún análisis tendiente a demostrar la modalidad de la violación de cada uno de los preceptos citados y cuál fue la incidencia de la violación en el fallo recurrido, a pesar de que la demanda es "formalmente ordenada".

Frente a los planteamientos del libelo concluye el procurador que el libelista no acepta los hechos como fueron estimados por el fallador

en el sentido de que no concurrió en su actuar ninguna causal de inculpabilidad y de que lo que el procesado cometió fue un abuso de confianza.

Agrega que lo contradictorio de los cargos no se rechaza de plano, por haber sido presentados en forma subsidiaria, sin embargo considera que un ataque tan indiscriminado, resta firmeza a la intención de derrumbar el fallo, pues lo subsidiario no releva de la obligación del casacionista de dotar de "claridad y precisión" a su escrito.

Primer cargo:

Según el procurador el censor no aclara la "modalidad de la violación directa de ninguna de las normas que enuncia". "Al aceptar los hechos tal como fueron estimados por el fallador equivocó la vía, pues ha debido demandar por violación indirecta de la ley sustancial a fin de demostrar cómo las pruebas recaudadas conducen a la demostración de su petición y cómo fueron valoradas erróneamente por el fallador para concluir imputándole al procesado el delito de abuso de confianza y así poder controvertir los elementos del tipo penal (art. 358 C. P.) y el yerro en el encuadramiento de la conducta de Gonzalo Duque Gómez. Si lo que demanda es una indebida aplicación de la norma antes mencionada no puede al mismo tiempo demandar una falta de aplicación del artículo 1º-16 de la Ley 23 de 1991, puesto que el fallador carecía de competencia para su aplicación asignada a las autoridades de policía y el fallo sería nulo. Invoca también la aplicación (falta de aplicación) de los artículos 68 y 69 del Código Penal cuando está demostrado que el procesado no tiene derecho a la condena de ejecución condicional, pues el quantum de la pena efectivamente impuesta supera los límites para su concesión y de aceptarse la tesis de la indebida aplicación del artículo 358 del C. P., lo que procedería sería la nulidad por falta de competencia y por el mismo motivo —falta de competencia— sería imposible su aplicación por la jurisdicción".

Estima que la falta de técnica en la formulación del cargo impide su prosperidad.

Segundo cargo:

Expresa que el Tribunal jamás reconoció, ni lo hizo el fallador de primer grado, como probada la hipótesis de inculpabilidad por error de prohibición y por ello no aplicó las normas ahora reclamadas. Para el efecto transcribe algunos apartes de las sentencias de primero y segundo grado.

Agrega, que el haber reconocido al procesado el derecho que le asistía sobre las utilidades en virtud de los contratos existentes, no implica que le haya sido reconocido el error, pues en ambas instan-

cias se afirma que Duque Gómez sabía que de los ganados de propiedad de Arango no podía disponer.

De lo anterior concluye la delegada que el cargo no puede prosperar.

Tercer cargo:

Señala que el recurrente enuncia una cantidad de normas, sin demostrar cómo se produjo la violación directa de ellas, sólo se refiere a la falta de aplicación del artículo 40-4 del C. P.

Dice que si los presupuestos de la alegación no son coincidentes con las conclusiones de la sentencia, teniendo en cuenta que nunca se discutió la ajenidad de los semovientes, ya que el propio sentenciado reconoce que no eran suyos, por lo que no pudo haber error sobre este elemento del tipo penal abuso de confianza. Como el Tribunal jamás consideró como probada la hipótesis de inculpabilidad planteada, no aplicó el precepto reclamado. En definitiva el cargo no debe prosperar.

VI. Consideraciones de la Corte:

Respetando el principio de prioridad la Sala se ocupará inicialmente del cargo de nulidad, ya que de prosperar sería innecesario todo análisis sobre la presunta violación directa de la ley sustancial.

1º *De la nulidad.* El libelista plantea que "el *ad quem* carecía de competencia para proferir sentencia en el presente asunto, pues la conducta objeto del proceso es una contravención especial cuyo conocimiento está atribuido a las autoridades de policía".

Para demostrar la censura da por sentado que es verdad procesal que los hechos se adecúan perfectamente a la figura contravencional del ejercicio arbitrario de las propias razones, como si así lo hubiera asumido el sentenciador, sin demostrar la presunta equivocación en que éste pudo incurrir al adecuar la conducta al tipo penal del abuso de confianza.

Cuando la presunta nulidad por falta de competencia tiene como presupuesto un error en la denominación jurídica, que es lo que en definitiva plantea la demanda, el cargo debe orientarse a demostrar dicho error, porque si él prospera, como consecuencia se asignará el conocimiento del proceso al funcionario competente. Pero no puede alegarse nulidad dando por demostrado lo que precisamente corresponde demostrar, falta en la que incurre el demandante.

El censor no tiene claridad sobre los vicios que afectan la sentencia por falta de competencia y los que vulneran el debido proceso, de modo que indistintamente se refiere a uno y otro, imprecisión que

por la estrecha relación existente entre las dos causales de nulidad no da lugar a la desestimación del cargo, pero sí deja sin mayor fuerza su fundamentación.

Entrando en el breve análisis argumentativo que expone el impugnante, se tiene que el actor se limita a afirmar que no se puede predicar el abuso de confianza, sino el ejercicio arbitrario de las propias razones, pasando por alto que aún tratándose de la causal tercera de casación el censor está en el deber de fundamentar y demostrar la razón de su dicho.

Aduce el censor que con la venta de los semovientes lo que pretendía el procesado era ejercer su legítimo e indiscutible derecho a percibir sus ganancias derivadas de las operaciones contractuales que lo ligaban al ofendido, ya que tal derecho le asistía como lo reconoció el *ad quem*, y al vender el ganado que estimaba le correspondía, su conducta se adecúa al mencionado tipo contravencional. Con estas especulaciones, el libelista pretende anteponer su criterio al del fallador, que en la sentencia hizo un análisis profundo de los elementos del tipo penal por el que condenó al procesado con base en el examen de las pruebas recaudadas.

Un repaso a los hechos que motivaron la presente actuación indica a las claras que el comportamiento que se le reprocha al procesado Duque Gómez, se subsume dentro del tipo que describe el abuso de confianza, como acertadamente lo concluyó el Tribunal en la sentencia, que dice textualmente:

> "...el conjunto probatorio converge a la certeza de que el procesado Gonzalo Duque Gómez efectuó actos de señor y dueño, que le estaban vedados, sobre los bienes muebles que le habían sido entregados a título no traslativo de dominio, como mero tenedor para su administración a utilidades, y se apropió de ellos enajenándolos, con lo que se hizo incurso en el punible de abuso de confianza".

El Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto calificatorio, se pronunció así:

> "Surge a la vida jurídica, entonces, el delito de abuso de confianza, consagrado en el artículo 358 del Código Penal, ya que el acusado se apropió dolosamente del bien mueble ajeno, recibido del propietario mediante convención que no transfiere dominio, sin ánimo de devolverlo, toda vez que ejerció la venta de dichos bienes".
>
> "Todo lo anterior resulta ser así. Porque aún aceptando con la defensa que faltó una liquidación (fl. 240) y en general una rendición de cuentas, es cuestionamiento que sería de recibo solamente en lo tocante con las meras utilidades y para

efectos del reparto de las mismas, sin que se logre por lo tanto, desdibujar en lo más mínimo la tipicidad de la conducta imputada al implicado, consistente en haberse apropiado del ganado que le fue entregado a título no traslaticio de dominio sino de *mera tenencia*, burlando así la obligación de devolverlo a su dueño al vencimiento del término estipulado para ello".

Los argumentos del Tribunal resultan válidos para demostrar que en el caso que nos ocupa no hubo ejercicio arbitrario de las propias razones, dado que tal figura contravencional exige la existencia de un derecho legalmente reconocible y el derecho sobre las utilidades no puede extenderse sobre los semovientes de propiedad de Manuel Arango, como claramente lo especifican los contratos escritos que se allegaron y sobre cuya base continuó la modalidad de la negociación, en los cuales se dejó expresa constancia de que "*El Tenedor* deberá abstenerse de disponer de los ganados... salvo el caso que se tenga previa autorización escrita firmada por el *Dueño*". Además se reconoció mediante los medios de convicción que la expiración de los contratos donde se estipuló una duración de un año, no convirtió la negociación en una sociedad de hecho.

El fracaso de esta censura es ostensible y así ha de declararlo la Sala.

2º De la violación directa.

Primer cargo. Lo radica el demandante en la aplicación indebida del artículo 358 del Código Penal que tipifica el delito de abuso de confianza; la falta de aplicación del artículo 1º-16 de la Ley 23 de 1991 que describe la contravención especial del ejercicio arbitrario de las propias razones; y respecto de los demás preceptos sustanciales que cita, entre ellos los artículos 68 y 69 del Código de las penas, dice que se aplicaron indebidamente.

La anterior reseña de la demanda pone de manifiesto que el señor procurador se equivoca cuando asevera que no aclara el censor la modalidad de la violación directa de ninguna de las normas que enuncia, como también incurre en error cuando afirma que se invoca la falta de aplicación de los artículos 68 y 69 del Código Penal.

Tampoco coincide con la realidad procesal la consideración que plantea el procurador, en el sentido de que está demostrado que el procesado no tiene derecho a la condena de ejecución condicional porque el quantum de la pena efectivamente impuesta supera los límites para su concesión. Al respecto cabe precisar, que al acusado se le concedió el subrogado penal antes referido, entre otras razones porque la pena que se le impuso —doce (12) meses de prisión— no excede los tres años de que habla el artículo 68 del Código Penal.

La Sala disiente del concepto del procurador en cuanto éste estima que el libelista ha debido demandar por violación indirecta de la ley sustancial el yerro en el encuadramiento de la conducta de Gonzalo Duque Gómez, por las siguientes razones:

La censura la radica el casacionista en que el incriminado "incurrió o pudo haber incurrido en la contravención especial de ejercicio arbitrario de las propias razones, nunca en el delito de abuso de confianza, pues efectivamente tal derecho le asistía, como el propio *ad quem* lo reconoció". Este planteamiento se traduce en un presunto error en la denominación jurídica de la infracción, motivo que como lo ha expresado la Corte en diversas oprtunidades, debe invocarse al amparo de la causal tercera de casación, porque en el evento de prosperar conllevaría la nulidad del proceso, y las nulidades dentro del régimen de este extraordinario recurso obedecen a normas y procedimientos específicos y sus motivos no pueden discutirse con apoyo en ninguna otra causal.

Si el demandante pretende demostrar que se incurrió en error en la denominación jurídica de los hechos imputados a su patrocinado, así ha debido demostrarlo, dentro del ámbito de la causal tercera, para que en el evento de prosperar el cargo, se decretara la nulidad desde el momento mismo en que se produjo el acto procesal nulo. Porque de invocarse la causal primera por cualquiera de las dos vías —violación directa o indirecta—, en la hipótesis del recurrente, la prosperidad del cargo así formulado, traería como consecuencia que la Corte tuviera que reemplazar con la suya la sentencia recurrida, lo cual resultaría imposible pues se presentaría una incongruencia entre el fallo de casación y la resolución de acusación.

Quiere decir lo anterior, que el recurrente equivocó el camino al alegar el error en la denominación jurídica de la infracción al amparo de la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial. Lo debido era apoyar la censura en la causal tercera y no en la violación indirecta como lo estima el señor procurador.

Pero aparte de este tropiezo de carácter técnico, y de la actitud vacilante que demuestra el censor al indicar que en vez del abuso de confianza, su defendido podría haber incurrido en la contravención especial de ejercicio arbitrario de las propias razones, su aseveración y su solicitud de que se case la sentencia impugnada, disponiéndose en su lugar la absolución del procesado, no tienen ningún respaldo procesal ni conceptual.

Por otra parte, la Corte no observa vicio alguno *in procedendo* o *in iudicando* que puedan llevar a la nulidad del proceso y sobre los cuales deba pronunciarse oficiosamente.

El fracaso del cargo es evidente y así ha de declararlo esta Corporación.

Segundo cargo. Arguye el demandante la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 40-3 y 29-3 del Código Penal que consagran las causales de inculpabilidad y de justificación, la primera, cuando se actúa con la convicción errada e invencible de que se está amparado por una causal de justificación y la segunda, cuando el hecho se comete en legítimo ejercicio de un derecho, omisión que trajo como consecuencia la indebida aplicación del artículo 358, entre otros, que describe el delito de abuso de confianza por el que se condenó al procesado.

Las objeciones capitales que son dables hacerle a la demanda en relación con este cargo, puede sintetizarlas así la Sala:

El casacionista no demuestra que se den las causales de inculpabilidad y justificación que cita, se limita a hacer afirmaciones vagas, que además no coinciden con la realidad procesal, puesto que tanto en la sentencia de primera instancia, como en la del Tribunal claramente se descartaron las explicaciones dadas por el procesado, en cuanto a la supuesta existencia de una sociedad de hecho entre éste y el ofendido, así como el haber obrado en legítimo ejercicio de un derecho —ser propietario de los semovientes en cuestión—. Igualmente se consideró demostrado que el incriminado era plenamente consciente de que se estaba apropiando de un ganado del cual no podía disponer aprovechando la confianza en él depositada por el dueño del mismo. No obstante esta circunstancia, el defensor parte del supuesto ideado por él, de que se estableció en el proceso "y así de alguna manera lo concluyó el *ad quem*", que, el procesado obró con el convencimiento de que ejercía derechos derivados de "una sociedad de hecho existente" y de las relaciones contractuales que los vinculaban.

Aunque el censor afirma que acepta el análisis probatorio hecho por el *ad quem*, es evidente que desconoce el fundamento fáctico del fallo, razón por la cual su inconformidad respecto al desconocimiento de la causal de inculpabilidad cuya falta de aplicación se acusa ha debido formularla por la vía indirecta. Para que el método escogido fuera procedente, se necesitaba que el Tribunal hubiera reconocido que el procesado realizó el hecho con la convicción errada e invencible de que estaba amparado por una causal de justificación —haber obrado en legítimo ejercicio de un derecho—, y no obstante esa consideración hubiera dejado de aplicar el artículo 40-3 del Código Penal que ordena en estos casos tener el hecho como constitutivo de causal de inculpabilidad, y como consecuencia de ello un fallo absolutorio, lo que no ocurrió en el caso que nos ocupa.

Al margen de las consideraciones anteriores, suficientes para desestimar el cargo, es oportuno hacer el siguiente comentario sobre el planteamiento que presenta el recurrente.

Es verdad que los falladores de instancia reconocieron que al procesado le asistía un derecho sobre las utilidades en virtud de los con-

tratos existentes, pero ello no implica que se le haya reconocido el error de prohibición, pues en las dos instancias se afirma que el procesado sabía, como él mismo lo acepta, que el lote de ganado era de propiedad del señor Manuel Antonio Arango y que no podía disponer de él.

El reproche no prospera.

Tercer cargo. Lo concreta el libelista en la falta de aplicación del artículo 40-4 del Código Penal, y aplicación indebida de los demás preceptos que cita, entre ellos el artículo 358 *ibídem*.

Con la misma sustentación del cargo anterior, el impugnante pretende demostrar la causal de inculpabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 40, en este caso por error relacionado con "la ajenidad misma de la cosa" elemento este cuya concurrencia es indispensable para la configuración del delito de abuso de confianza.

Del planteamiento del cargo, resulta evidente que el actor nuevamente cae en una falencia, pues la sola falta de aplicación de la norma que cita, tendría ocurrencia si el Tribunal admitiendo que el procesado actuó con la convicción errada e invencible de que su comportamiento no era típico, hubiera dejado de aplicar la norma que manda en este caso tener el hecho como inculpable y, por tanto objeto de sentencia absolutoria. Pero en el presente caso ello no ocurrió, al contrario de lo que pretende hacer creer el libelista.

El Tribunal en la sentencia recurrida precisó que la prueba recaudada no permitía aceptar la existencia de una sociedad de hecho entre el acusado y el ofendido que le permitiera a aquél ejercer actos de disposición sobre los semovientes; "que en los contratos de ganado en participación claramente se estipuló que Arango era el dueño y Duque Gómez mero tenedor para su administración dividiendo únicamente las utilidades como el mismo procesado lo reconoce", "llegando a aceptar que el ganado no se ha liquidado, que el valor de su compra pertenece al señor Manuel Antonio Arango, y no obstante lo enajenó disponiendo inconsultamente del bien mueble que le había sido entregado a título no traslaticio de dominio".

La conclusión del Tribunal sobre el particular es del siguiente tenor:

> "En similares términos, significa que el mencionado lote de ganado lo tenía en su poder el acusado, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño, como mero tenedor, sin transferencia del dominio, lo que no le permitirá sin autorización escrita del dueño (así reza el contrato escrito) enajenarlo; lo que a la postre hizo, incursionando en terrenos del Código Penal por comisión del punible de abuso de confianza.

"Lo que sucede en el caso de marras es sencillamente que el procesado acepta lo incontrovertible como es el pacto consignado en los dos contratos iniciales por tener forma escrita, pero a partir del vencimiento de la estipulación escrita se aprovechó de la confianza en él depositada por el dueño del ganado para apropiarse del lote de vacunos que ha originado este proceso. Como ya acotamos es el mismo Duque Gómez quien acepta que el dueño es el señor Manuel Antonio Arango, y que él apenas participaba de las utilidades".

Lo anterior es suficiente para afirmar que los presupuestos de la alegación están muy lejos de coincidir con las conclusiones de la sentencia. El Tribunal jamás consideró como probada la hipótesis de inculpabilidad planteada por el censor, pues es evidente que si el procesado reconoció no ser el dueño de los semovientes, mal podía aceptarse que hubo error sobre este elemento del tipo penal del abuso de confianza.

Partir de hechos distintos a los que fueron probados, pretendiendo apoyar el reproche en conclusiones a las que jamás llegó el Tribunal, no puede calificarse sino como un alegato carente de técnica, pues sobre presupuestos distintos a los del fallo, el actor construye el cargo por violación directa, sin demostrar que era aplicable la causal de inculpabilidad que desechó el fallador.

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.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NARCOTRAFICO

Es evidente que para sacar una sustancia estupefaciente del país es imperativo haberla adquirido, transportado, almacenado, llevado consigo o cualquiera otra de las conductas allí representadas en otros tantos verbos rectores; y en caso de que no se logre culminar el propósito perseguido, de todas maneras habrá responsabilidad por la conducta típica perfeccionada.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 013.

Vistos:

El 16 de junio de 1992 un Juzgado de conocimiento de Orden Público de Santafé de Bogotá condenó a *Sandra Merchán Sierra* a la pena principal de treinta y dos meses de prisión como responsable de violación a la Ley 30 de 1986.

El Tribunal Nacional confirmó la anterior decisión por sentencia del 24 de agosto de 1992.

El recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto, fue concedido; la respectiva demanda se declaró ajustada a las exigencias legales y se escuchó el criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal quien solicitó no se case el fallo impugnado.

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

Hechos:

El 10 de mayo de 1991, encontrándose en el aeropuerto Eldorado de Santafé de Bogotá, dispuesta a viajar a los Estados Unidos, la

señorita Sandra Merchán Sierra se presentó a las autoridades de inmigración, presionada por la situación de la requisa a que iba a ser nuevamente sometida, manifestándoles su deseo de abstenerse de hacerlo por cuanto en una faja adherida a su cuerpo portaba varios paquetes con una sustancia ilegal, identificada posteriormente como cocaína con peso superior a los dos mil gramos.

Actuación procesal:

Por auto del 16 de mayo de 1991 se abrió proceso penal y el 20 del mismo mes se recepcionó indagatoria a la sindicada Merchán Sierra. Dos días después se dispuso su detención preventiva.

Con fecha del 7 de enero de 1992 se dictó resolución de acusación contra la implicada.

La sentencia condenatoria de primera instancia se profirió el 16 de junio de 1992 y la de segunda el 24 de agosto siguiente.

Los argumentos de la demanda:

Al amparo de la causal primera de casación se presenta la impugnación por considerar el impugnante que la sentencia viola de manera directa normas de derecho sustancial por aplicación indebida e interpretación errónea de las que sustentan la decisión de condena.

Argumenta el censor que la conducta iniciada, finalmente no se consumó, por desistimiento activo de la sindicada; que para que una conducta sea punible es necesario que sea típica, antijurídica y culpable y que "la conducta típica será punible si pone en peligro, sin justa causa, el interés jurídicamente tutelado por la ley; para el caso en ciernes, la salud pública"..."Significa lo anterior que la punibilidad en nuestro régimen penal está considerada en relación con el desvalor de resultado y no, exclusivamente, en el desvalor del acto, como lo sostuvieron los autores de tendencia positivista y luego los sostenedores de la llamada escuela de Kiel, quienes acentuaron la punición sobre aspectos puramente subjetivos, sobre un estado de ánimo o de simple intención peligrosista, que por consiguiente repercutieron en la penalización de los actos preparatorios, eliminando toda diferenciación válida en los diferentes pasos del *'iter criminis'* ya que para todos (preparación, ejecución, consumación) existe la misma voluntad criminal, por lo que aún, la misma tentativa inidónea (imposible) a la luz de estas tendencias resultaba reprochable y punible".

Al decir del recurrente, el plan de la procesada era sacar la sustancia del país, pero cuando aún se encontraba en proceso de ejecución de la conducta, decidió poner fin a ese plan de acción, lo que indica que no quiso realizar el hecho de sacar del país, ni transportar, ni tener consigo la droga que había colocado sobre su cuerpo.

Muestra su desacuerdo con el pensamiento del Tribunal Nacional cuando aludiendo a los verbos alternativos que existen en el artículo 33 del estatuto de estupefacientes, afirma que con la realización de cualquiera de ellos se perfecciona la conducta, impidiéndose así la posibilidad de un delito imperfecto.

Considera que ello "constituye una equiparación de todos ellos, por lo que, según el *ad quem*, el legislador considera equivalentes todas esas conductas y que por ello lo consagra en la misma norma, señalándole, en consecuencia, idénticas consecuencias en el campo punitivo".

En concepto del recurrente, los verbos rectores señalados en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 "son evidentemente distintos y además, independientes; la aseveración de la equivalencia hecha por el Tribunal, no contradice lo anterior; lo equivalente significaría que tanto una como otra conducta, son igualmente graves y eventualmente de igual rango dentro del *iter criminis*, esto es, que lo consuman, pero ello no implica, que a falta de una tenga que darse la otra, pues si ello realmente no obedece a la voluntad y representación del agente de la conducta, la imputación (por este factor subjetivo) no puede efectuarse y sin esa imputación tampoco puede atribuirse el resultado antijurídico".

Expresa que si se acepta que llevar consigo es suficiente verbo rector en la norma, los demás verbos rectores estarían sobrando en la mayoría de los casos y sería tanto como admitir que los simples actos preparatorios estarían tipificados como hechos punibles independientes.

Para el libelista "sería de mejor recibo hermenéutico, admitir que si el aspecto probatorio del proceso (garantista) permite demostrar que la finalidad del autor de la conducta era adquirir la droga u ofrecerla o transportarla o sacarla del país, a ello debe supeditarse el juzgador para los efectos de la punibilidad y por consiguiente de la dosimetría entendiendo que es más grave sacarla del país que simplemente tenerla consigo, pues el bien jurídico tutelado estará más expuesto en un evento que en el otro".

Así termina concluyendo que se aplicó indebidamente el artículo 247 del C. de P. P., se interpretó erradamente el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y se desconoció la conjugación sistemática de los artículos 2º, 4º y 5º del C. P. por lo que pide se case la sentencia y se absuelva a la procesada.

El criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Dice el concepto de la Procuraduría que conforme a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, el artículo 33

de la Ley 30 de 1986 trata de una infracción de simple conducta, en razón de que su consumación no demanda la producción de un determinado resultado; que es además un delito de peligro en cuanto que se perfecciona sin necesidad de producir menoscabo del bien jurídico tutelado, y que al mismo tiempo es de consumación instantánea "porque al menos en los eventos de introducir o sacar del país la sustancia, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla y suministrarla, la conducta se agota con la sola realización de la acción, pero ante todo, es de relievar que se trata aquí de uno de los llamados delitos compuestos alternativos porque integrado con varios verbos rectores, cada uno de los cuales configura conducta que realizada de manera autónoma e independiente, configura hecho punible, al iniciarse la acción en cualquiera de las modalidades previstas, ya se está consumando el delito en su totalidad".

"Tal es lo que en efecto ocurre cuando por ejemplo, se elabora droga con el ánimo de enajenarla, pues lejos de constituirse allí una tentativa de venta, se ha consumado ya el delito en la modalidad de la 'elaboración', lo mismo si se compran narcóticos para suministrarlos, porque la infracción ha quedado ya perfecta en la modalidad de 'adquisición', o bien por quien traslada fármacos para su almacenamiento en cuanto con su conducta ha consumado el evento típico de 'transportar' etc., sin que para nada interese la no consecución del resultado final, porque sin demandar siquiera la norma la presencia de uno dolo específico, basta apenas la maliciosa voluntad de cumplir el acto medio que ya se sabe por sí solo contrario a la ley" (C. S. de J., diciembre 11 de 1990).

La representación del Ministerio Público acepta que la modalidad imperfecta de la tentativa se puede dar en relación con algunos verbos rectores, pero no en relación con la conducta representada en la expresión "llevar consigo", porque ella comporta que el agente porte directamente el estupefaciente, tal como ocurrió en el caso que es motivo de análisis.

"En este punto del razonamiento del recurrente, es evidente que se distorsiona el alcance del tipo penal (mixto de conducta alternativa) ya que se quiere tomar el *factum* de portar la droga, previo a la acción de sacar del país —que es la que se proponía la autora según su plan de acción— como medio o como acto preparatorio del delito fin, o como tentativa de este último hecho consumado".

El delegado considera erróneo el planteamiento del recurrente, porque la imputación formulada en la resolución de acusación no fue la de sacar del país, sino la de llevar consigo; y eso lo lleva a concluir que: "De manera que la acusación de impugnación en casación parte de un supuesto inverídico por cuanto la imputación penal no ha sido la de la acción de sacar del país droga estupefaciente. Ahora bien, se podría argumentar que en ello estriba la demanda contra la sentencia: Que precisamente si se cuenta con el plan de autor según el cual se

pretendía llevar la droga al extranjero, se tendrá que concluir que la voluntad final de la procesada era esa, y precisamente se hizo nugatoria ante el desistimiento activo de la encargada de transportarla. Digamos en primer lugar que no puede, en sede de casación, acudirse a variar la imputación penal —que a ello equivale— del hecho de 'portar consigo' la droga, para llevarla en el razonamiento de impugnación al plan del autor que no le ha sido atribuido en cuanto tal. En segundo lugar es claro que si se acude al plan del autor, como lo hace el recurrente, ha debido admitir que la conducta de portar la droga hacia el aeropuerto es una tentativa idónea precisamente teniendo en la cuenta el plan del autor, y admitido que se proponía sacar la droga del país, de donde a la Sala debió solicitar la condenación disminuida por un acto de tentativa de sacar del país estupefacientes, y no la absolución como se pide. Es claro que si el llevar la droga en camino del aeropuerto para sacar del país constituye —como dice la demanda— 'una fase evolutiva de la ejecución del plan' se dará el principio de ejecución del delito que exige la ley penal colombiana en el artículo 22 al decir: 'El que iniciare la ejecución del hecho punible...'. Por manera que resulta contradictorio en el plano lógico lo argüido por el demandante como que si quiere examinar la cuestión atinente al plan del autor, debe aceptar que se trata de una tentativa idónea, y concluir en la petición de condena parcial por ese dispositivo amplificador de la punibilidad del tipo penal atribuido en la calificación".

Aún más equivocado estima el planteamiento de la censura si se tiene en cuenta la eliminación de la normatividad penal de la denominada tentativa desistida, por la razón de que si los actos realizados, así se trate de actos preparatorios o ejecutivos en el plan del sujeto activo, están tipificados como delitos de manera autónoma, deben ser sancionados de tal manera; y que no es extraño a la técnica legislativa que actos de preparación de otros delitos se configuren como figuras típicas autónomas; y cita el caso del delito de conspiración (art. 130 del C. P.).

El colaborador de la Sala tampoco comparte la afirmación de la censura en cuanto considera que no se produjo un daño efectivo, ni se puso en peligro el bien jurídico tutelado porque "cuando el tráfico de estupefacientes —dentro del que se cuenta el 'llevar consigo'— implicaba la posibilidad de causar deterioro de la salud a terceros, si como se ve por la considerable cantidad de estupefaciente (2.507 gramos) que llevaba consigo la acusada, lo evidencian...Por último cabe anotar, que, no es cierto como lo afirma el actor que el 'desistimiento efectivo' (confesión) por parte de su defendida no fue tenido en cuenta por parte de los falladores por cuanto si se repara en la sentencia de primer grado, decisión que luego confirmara el Tribunal Nacional, allí se le descontaron dieciséis (16) meses de prisión de la pena a imponer (48 meses), por tal razón (fl. 161 del cuaderno número 1)".

De tales argumentaciones el delegado del Ministerio Público concluye solicitando no se case el fallo impugnado.

Consideraciones de la Sala:

La técnica legislativa de los denominados tipos alternativos surge de la fenomenología de ciertas conductas, porque si bien en la mayoría de los hechos delictivos el resultado reprochado se produce de cualquier manera sin importar la modalidad comportamental que se haya utilizado para obtenerlo, hay otros en los que la afectación del bien jurídico tutelado se logra en virtud de la realización de diversos comportamientos que son excluyentes entre sí, de tal manera que si no se busca una solución gramatical que los comprenda a todos —mediante la utilización de diversidad de verbos rectores— la ausencia de cualquiera de ellos constituye lo que los autores han denominado un espacio de libertad, pues al no estar concretamente incluido el verbo rector que incluya esa determinada modalidad del obrar es claro que se estará en presencia de una conducta atípica.

Dentro de tal orden de ideas es evidente que delitos como el hurto o el homicidio, se encuentran debidamente descritos con los verbos apoderarse y matar y sea cual fuere la modalidad comportamental por medio de la cual se produzca el apoderamiento del bien mueble ajeno, o la muerte de otro semejante, la conducta así realizada estará perfectamente comprendida dentro de los verbos utilizados por el legislador en los respectivos tipos.

Distinta es la situación que se presenta con otros hechos delictivos en los cuales es perfectamente posible la afectación del bien jurídico por diversidad de comportamientos, los cuales deben estar comprendidos en otros tantos verbos rectores porque de no ser así, como ya se había anticipado, se estará en presencia de un espacio de libertad que conlleva atipicidad de la conducta.

Es lo que ocurre entre otras conductas delictivas, con la que es motivo de juzgamiento, al igual que con la violación de habitación ajena, que hasta hace bien poco aparecía descrita típicamente de la misma forma en que lo habían hecho los códigos en la antigüedad, esto es que la inviolabilidad domiciliaria sólo podía ser vulnerada por el ingreso físico del agente delictivo al recinto domiciliar y de allí que el verbo utilizado era el indicativo de tal ingreso: "El que se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente. . .".

Pero el legislador consciente de que con la tecnología contemporánea se podían presentar otros casos de vulneración a esa inviolabilidad domiciliaria, recurrió a otros verbos alternativos que no implicaban introducción física al domicilio, pero sí una efectiva vulneración al bien protegido y por ello a la añeja fórmula se le adicionó la expresión "...o el que por cualquier medio indebido, escuche, observe, grabe, fotografíe o filme, aspectos de la vida domiciliar de sus ocupantes..." (art. 1º de la Ley 23 de 1991).

Bien se advierte que las conductas últimamente insertas en el tipo eran verdaderos espacios de libertad y sólo a partir de la vigencia de la citada ley se convirtieron en reprochables legalmente; lo que indica que en el momento actual el derecho constitucional de la inviolabilidad domiciliaria puede ser vulnerado por un ciudadano por el ingreso físico a un domicilio ajeno de manera arbitraria, engañosa o clandestina o también cuando por cualquier medio tecnológico, de manera indebida escuche, observe, grabe, fotografíe o filme aspectos de la vida domiciliar de quienes allí están.

Lo anterior significa que si el interés del sujeto activo de la contravención es escuchar las conversaciones que se desarrollan en un domicilio ajeno y para ello se disfraza como empleado de la empresa de teléfonos, pretextando hacer una reparación a este aparato (introducción domiciliar engañosa) para efectos de colocar los aparatos electrónicos de escucha, es evidente, que con este solo hecho ya la contravención esté perfeccionada, independientemente de que tal ingreso engañoso haya sido tenido como un acto preparatorio para la obtención de lo que realmente está buscando, porque el legislador quiso consagrar de manera autónoma el ingreso físico del agente a domicilio ajeno, independientemente de que en la hipótesis utilizada, la finalidad del comportamiento sea solamente preparatoria o ejecutiva, para la realización del plan delictivo que efectivamente está buscando.

Igual sucede con la norma penal que consagra la mayoría de las conductas delictivas relacionadas con los estupefacientes (art. 33 de la Ley 30 de 1986), pues hoy ese tipo penal contempla 12 verbos rectores como a continuación se demuestra: 1. Introducir al país; 2. Sacar de él; 3. Transportar; 4. Llevar consigo; 5. Almacenar; 6. Conservar; 7. Elaborar; 8. Vender; 9. Ofrecer; 10. Adquirir; 11. Financiar y 12. Suministrar y en uno de ellos se adecúa la conducta de la procesada, pues en el momento de comunicar a las autoridades sobre la existencia de la droga —llevaba consigo— y esta es la acción descrita en el cuarto verbo rector analizado.

La creación de conductas alternativas en un mismo tipo penal es entonces una técnica legislativa que se requiere para la debida y completa protección de un bien jurídico tutelado, que puede ser vulnerado sucesiva o simultáneamente por plurales comportamientos que no están comprendidos en un mismo verbo rector, como sí ocurre con la mayoría de hechos delictivos.

Pertenece a la soberanía del legislador el crear tipos de mera conducta, de peligro, o de cualquiera otra naturaleza, de conformidad con las necesidades de protección que requiera el bien jurídico que se pretende tutelar, de la misma manera que está dentro del marco de su competencia el crear como formas típicas autónomas, determinados comportamientos que en otras circunstancias serían apenas expresión de dispositivos amplificadores del tipo.

En el caso que es motivo de análisis es perfectamente claro que el bien jurídico tutelado —la salud pública— es igualmente vulnerado o puesto en peligro por la realización de cualquiera de las doce conductas que aparecen descritas en los otros tantos verbos rectores y que consecuentemente el sujeto agente estará enmarcado dentro de la penalidad señalada para este tipo penal.

Son comprensibles las críticas formuladas por el censor, si se entienden como lo que son, de *lege ferenda*, porque es evidente que existen dentro de tal multiplicidad de conductas algunas de mayor gravedad y lesividad que otras, pero precisamente aquí ejerce una capital importancia la discrecionalidad que el juez tiene para tasar la pena entre el mínimo —4 años— y el máximo —12 años—, de la misma manera que debe tener en cuenta la cantidad de sustancia involucrada en la conducta para efectos de imponer una pena más cercana al mínimo o al máximo.

Se trata entonces, así no le guste al censor, de doce conductas equivalentes, puesto que en un momento determinado todas ellas son potencialmente merecedoras de la misma pena y basta la realización de una cualquiera de ellas para que se entienda perfeccionado el delito independientemente de que se haya obtenido la finalidad buscada por el agente.

Es claro que en este caso la resolución de acusación se formuló por llevar consigo la sustancia prohibida. Se dijo así en aquella providencia: "Valga en este momento hacer referencia al planteamiento de la defensa, en cuanto sostiene que el delito estuvo inacabado por no haberse alcanzado a transportar el narcótico a Nueva York, planteamiento que no obstante lo plausible de su contenido, el Juzgado no puede aceptar ante la demostración fáctica de que Sandra Merchán llevaba consigo el alcaloide, siendo indiferente que llegara o no a la gran metrópoli o a ningún sitio; esta circunstancia despeja toda disquisición sobre el delito tentado, inacabado, etc., referido a la conducta de la sindicada".

Y un poco más adelante se concluye de la siguiente manera: "Como consecuencia de estas consideraciones, el Despacho optará por proferir resolución de acusación en contra de Sandra Merchán Sierra como infractora al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, concretamente por llevar consigo una cantidad de cocaína superior a los dos mil quinientos gramos (2.500 grs.)...".

Que en el plan inicial de la acusada estuviera el sacar la sustancia prohibida fuera del país y que finalmente no lo hiciera como consecuencia de su propio y voluntario desistimiento, como consecuencia de las alteraciones emocionales producidas por las requisas a que había sido sometida y a la que iba a hacérsele nuevamente, es cuestión que no afecta la reprochabilidad de la conducta, ni su intencionalidad, porque en el propósito de cumplir con la finalidad última, tuvo que

perfeccionar una conducta autónoma e igualmente intencional que era llevar consigo. Es así como que no puede dudarse ni por un instante que cuando la procesada fue a ese apartamento desocupado donde le pusieron sobre su cuerpo la faja contentiva del alcaloide sabía lo que le estaban colocando sobre sí y lo aceptó voluntariamente y de la misma manera se dirigió al aeropuerto; por tanto, cuando se arrepintió de realizar la conducta final con la que se había comprometido, ya había perfeccionado la de llevar consigo que como ya se dijo es perfectamente autónoma como consecuencia de la alternatividad de la conducta, habiéndola ejecutado igualmente, en forma intencional.

Podría decirse que en este caso se presenta una semejanza con la realización de aquellas conductas complejas en las cuales para la realización del delito que finalmente se busca —por ejemplo, atentar contra el patrimonio ajeno—, es necesario perfeccionar el delito medio —el homicidio cometido sobre el vigilante de ese patrimonio— siendo evidente que una vez realizado el delito medio, para efectos de su punibilidad es indiferente que el delito fin se consume o no, o que no se perfeccione porque se presentaron circunstancias ajenas a la voluntad del agente o por desistimiento del mismo; lo cierto es que el autor deberá responder por el delito inicialmente cometido como medio para obtener el delito fin y que finalmente no realizó por propio y voluntario desistimiento.

Vale afirmar que es una situación similar porque es evidente que para sacar una sustancia estupefaciente del país es imperativo haberla adquirido, transportado, almacenado, llevado consigo o cualquiera otra de las conductas allí representadas en otros tantos verbos rectores; y en caso de que no se logre culminar el propósito perseguido, de todas maneras habrá responsabilidad por la conducta típica perfeccionada.

En los términos expresados comparte la Sala de manera integral el criterio de su Procurador Delegado y por ello concluirá que no le asiste la razón al impugnante y que por tanto se deberá rechazar el cargo formulado.

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

Resuelva:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

TENTATIVA / NARCOTRAFICO (SALVAMENTO DE VOTO)

Sigo creyendo que lo jurídicamente correcto es atribuir esta forma específica de comportamiento, a otra conducta incriminadora (sacar del país), acción compatible con el tipo de la tentativa al no sobrevenir el resultado final apetecido, por circunstancias ajenas por completo, al querer del delincuente. No es posible prescindir de la dirección del acontecer causal conscientemente dirigido a alcanzar un resultado teleológico. Es de lamentar, entonces, que la actitud anímica del sujeto y su voluntad de adherirse con la esencia y fuerza de su querer, a un propósito determinado y cierto que traduce su propia debilidad humana, se suplante, sin más, por la voluntad condicionada de los juzgadores, por muy respetable que ésta sea.

1º Los criterios de la Corte encierran siempre un grandísimo interés no solamente por la jerarquía y estima que de ellas se tiene, en general, sino por el respeto y acatamiento que se deben a sus dictámenes y juicios, en particular. Todo lo que diga y escriba la Corporación es, a no dudarlo, expresión de primer grado y declaración de elevado academicismo.

En veces —y no obstante su autoridad – algunos en Sala no compartimos los mismos sentimientos intelectuales de la mayoría, y por ello, con fundamentos que jamás llegan a sentirse —pese a expresarnos en estilo común, también— tenemos que separarnos de aquellas directivas formulando por aparte nuestras ideas y verdades. Sin que esa voz aislada sea un gran obstáculo para el progreso y fomento de la jurisprudencia. Lo que no me cabe en la mente. Pero es que también allá o acá hay pasión en la dialéctica. De todas maneras creo que vale la pena el esfuerzo de la discrepancia —cuantas veces sea menester por representar la actitud algún grado, por poco que sea, de emancipación mental. Y hasta donde yo sé a nadie se destierra por su sinceridad ni por la defensa de sus ideas. Todo esto es perfectamente natural y en mi vida se me ocurrirá quejarme de ello.

2º Una vez más —y ya son tantas— debo mostrar las ideas en que no concordamos todos.

Y bien:

a) Se ha dicho por la Corte que en supuestas semejantes al actual donde la persona imputada quiere sacar del país sustancia nociva para hacerla ingresar a territorio extranjero, tal conducta debe insumirse, aún en el evento de ser sorprendida por la autoridad sin lograr su actividad final, dentro de la modalidad autónoma y perfecta de llevar consigo el estupefaciente por la razón —es una razón y basta— de que el sujeto personalmente la carga o lleva encima. Francamente, cada vez entiendo menos esto, seguramente por torpe cultivo de mi mente. Sigo creyendo que lo jurídicamente correcto es atribuir esta forma específica de comportamiento a otra conducta incriminadora (sacar del país), acción compatible con el tipo de la tentativa al no sobrevenir el resultado final apetecido, por circunstancias ajenas por completo, al querer del delincuente. No es posible prescindir de la dirección del acontecer causal conscientemente dirigido a alcanzar un resultado teleológico. Es de lamentar, entonces, que la actitud anímica del sujeto y su voluntad de adherise con la esencia y fuerza de su querer, a un propósito determinado y cierto que traduce su propia debilidad humana, se suplante, sin más, por la voluntad condicionada de los juzgadores, por muy respetable que ésta sea;

b) He fijado en otras ocasiones mi posición personal frente a la problemática anterior, estando como estoy, convencido de tal verdad jurídica. De la verdad y la razón que uno conoce, por supuesto, en el escenario de su interioridad y con estricto arreglo a los principios de un derecho penal liberal y del espíritu dogmático que lo sustenta. Antes de ahora he expuesto específicamente mi opinión divergente y mi abierto disentimiento contra el querer de la Sala. Inútil repetir lo que he tratado largamente en el campo doctrinal y jurisprudencial pero como soy, en todo redundante, quiero recordar que en esencia, mi condenación discrepante con las teorías de la Corte, se asienta en dos consecuencias de singular trascendencia: La aplicación de un criterio extensivo que el derecho penal no posee y la eliminación de la tentativa en los supuestos del artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Pese a que yo mismo carezco de ideas, creo que esto es así;

c) Escrito lo anterior, tócame referirme a la otra cuestión sobre la cual —harto lo deploro— tampoco encuentro afinidad entre mis creencias y el pensamiento de mis compañeros. Lo que no quiere decir que en todas las demás ideas que ensayo en este u otro asunto, la Sala y yo no nos pongamos de acuerdo y, claro está, no es cosa mía si no lo consigo. Lo que sucede lastimosamente, con no poca frecuencia;

d) Y ahora al caso. Conforme a las constancias del proceso, la acusada Sandra Merchán Sierra —quien llevaba en una faja adherida a su cuerpo sustancia ilegal— momentos antes de abordar el avión que la conduciría al exterior y más concretamente a Nueva York, sitio final de llegada del estupefaciente, renunció de llevar adelante su dolo de consumación.

Pregúntase, entonces, si la acusada al suspender voluntariamente sus propósitos delictivos de sacar del país el espécimen, desistió o se arrepintió de la ejecución de la conducta, pues se trata de dos hipótesis comportamentales, distintas y excluyentes. Acaso sea importante fijar el sentido correcto de estas nociones. El desistimiento se verifica cuando el culpable después de haber comenzado la fase ejecutiva del hecho cambia su intención e interrumpe voluntariamente el curso de la acción delictiva sin que interesen examinar las razones o motivos que tuvo en mira para detenerse o volver atrás. El arrepentimiento activo —mejor llamado, abandono activo— por el contrario, tiene lugar cuando el sujeto habiendo finiquitado totalmente la actividad delictiva de la conducta (se han realizado todos los elementos compositivos que precisa el tipo objetivo del injusto) trata de evitar a toda costa, la verificación del resultado. Tal vez sea acertado decir que el fenómeno del desistimiento, propiamente dicho, se produce en el tipo dependiente al detenerse el sujeto por propia voluntad en la práctica de los actos ejecutivos, al paso que en el arrepentimiento, el culpable ya ha realizado todos los actos ejecutivos, impidiendo por su voluntad, el resultado típico que se propuso efectuar;

e) Sin duda ninguna, el desistimiento gobernó la conducta de la imputada. Fue, pues, su voluntad y la renuncia a conducir a término su actividad preconcebida, las razones que detuvieron el proceso delictivo en marcha, eliminando de esta guisa, la eficacia causal de la actividad precedente y cancelando en el caso concreto, de manera concluyente y final, el peligro creado por la amenaza o riesgo de la conducta observada. Es la fórmula de FRANK: Puedo proseguir, más no quiero ("no quiero llegar hasta el fin, aunque puedo hacerlo"). Por cierto —y como resulta evidente en las probanzas— la acción no había sido descubierta, ni existían motivos o causas obligadas, extrañas a su voluntad, para interrumpir la trayectoria del injusto o su potencialidad agresiva (intervención de terceros, obstáculos forzosos, temor a ser descubierta etc.) ni tampoco, finalmente, se advierte la presencia de factores causales que la obligaron a renunciar a la consecución de la meta criminal. Estamos ante un acto autónomo e independiente de su voluntad, resultado de su propia y libre actividad y no de factores externos comprometedores porque, entre otras cosas, ya había burlado las autoridades de emigración y solamente tenía que abordar el avión que la conduciría al exterior.

En razón de esto, es de ver, entonces, que el resultado típico que se proponía alcanzar la mujer —y cuya realización se presentaba como posible— no se produjo y abortó definitivamente por su decidido empeño de abandonar perentoria y terminantemente toda intención criminal, anulando así la ejecución del punible y el resultado imaginado;

f) No dejará de anotarse que el sentimiento que caracterizó la conducta de la acusada no pasa inadvertido para el derecho penal. Cuando el culpable desiste voluntariamente de la realización de un

delito, dejando trunca la acción, impidiendo y eliminando una situación riesgosa para un interés penalmente protegido, tal conducta debe valorarse en toda su extensión con un criterio de recompensa sea bien por razones de cuño político-criminal (doctrina española) ora porque se considere que la ley premia con la libertad, el mérito del abandono de la comisión del hecho proyectado, que es la "teoría del premio" (doctrina germana);

g) El desistimiento constituye para algunos una circunstancia personal de exención de pena que cancela la punibilidad pero que no afecta ninguno de sus caracteres pero también, para otros, se erige en una excusa de culpabilidad, sin dejar de mencionar que los más pretenden ver en él, un elemento negativo del tipo de tentativa. Cualquiera que sea la solución doctrinal que se dé a este asunto, tales criterios convergen a proclamar la impunidad de la tentativa desistida. Es que mediando desistimiento voluntario deja de haber tentativa lo que significa que el instituto en cita anula la presencia de esta forma imperfecta de ejecución.

En el supuesto del desistimiento, casi toda la doctrina y la legislación foráneas admiten pacíficamente que no debe imponerse correctivo penal a quien con su acción ha encontrado en sí mismo la fuerza para enmendarse y detenerse a tiempo en la vía del mal, posibilitando el retorno a la legalidad. Frente al arrepentimiento, la impunidad, sin embargo, no es absoluta pues eventualmente se castigarán los actos realizados por el sujeto en tanto ellos, por sí mismos, sean constitutivos de delitos;

h) Dígase, por último, que en nuestra sistemática el desistimiento no aparece expresamente regulado en la normatividad al no encajar sus previsiones en ninguna preceptiva legal. Fuerza es concluir, entonces, que estos supuestos de tentativa atípica no son punibles en la legislación penal colombiana.

3ª Entre los deberes penosos, penosísimos de la magistratura, está el de señalar la sustantividad de su independencia frente al criterio por siempre respetable de sus pares. Pero es preferible quedarse sólo a ver bien lo que no se siente ni se piensa. En esto como en todo tiene uno que ser uno mismo y además querer serlo. Es el deber supremo. Y esto, que parece tan claro, no lo es. Vemos acaso todos lo mismo?

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra.*

DEFENSA TECNICA / DEMANDA DE CASACION / NULIDAD

Según el artículo 308-2 del C. de P. P. sí puede plantearse por el coadyuvante la nulidad cuando la situación invalidante constituya desconocimiento de la defensa técnica y en todo caso, el precepto referido no impide a los demás sujetos procesales aducirla en el evento de presentarse. / Es claro que si cualquiera otro de los sujetos procesales, v. gr. el mismo Ministerio Público, no habiéndola coadyuvado la alega y demuestra, la invalidación puede y debe declararse. / La no práctica de pruebas necesarias para la defensa, es tema propio de la causal tercera de casación, dado que esa omisión bien puede generar nulidad por desconocimiento de tal derecho, y que además, no bastan las meras aseveraciones, sino que es indispensable la cabal demostración del yerro para que la pretensión de infirmación adquiera entidad.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 012.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 23 de julio de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que con revocación de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, confirma la sentencia de primera instancia que condena a los hermanos *José Gerardo* y *Luis Hernando Triana* a las respectivas penas principales de 10 y 11 años de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por iguales lapsos, como coautores responsables del delito de homicidio de Rodulfo González, delito cometido en concurso material con el de hurto en bienes de la misma víctima.

Hechos y actuación procesal:

El 15 de junio de 1991, en las primeras horas de la noche, luego de terminado un encuentro de tejo en la cancha y negocio de Ovidio

Pedroza, en jurisdicción del municipio de Otanche los contertulios Luis Hernando Triana y Rodulfo González con quienes departieron otras personas, entre ellas, José Gerardo Triana, éste fue requerido por González para que le pagara una suma de dinero que le adeudaba, y como el requerido se manifestara reticente por el reclamo, González, disgustado, extrajo un revólver de su prelina, y al pretender dispararle, se interpuso Juan de la Cruz López, sonando al momento varios disparos que segaron la vida de González y dejaron herido a López. Seguidamente el revólver y el dinero que llevaba en sus bolsillos el occiso, fueron tomados por el mencionado Luis Hernando Triana.

La apertura de la investigación corrió a cargo del Juzgado Promiscuo Municipal de Otanche, ante el cual rindieron indagatoria José Ismael Congo, José Ignacio Umaña, José Gerardo Triana y Luis Hernando Triana. Antes de ser calificado el sumario por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Chiquinquirá, al que le fue remitido, establecido como fue que para la fecha de los hechos el vinculado Congo era menor de 18 años, se ordenó dejarlo a disposición del Juzgado Promiscuo de Familia correspondiente, al que se enviaron copias de la actuación.

Los hermanos Triana fueron comprometidos en juicio por resolución acusatoria del 19 de diciembre de 1991 bajo las imputaciones de homicidio para José Gerardo y homicidio en concurso con hurto para Luis Hernando. Respecto de José Ignacio Umaña se ordenó la cesación de procedimiento; y, en lo referente al delito de lesiones personales en el mediador López se dispuso expedir copias para ante las autoridades de policía dada la incapacidad reconocida al ofendido —25 días—.

En mayo de 1992 el entonces Juzgado Quinto Superior de Tunja profirió sentencia condenatoria de primera instancia contra ambos acusados que, apelada por el defensor común, fue confirmada por el Tribunal con revocación de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, mediante la suya que es objeto del presente recurso de casación (fls. 1 y ss., 17, 34-38, 96-100, 93, 165, 166, 183-194, 257-278, cuaderno principal 1 y cuaderno del Tribunal).

La demanda:

Dos cargos formula el señor defensor de ambos procesados a la sentencia del Tribunal:

Primero. Ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, debido al error de hecho por falso juicio de identidad en que incurrió en la apreciación de la prueba que la sustenta.

Asegura que de las pruebas tomadas como fundamentales por el fallador, que lo fueron el testimonio de Nicéforo Medina y los indicios

de oportunidad y motivación, la sentencia no indicó a los autores del homicidio ni los indicios llegaron a configurarse. Agrega que existió una declaración "tanto o más importante que la del mismo Medina"; y que, además, la prueba de necropsia no podía ser sustituida en el caso concreto por el acta de levantamiento del cadáver, ya que ésta revela que el occiso recibió numerosos disparos, lo que hacía necesario determinar los calibres de las armas utilizadas.

En alusión con la declaración de Nicéforo Medina, a la que dice, se le confirió absoluta credibilidad, afirma que el testigo dijo sólo en parte la verdad, siendo tal circunstancia de apreciar por el Tribunal, que sin embargo no lo hizo. El deponente, dice, calló "en forma sospechosa" la acción del occiso contra el lesionado López diciendo no haberse dado cuenta de quién lo hirió; igualmente el deponente se contradijo al afirmar que el procesado Luis Triana "se le avlanzó" (sic) y le quitó el revólver de la pretina, no obstante que el mismo Tribunal dio por sentado que González sacó su arma y con ella hirió al mediador López. Agrega que visto el estado de sobriedad en que arribó José Gerardo a la cantina y en el que se hallaba cuando el occiso lo cobró el dinero que le debía, en lógica, no puede admitirse que por el tal cobro le replicara con ofensa a él y a sus amigos y parientes que lo acompañaban y le disparara aprovechando el estar por "más de frente" como lo afirmó el testigo Medina y fue creído por el Tribunal, pues lo que podía deducirse de su declaración era "incertidumbre y duda", no la certeza para condenar que pregonó el Tribunal al hilvanar de ahí el indicio de motivación para disparar que le atribuyó.

Preguntándose en qué momento disparó Gerardo Triana, si como lo dijo el testigo Medina, el otro procesado, Luis Triana, le hizo cinco disparos en el rostro al occiso y William Congo otros tantos ya al cadáver, considera el actor que el deponente "exagera en este punto", y por tanto el Tribunal no podía conferirle "tanta credibilidad a todo el cuerpo de su versión".

Añade, ésta vez en favor de Luis Triana, que si como afirmó Medina, le quitó el revólver al cadáver de González, no se le podía condenar por homicidio. El testigo, afirma, "no está seguro de la forma como sucedió el hecho sino que incurre en una temeridad que de por sí resulta muy favorable a Luis Triana, pero que el Tribunal no evaluó". En últimas, estima dudoso el proceder del testigo al esperar 20 días para declarar después de haber sido amenazado, como lo dijo, por Triana y Congo si lo hacía, y concluye que Medina no era "persona seria e idónea para con base en su declaración" edificar las condenaciones.

Refiriéndose al testimonio del lesionado Juan de la Cruz López, que el actor afirma sí merece credibilidad frente al de Medina, estima que de su contenido se infiere que el incidente iniciador de los hechos

investigados estuvo a cargo del occiso y no de Gerardo Triana, porque fue aquél el que, ante mesurada respuesta que éste le dio cuando le cobró, inmediatamente sacó su revólver y tras mostrarlo amenazadoramente lo volvió a guardar en su pretina, actitud que enardeció a Gerardo, quien entonces le espetó algunas injurias a las que el occiso respondió tomando nuevamente el arma y disparándola contra su cuerpo, pero recibiendo el disparo el testigo López —tío de Gerardo—, quien se interpuso al buscar mediar en la discusión.

Para el actor la versión de López es más valiosa que la de Medina por estar acorde con la realidad, y por consiguiente, ni Medina es tan valioso como lo consideró el Tribunal, ni López puede ser desechado, sólo porque apenas vio la primera parte de la secuencia fáctica.

Después de admitir que las demás pruebas testimoniales allegadas al proceso nada clarifican, comenta el censor que en las declaraciones indagatorias ninguno de los acusados aceptó haber disparado contra el occiso porque carecían de armas y de motivos para ello, pese a lo cual el Tribunal determinó lo contrario, contrariando la realidad.

A continuación cuestiona la inexistencia en el proceso del acta de necropsia, que considera prueba "insustituible" porque contra el occiso se dispararon varias armas; así como la ausencia de certificado médico sobre las causas de la muerte, porque, conjetura, con tal examen se habría verificado cuáles fueron los disparos mortales; y afirma que "el proceso sí acusa serias fallas de investigación en lo que se refiere a la prueba técnica". Indica que arroja "confusión, imprecisión y dudas" y que así lo había reconocido el juez calificador al aludir a lo lacónico de la denuncia, y que a esa situación contribuyeron los deficientes interrogatorios de las injuradas y del testigo Medina y la no práctica de la diligencia de necropsia.

Así mismo, tal situación de incertidumbre probatoria fue advertida por el Ministerio Público, que en la audiencia se abstuvo por ello de solicitar condena.

Respecto de la prueba de indicios que el Tribunal tuvo para condenar a los acusados, asegura que no llegó a estructurarse porque Gerardo no portaba arma ya que ninguno de los testigos a excepción de Medina lo afirmó, y este mismo dijo no haber visto en qué momento le disparó al occiso. Tampoco el hecho de que el occiso le cobrara era suficiente para obrar como se le atribuyó; y la forma en que sucedieron los hechos no denota que Gerardo haya sido quien le disparara. Además, el occiso no estaba en sano juicio como lo afirmó Medina porque desde tempranas horas se dedicó a jugar tejo y departir, el día de los hechos.

En conclusión de este cargo, señala como normas violadas los artículos 246, 247, 248, 253, 294, 300 y 445 del C. P. P.; y, los 23, 35, 323, 349 y 26 del C. P., y solicita que se case la sentencia de condena y se absuelva a los implicados.

Segundo. La sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad supralegal por violación de las formas propias del juicio.

Asevera que el procesado Luis Triana acusó al otro procesado, Gerardo Triana, de "haber disparado su arma, la noche de los hechos, pero el juez instructor no lo juramentó sobre esa imputación, y como ambos coimplicados tuvieron al actor como defensor, el proceso se tramitó irregularmente y debe anularse".

Tomando un aparte de la indagatoria de Gerardo, en que afirmó que la noche de los hechos dispararon tanto Wiliam Congo como Luis Hernando Triana, y otro aparte de la indagatoria de éste en que lo niega, el demandante afirma que sus poderdantes se contradijeron recíprocamente por tener intereses contrapuestos, y esta situación debió motivar a los jueces a deslindar la defensa. Al no hacerlo, el proceso resulta nulo y así debe declararlo la Corte en esta sede, decretando además la libertad provisional de los implicados.

Concepto del Ministerio Público:

Haciendo en primer lugar referencia al cargo por nulidad y advirtiendo que las antes llamadas nulidades supralegales fueron incorporadas como legales según el artículo 304, numerales 2 y 3 del C. de P. P., el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal rebate la aducida invalidez del proceso, por no existir incompatibilidad alguna de intereses entre los coprocesados, y se opone a la solicitada casación.

Observa que en las indagatorias los dos hermanos Triana no expresan intereses contrapuestos porque ambos le atribuyen al occiso haberle buscado problemas a Gerardo y extraer de su cinto un revólver que al disparar no hirió a Gerardo sino al mediador, López, y esta versión no involucra incompatibilidad de intereses entre ellos, por lo que el proceso no reviste la irregularidad generadora de nulidad de que habla el actor.

Además, en el hipotético evento de haber existido la incompatibilidad de intereses, ello no comportaría la nulidad, porque por mandato del artículo 308-3 del C. P. P. la nulidad no puede ser invocada por el sujeto procesal que con su conducta la ha coadyuvado. Indica que el propio demandante actuó en el proceso como defensor común de los dos acusados, y que la defensa de intereses contrapuestos está sancionada disciplinaria y penalmente para el abogado que la realice, y considera absurdo su argumento invalidante porque nadie puede alegar su propia torpeza como factor anulatorio; y, si se piensa —dice— "que ello está prescrito en el artículo 143 del C. P. P. indicando el juez que debe declarar la incompatibilidad de intereses, se convendrá en que ello tampoco genera anulación, en cuanto no haya vulnerado la defensa de los sujetos procesales involucrados en la incompatibilidad

aducida". Además, no existe previa decisión judicial declarando la incompatibilidad, como para admitir que se vulneró el debido proceso.

Califica de incorrección inelegante del recurrente su reclamo, "pues ha debido advertir la incompatibilidad en el curso del proceso no ahora después de la sentencia desfavorable a sus representados conjuntos". Como conclusión, infiere que lo que el recurrente pretende es provocar un nuevo estudio de la prueba del proceso.

Tampoco, en sentir de la Procuraduría puede prosperar el cargo que sustenta en la causal primera de casación, en que se aduce la violación indirecta de la ley sustancial.

Advierte que el testimonio de Nicéforo Medina no fue desfigurado o tergiversado, sino asumido correctamente en su contenido en el fallo, y recuerda, con base en cita jurisprudencial, que la simple disparidad de criterios entre el recurrente y el sentenciador no origina error manifiesto de hecho, porque éste recae en la realidad tangible de las pruebas.

En cuanto hace a los indicios graves que dedujo el Tribunal, de motivación y de oportunidad contra los procesados, y que el actor pretende desvirtuar, considera el funcionario que el cargo apenas sí fue enunciado pero que no se proveyó a su demostración porque no se concretó si el desacuerdo radica en el hecho indicador o en la inferencia hecha por el Tribunal; además de que, al igual que con los testimonios, la objeción a los indicios reposa en el descontento de la fuerza probatoria que para el fallador tuvieron, sin ubicarla dentro de la estructura técnica propia de esa clase de prueba.

Así formulada la censura, debe desestimarse, en criterio de la delegada.

Más como encuentra el distinguido colaborador que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a Luis Hernando Triana supera los diez años autorizados por el artículo 44 del C. P., sugiere la casación parcial del fallo en ese punto, para adecuarla a la legalidad.

Consideraciones de la Corte:

La sentencia acusada deberá mantenerse, pues que los reparos que el demandante le formula carecen de eficacia para removerla. En efecto:

En el cargo apoyado en la causal tercera de casación el actor pretende la anulación del proceso con el argumento de que él mismo actuó como defensor conjunto de los dos sentenciados, quienes tenían inte-

reses contrapuestos, y que al así haberlo tolerado la jurisdicción, se incurrió en la vulneración de la garantía del debido proceso.

Del estudio de toda la actuación resulta, antes que todo, que en ningún momento los coprocesados se lanzaron acusaciones recíprocas, como para pensar que sus intereses fueron contrapuestos. No se acusaron entre ellos mismos de haber cometido ninguno de los delitos, sino que Gerardo afirmó que Luis era una de las personas que portaban arma en el lugar y a la hora de los hechos y que disparó como lo hicieron las otras que también tenían, pero jamás le atribuye el homicidio a su hermano Luis. Este por su parte —que admite haber tenido arma—, se apresura insistentemente a excluir a su hermano de tal porte y del homicidio, pues asevera que no llevaba arma en esa ocasión.

De esta suerte, el aserto del profesional para apoyar su extraña posición —en cuanto coadyuvó la situación que ahora glosa como irregular—, no responde a la realidad de la actuación procesal, dejando así sin fundamento su petición de nulidad que, según el artículo 308-3 del C. de P. P. sí puede plantearse por el coadyuvante cuando la situación invalidante constituya desconocimiento de la defensa técnica —que no es lo ocurrido aquí—, y en todo caso, el precepto referido no impide a los demás sujetos procesales aducirla en el evento de presentarse. Con esta precisión, la Sala rebate la posición del Ministerio Público de que existiendo la irregularidad coadyuvada no podría declararse la nulidad, pues es claro que si cualquiera otro de los sujetos procesales, v.gr. el mismo Ministerio Público, no habiéndola coadyuvado la alega y demuestra, la invalidación puede y debe declararse.

No se vulneró, pues el derecho de defensa de los implicados. Tampoco se presenta atentado al debido proceso —que es lo que afirma el demandante—, puesto que no se desconoció trámite esencial alguno en relación con la incompatibilidad de intereses entre los implicados por el hecho de no haberla declarado el juez, pues si ninguno de los que conocieron de la actuación la encontró dada, no tenía por qué declararla; no se daba el presupuesto del artículo 143 del C. P. C. que lo obligase.

Con razón el procurador sugiere la desestimación de la censura, pues ésta en definitiva no prospera.

De la misma manera, tampoco puede ser acogido el cargo por violación indirecta de la ley sustancial, dado que no aparecen demostrados en la demanda los errores de hecho que por falso juicio de identidad aduce, en la evaluación de la prueba por el Tribunal.

El cuestionamiento a la prueba de testimonio de Nicéforo Medina se soporta exclusivamente en el descontento del profesional recurrente por haberle dado el fallador credibilidad a su dicho y así tenerlo como

elemento de juicio trascendente en la condenación de los procesados. No surge de que la prueba hubiera sido asumida con desapego a su objetividad.

El actor aspira a que con prelación a ella, se atienda el dicho de Juan de la Cruz López —rendido en inspección judicial—, porque en su sentir Medina exageró y transmitió al proceso duda e incertidumbre, pero sin reparar que López no presenció —como sí lo hizo Medina, presencial ajeno a los hechos— todo lo sucedido al perder el conocimiento a causa de la herida que le propinó alguno de los energúmenos portadores de arma. La objeción, por lo visto, se cifra en el aspecto de la sana crítica probatoria que asiste al fallador de las instancias, para desconocérsela, y buscar que la Corte cambie el criterio registrado en la sentencia y prefiera al testigo que mejor se acomoda a su manera de ver.

La censura en estas condiciones formulada, resulta inatendible.

Otro tanto debe decirse respecto de los reproches a la prueba de indicios.

El actor se limita a descalificar las inferencias del fallador diciendo que ni el de oportunidad ni el de motivación para privar de vida al occiso podían darse por configurados, pero se abstiene de demostrar en qué consistió la desfiguración que el Tribunal hubiera hecho de cualquiera de los sectores de la prueba, ni menos el grave desconocimiento de las reglas de lógica que hubiera podido efectuarse en el análisis de la misma, tornando así, ciertamente ineficaz la acusación.

A las anteriores inconsistencias, de inocultable envergadura, súmese la de afirmar que en el proceso existieron dudas probatorias conducentes a la absolución y que al no reconocerlas se infringió el artículo 445 del C. P. P., pero sin demostrar cuáles fueron ellas, y cuáles los errores de hecho que las motivaron; y una más: Aseverar bajo el mismo fundamento normativo —causal 1ª de casación— que en el proceso no se practicó diligencia de necropsia al cadáver del occiso, con que se hubiera establecido el número y la naturaleza de las heridas y la clase de armas que se utilizaron para darle muerte, para así individualizar responsabilidades.

Olvidó el profesional que la no práctica de pruebas necesarias para la defensa, es tema propio de la causal 3ª de casación, dado que esa omisión bien puede generar la nulidad por desconocimiento de tal derecho, y que además, no bastan las meras aseveraciones, sino que es indispensable la cabal demostración del yerro para que la pretensión de infirmación adquiera entidad.

Así, pues, desprovistas de base y de adecuada demostración cada una de las censuras contenidas en la demanda, se hace incluible declarar su improsperidad, aunque oficiosamente deba atenderse la su-

gerencia anulatoria que plantea la Procuraduría y que afectará solamente en parte la sentencia de segundo grado.

De la nulidad oficiosa:

El señor procurador observa que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al procesado Luis Hernando Triana, acusado de homicidio y hurto en concurso de hechos punibles fue de once (11) años, equivalentes a la pena principal de prisión que se le dosificó, y en virtud a que aquella sobrepasa el límite autorizado por el artículo 44 del C. P. depreca la parcial anulación de la sentencia para que se regradúe dicha sanción. Como al funcionario le asiste la razón, pues se ha vulnerado así la legalidad de la pena ínsita en el debido proceso, la pena accesoria mencionada se reducirá por vía de casación oficiosa parcial, a los diez (10) años previstos en la normatividad correspondiente, con base en lo dispuesto en los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P.

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:

Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de reducir al procesado Luis Hernando Triana López la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que en ella le fuera impuesta, al término de diez (10) años. En lo restante, queda sin modificación el fallo. En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

EXTRADICION

De conformidad con las exigencias del artículo 549 del C. de P. P. en su numeral primero, es indispensable que se demuestre que los hechos que motivan la solicitud de extradición sean igualmente delictivos en Colombia —principio de la doble incriminación—, y para verificar el cumplimiento de la exigencia legal se hace indispensable hacer una comparación de las conductas y normas legales que motivan la solicitud en relación con la legislación vigente en Colombia. / Los tratados se extinguen por las siguientes causas: a) Por voluntad de las partes contratantes (abrogación) y ello es posible no sólo en los tratados bilaterales sino también en los multilaterales; b) Por caducidad del tratado, prevista en su propio texto; c) Por denuncia que del mismo haga una de las partes contratantes, que en los bilaterales conlleva la extinción del tratado, no así en los multilaterales; d) Por efectos de la guerra; y e) Por el cambio repentino e imprevisible de las circunstancias en que fue acordado el tratado (Teoría de la cláusula Rebus sic stantibus. Derecho Internacional Público. Charles Russeau, c. Ariel Barcelona, págs. 49 y ss. de 1960). / La redacción del artículo tercero de la Ley 74 de 1935 se debe interpretar en el sentido de que la extradición no será posible si la prescripción de la acción o de la pena se ha producido simultáneamente en los dos países, por cuanto la preceptiva utiliza la conjunción copulativa "y" en lugar de la disyuntiva "o". / Tanto el concierto, como la comercialización y transporte de sustancias prohibidas es igualmente típica en la legislación colombiana, pues hoy aparece concretamente prevista en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 012.

Vistos:

Por nota verbal número 828 del 13 de noviembre de 1992 proveniente de la Embajada de los EE.UU., se solicitó la detención con fines de extradición del ciudadano norteamericano *William Randolph Berger,* conocido también como *William Steve Hilton* y *George Oliver Thompson,* procesado por la Corte del Distrito de Richmond (Virginia) por nueve cargos relacionados con tráfico de estupefacientes y dos cargos más por la misma clase de delitos formulados por la Corte del Distrito Sur de la Florida.

Igualmente, por nota verbal número 062 del 22 de enero de 1993 se solicitó la extradición del antes mencionado, procesado por nueve cargos relacionados con narcotráfico, por la Corte Distrital del Este de Virginia y por dos cargos de similar naturaleza por la Corte Distrital sur de Florida (Miami).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a emitir, con destino al Gobierno nacional, el concepto al cual se refiere el artículo 555 del C. de P. P.

Hechos:

En la Corte de Richmond, Virginia, se juzga al solicitado en extradición en el proceso 85-00059-01-R en el que se le formuló acusación el 13 de agosto de 1985 y se le decretó la detención el 14 del mismo mes y año.

Los cargos por los cuales ha sido procesado y se lo solicita en extradición son los siguientes:

Cargo I.

a) Haber concertado con otras personas, entre 1981 y 1984, en el Distrito Oriental de Virginia la introducción de más de 50 kilogramos de marihuana, de un lugar del territorio norteamericano al estado de Virginia;

b) Haber concertado el traslado ilícito de más de US$ 100.000.00 dólares de los EE.UU. a Jamaica con el propósito de comprar marihuana;

c) Formar parte de una asociación delictiva para importar aproximadamente 990 kilos de marihuana sin semilla de Jamaica, por un valor de US$ 2.000.000.00 de dólares a Florida del sur;

d) Como parte de esa asociación trasladó cerca de 550 kilos de marihuana de Florida a Virginia;

e) Haber viajado a Jamaica en febrero de 1982 para gestionar otro cargamento de maribuana;

f) Introducir entre abril y mayo de 1982 900 kilos de marihuana;

g) Haber matriculado en EE.UU. una embarcación con el propósito de transportar marihuana;

h) Contratar en agosto de 1982 a varios pilotos para que condujeran la embarcación que llevaba un cargamento de marihuana por un valor de US$ 1.200.000.00;

i) Trasladar en agosto de 1982 marihuana de Carolina del Sur a Virginia;

j) Comprar en octubre de 1982 un automóvil para transportar marihuana;

k) Haber contratado en diciembre de 1982 a un capitán por US$ 1.000.000.00, para que piloteara la embarcación que transportaría la marihuana desde Jamaica;

l) Gestionar entre diciembre y enero de 1982 la reparación de la embarcación y haber viajado a Jamaica en avión para adquirir otro cargamento de marihuana;

m) Haber llevado la embarcación al Puerto Isabela de Cuba, para su reparación en enero y febrero de 1983 cuando iban a recoger marihuana a Jamaica;

n) Remolcar la embarcación a la Florida para su reparación, en febrero y marzo de 1983;

o) En abril de 1983 cargar en Jamaica la embarcación con 700 kilos de marihuana;

p) Habérsele decomisado la embarcación al sufrir averías en aguas cubanas, cuando se descubrió el cargamento de marihuana;

q) Viajar a Jamaica a gestionar otro embarque de marihuana, en junio o julio de 1983;

r) En junio o julio de 1983 haber contratado otra embarcación para transportar marihuana desde Jamaica;

s) En junio y julio de 1983 haber introducido unos 550 kilos de marihuana de Jamaica;

t) Supervisar el descargue de marihuana, para su posterior almacenamiento en junio o julio de 1983;

u) En diciembre de 1983 haber importado otro cargamento de marihuana desde Jamaica a la Florida;

v) Recibir más de US$ 3.000.000.00 de dólares como pago de la marihuana colombiana y jamaiquina adquirida y no haber declarado dichos dineros a las autoridades de hacienda;

w) Haber sacado de los EE.UU. el producto de esa asociación delictiva.

Cargo II.

De noviembre de 1981 hasta febrero de 1984 se asoció para poseer con intención de distribuir más de 50 kilos de marihuana, con violación de la sección 841 del Título 21 del Código de los EE.UU.

Se incorporan a este cargo las acusaciones que aparecen en los literales b al w del cargo uno, con violación de la sección 846 del Título 21 del Código de los EE.UU.

Cargo III.

De noviembre de 1981 hasta febrero de 1984 dedicarse a una empresa criminal continua, con violación de las secciones 841 a,1, 843 b, 846, 952 y 963 del Título 21 del Código de los EE.UU., que incluyen entre otras las acusaciones expuestas en los cargos 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

Se ordena el decomiso de varios bienes como consecuencia de las utilidades obtenidas por esa empresa criminal con violación de la Sección 848 del Título 21, del Código de los EE.UU.

Cargo IV.

En enero de 1982 haber importado de la Florida hacia Virginia 500 kilos de marihuana con violación de las Secciones 952 (a) y 960 (b) (2) del Título 21 del Código de los EE.UU., y de la Sección 2 del Título 18 del mismo estatuto.

Cargo V.

En enero de 1982 haber poseído con la intención de distribuir unos 550 kilos de marihuana con violación de las Secciones 841 (a) y 1 (b) (6) del Título 21 del Código de los EE.UU. y de la Sección 2 del Título 18 del mismo código.

Cargo VI.

En julio y agosto de 1982 haber importado de Carolina del Sur a Virginia unos 500 kilos de marihuana con violación de las Secciones 952 (a) y 960 (b) (2) del Título 21 del Código de los EE.UU. y de la Sección 2 del Título 18 del mismo estatuto.

Cargo VII.

En agosto de 1982 haber poseído con intención de distribuir unos 550 kilos de marihuana con violación de las Secciones 841 (a) (1) y (b) del Título 21 del Código de los EE.UU., y de la Sección 2 del Título 18 del mismo código.

Cargo VIII.

En junio de 1983 haber importado de la Florida 500 kilos de marihuana con violación de las Secciones 952 (a) y 960 (b) (2) del Título 21 del Código de los EE.UU. y de la Sección 2 del Título 18 del mismo estatuto.

Cargo IX.

En julio de 1983 haber poseído con la intención de distribuir unos 550 kilos de marihuana con violación de las Secciones 841 (a) (1) y (b) (6) del Título 21 del Código de los EE.UU. y de la Sección 2 del Título 18 del mismo código.

En la Corte Meridional de la Florida se le adelanta el proceso 87-208-CR-JLK, en el cual el 7 de abril de 1987 se le formularon cargos y el 4 de mayo del mismo año se le dictó auto de detención. Las imputaciones son las siguientes:

Cargo I.

En marzo de 1987 haberse asociado para distribuir más o menos 100 kilos de una sustancia a base de marihuana con violación de la Sección 955a. (a), del Título 21 del Código de los EE.UU., y de la Sección 955.c del Título 21 enmendada por la ley de 1986 sobre la Toxicomanía, Ley Pública 99-570.

Cargo II.

En marzo de 1987 haber poseído una sustancia a base de marihuana en cantidad de más o menos 100 kilos.

La solicitud de extradición es por los cargos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y IX del procesamiento formulado por la Corte de Virginia y por los cargos I y II del enjuiciamiento formulado por la Corte meridional de la Florida.

Consideraciones de la Sala:

Los hechos delictivos por los cuales se encuentra solicitado en extradición el ciudadano norteamericano William Randolph Berger, a. William Boykin o a. Steve Hilton, o a. George Oliver Thompson no son constitutivos de delitos políticos o de opinión (art. 546 del C. de P. P.).

De conformidad con las exigencias del artículo 549 del C. de P. P. en su numeral primero, es indispensable que se demuestre que los hechos que motivan la solicitud de extradición sean igualmente delictivos en Colombia —principio de la doble incriminación— y para verificar el cumplimiento de la exigencia legal se hace indispensable hacer una comparación de las conductas y normas legales que motivan la solicitud en relación con la legislación vigente en Colombia.

En la Corte Oriental de Virginia, Richmond se le procesa por varias conductas delictivas según la legislación penal norteamericana y las que son motivo de extradición son las que a continuación se enumeran:

Cargo I.

Comprende la asociación con fines permanentes para realizar una serie de conductas destinadas a la importación de marihuana, desde Jamaica al territorio de los EE.UU., sustancia de prohibida comercialización que aparece como típica en la Sección 963 del Título 21 del Código de los EE.UU. y en Colombia igualmente es sancionada en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Estos hechos se le atribuyen como cometidos entre noviembre de 1981 y febrero de 1984 y la formulación de cargos tiene fecha del 13 de agosto de 1985.

La pena máxima prevista para el delito de narcotráfico es de doce años y la del concierto es de nueve años.

Cargo II.

Se formula el cargo por asociación para poseer con intención de distribuir marihuana entre noviembre de 1981, hasta febrero de 1984, con violación de la Sección 846 del Título 21 del Código de los EE.UU. Débese resaltar que éstas conductas fueron realizadas entre noviembre de 1981 y febrero de 1984.

Cargo III.

De noviembre de 1981 a febrero de 1984 la organización de una "empresa criminal continua" con violación de las Secciones 841a) 1), 843 b), 846, 952 y 963 del Título 21 del Código de los EE.UU. "contravenciones que incluían, entre otras, las expuestas en los cargos cuatro, cinco, seis, siete, ocho y nueve de esta acusación".

"De su participación en la mencionada empresa criminal continua el acusado William R. Berger obtuvo bienes, ganancias e intereses que están sujetos a decomiso" en contravención de la Sección 848 del Título 21 del Código de los EE.UU.

Téngase presente que los hechos se perpetraron entre noviembre de 1981 y febrero de 1984.

Cargo IV.

La importación de marihuana en enero de 1982 en contravención de las Secciones 952 a) y 960 b) 2) del Título 21 del Código de los EE.UU. y de la Sección 2 del Título 18 del mismo código.

La conducta fue realizada en "enero de 1982 o hacia esa fecha".

Cargo V.

La posesión con intención de distribuir 550 kilos de marihuana con violación de la Sección 841 a) 1) y b) 6) del Título 21 del Código de los EE.UU. y de la Sección 2 del Título 18 del mismo estatuto.

El comportamiento se ejecutó en "enero de 1982 o hacia esa fecha".

Cargo VI.

La importación de 500 kilos de marihuana entre julio y agosto de 1982 con violación de las Secciones 952 a) y 960 b) 2) del Título 21 del Código de los EE.UU. y de la Sección 2 del Título 18 de la misma normatividad.

Nótese que la conducta fue desplegada en "julio o agosto de 1982 o hacia esa fecha".

Cargo VII.

Poseer con intención de distribuir el 25 de agosto de 1982 550 kilos de marihuana con violación de las Secciones 841 a) 1) y b) 6) del Título 21 del Código de los EE.UU. y de la Sección 2 del Título 18 del mismo estatuto.

El hecho tuvo ocurrencia "el 25 de agosto de 1982 o hacia esa fecha".

Cargo VIII.

Haber importado de un territorio fuera de los EE.UU. quinientos kilos de marihuana.

La conducta fue realizada en "junio y julio de 1983 o hacia esa fecha".

Cargo IX.

Poseer con intención de distribuir 550 kilos de marihuana el 7 de julio de 1983 con violación de las Secciones 841 a) 1) y b) 6) del Título 21 del Código de los EE.UU. y de la Sección 2 del Título 18 de la misma normatividad.

El ilícito fue cometido "el siete de julio de 1983 o hacia esa fecha".

Es importante destacar que los Tratados se extinguen por las siguientes causas: a) Por voluntad de las partes contratantes (abrogación) y ello es posible no sólo en los tratados bilaterales sino también en los multilaterales; b) Por caducidad del tratado, prevista en su propio texto; c) Por denuncia que del mismo haga una de las partes contratantes, que en los bilaterales conlleva la extinción del tratado, no así en los multilaterales; d) Por efectos de la guerra; y e) Por el cambio repentino e imprevisible de las circunstancias en que fue acordado el tratado (Teoría de la cláusula Rebus sic stantibus). (Derecho Internacional Público. Charles-Rousseau, E. Ariel Barcelona, págs. 49 y ss. 1960).

Es obvio concluir que ninguna de las causales de extinción de los Tratados se ha presentado en el caso del Tratado interamericano de

extradición, y ello se ratifica por el mensaje suscrito por la oficina jurídica de la Cancillería de nuestro país que en relación con el tema certificó:

> "...me permito comunicarle que revisados los libros que reposan en esta oficina sobre el registro de los tratados y convenios, se encontró que la convención sobre extradición firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana, se encuentra en vigencia para Colombia desde el 22 de julio de 1936 y para los Estados Unidos desde 1934.
>
> "El Gobierno de los Estados Unidos ratificó la convención con las siguientes reservas:
>
> "'El artículo 2º, el parágrafo d) del artículo 3º y los artículos 12, 15, 16 y 18 serán exceptuados de la convención, conforme a la declaración hecha por parte de los Estados Unidos de América, de modo que dichos artículos y dicho párrafo no tendrán fuerza obligatoria para los Estados Unidos de América mientras no sean ratificados según las estipulaciones de la Constitución de ese país'.
>
> "Hasta la fecha no se ha recibido información sobre el levantamiento de dichas reservas por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América".

Si es entonces evidente que ninguna de las causas extintivas se ha producido débese entonces concluir que la Convención Interamericana de Extradición, ratificada por nuestro país por la Ley 74 de 1935 se encuentra vigente y por tanto es aplicable lo dispuesto en su artículo 3º:

> "El Estado requerido no está obligado a conceder la extradición:
>
> "a) Cuando estén prescritas la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculpado".

Si se tiene en cuenta que este acuerdo multilateral fue ratificado por EE.UU. el 13 de julio de 1934 sería factible su aplicación en este caso y tratándose de una norma que contempla específicamente la problemática de la prescripción de la acción o de la pena, sería menester tener en cuenta el plazo prescriptivo para determinar si para el 14 de agosto de 1985, el 4 de mayo de 1987 o el 19 de noviembre de 1992, fechas en que las Cortes norteamericanas y el señor Fiscal General de Colombia, dictaron las resoluciones de detención del solicitado en extradición se encontraba o no prescrita la acción por las conductas que motivan la solicitud.

La redacción de la norma que es motivo de análisis se debe interpretar en el sentido de que la extradición no será posible si la prescripción de la acción o de la pena se ha producido simultáneamente en los dos países, por cuanto la preceptiva utiliza la conjunción copulativa "y", en lugar de la disyuntiva "o". En tales circunstancias, si se tiene en consideración que la detención le fue decretada en el país requirente en 1985 y 1987 por las Cortes de Virginia y Florida que lo procesan, se ha de concluir que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en ese país y tampoco en el nuestro en relación con los delitos por los que se los procesa en la Florida.

Al no encontrarse prescrita la acción en relación con los delitos por los cuales es solicitado por la Corte de Virginia se conceptuará favorablemente en relación con los cargos que aparecen en los numerales I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y IX de la resolución de acusación formulada por esa Corte.

En el Tribunal Federal del Distrito Meridional de Florida con fecha del 7 de abril de 1987 se formularon dos cargos contra Steve Hilton, alias con el que aparece igualmente registrado el solicitado en extradición.

Cargo I.

Se le imputa haberse asociado con otras personas para distribuir más de cien kilos de una sustancia que contenía una cantidad perceptible de marihuana el 29 de marzo de 1987, o alrededor de esa fecha.

Tanto el concierto, como la comercialización y transpórte de sustancias prohibidas es igualmente típica en la legislación colombiana, pues hoy aparece concretamente prevista en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Pero en el caso presente ocurre exactamente lo mismo que con los anteriores, pues la prescripción de la acción no ha operado en este caso, de conformidad con la legislación de ambos países y en aplicación del acuerdo interamericano de extradición y por ello se deberá conceptuar favorablemente a lo solicitado.

Cargo II.

Se le imputa que el 29 de marzo de 1987 o alrededor de esa fecha tuvieron en su poder con intención de distribuir una sustancia que contenía una cantidad perceptible de marihuana, superior a los cien kilos.

Al no estar prescrita la acción el concepto será favorable para que se conceda la extradición solicitada.

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

Resuelva:

Conceptuar favorablemente para la extradición de William Randolph Berger a. Steven Hilton o George Oliver Thompson por los cargos que le fueron formulados por la Corte de Virginia en los numerales I a IX y por los dos cargos formulados por la Corte de la Florida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gardillo Lombana, Secretario.

RECURSO

Si la impugnación no fue sustentada en oportunidad, no puede la Corte entrar a resolver alegaciones extemporáneas y menos cuando ellas están dirigidas a dar explicación de las razones por las cuales no cumplió con la carga procesal de sustentar el recurso dentro de los términos improrrogables que la ley le otorga para tal efecto.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 013.

Vistos:

En providencia de fecha 18 de noviembre de 1993, la Corte declaró improcedente la solicitud de libertad elevada por el procesado *Braulio Santos Rangel,* la que le fue notificada mediante despacho comisorio por la Asesora Jurídica de la Penitenciaria Nacional "El Barne" el 9 de diciembre siguiente. El procesado en el acto consignó que "apelo", no obstante lo cual ningún escrito de sustentación presentó dentro del término legal.

En memorial recibido en la Secretaria de esta Sala, el procesado manifiesta que su intención es responder a la providencia "del 18 de noviembre de 1993 que fue apelada y no sustentada", para reiterar su criterio expuesto en la petición de libertad fundada en presunto vencimiento de términos para decidir el recurso extraordinario de casación.

Se considera:

Dada la naturaleza de la providencia impugnada por el procesado y el estado procesal en que se halla el asunto, el único recurso posible es el de reposición que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, debe ser sustentado dentro del término de ejecutoria.

Entonces, si como lo apunta el memorialista, la impugnación no fue sustentada en oportunidad, no puede la Corte entrar a resolver alegaciones extemporáneas y menos cuando ellas están dirigidas a dar explicación de las razones por las cuales no cumplió con la carga procesal de sustentar el recurso dentro de los términos improrrogables que la ley le otorga para tal efecto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *se abstiene* de considerar el escrito del procesado Braulio Santos Aldana Rangel, por las razones consignadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS / DEMANDA DE CASACION

Del inequívoco texto del artículo 31 de la C. N., surge que la restricción para que el superior desmejore la situación del acusado como único apelante hace referencia a la sentencia, pues sólo en ella se puede condenar a una pena y por lo mismo es a esa decisión que se restringe el alcance de imposibilitar agravación o desmejora. / El desconocimiento del precepto constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 31 de la Carta, como norma de contenido sustancial que sólo afectaría la legalidad de la sentencia sin interferencias hacia el interior del trámite procesal, constituiría no un vicio in procedendo propio de la causal tercera de casación sino un verdadero error in judicando a atacar en casación dentro de la causal primera.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal. — Santafé de Bogotá, D. C., diez de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 13.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado *Héctor Heraldo Armero Guerra*, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual le impartió confirmación a la de condena que por el delito de homicidio emitió en primera instancia el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, incrementando de 10 a 16 años y 6 meses la pena de prisión impuesta al acusado al considerar que el punible se cometió en las circunstancias de agravación previstas en los numerales 4º y 7º del artículo 324 del Código Penal, revocando lo relacionado con la indemnización de los daños y perjuicios, y confirmando el fallo del *a quo* en todo lo demás, lo que incluyó la orden de copias para investigar por separado el posible delito de falso testimonio en que pudieron incurrir Javier García Solarte, Luis Enrique Barahona, y los agentes Alfonso Andrade Torres y Horacio Pinto Lozada.

Hechos y actuación procesal:

La síntesis de lo acontecido, fue expuesta de la siguiente manera por el señor Procurador Primero Delegado:

> "En la ciudad de Cali, el día 21 de diciembre de 1990, aproximadamente a la una y cuarenta de la madrugada, en la calle 2-C número 94A-48 barrio Meléndez, resultó muerto por arma de fuego, el joven Alvenis Orión Vinasco Palacios, quien presentó cuatro impactos de bala. Dio aviso inmediato a los familiares de la víctima, un muchacho de nombre Henry al que apodan 'Fríjolito', quien se encontraba a pocos metros de donde ocurrieron los hechos y presenció el homicidio cometido, señalando posteriormente en diligencia de declaración voluntaria al agente de la Policía que llaman *Armero* como el autor del ilícito".

Los móviles del hecho relacionarían la muerte de Vinazco con un compromiso corrupto de algunos agentes con expendedores de estupefacientes, a quienes la víctima hostigaba como dirigente comunitario.

Las primeras diligencias fueron adelantadas por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Permanente de Cali; la apertura de la instrucción correlió a cargo del Juzgado Doce de la misma especialidad quien oyó en diligencia de indagatoria al acusado Héctor Heraldo Armero Guerra, y al resolver la situación jurídica profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva. Mediante interlocutorio de abril 29 de 1991 se calificaría el mérito del sumario con resolución de acusación por el punible de homicidio simple de que trata el artículo 323 del Código Penal, decisión recurrida por el defensor del acusado y confirmada por el Tribunal Superior de Cali precisando que el enjuiciamiento procedía por homicidio agravado, y que debían compulsarse copias para investigar a Luz Dary Quintero y Carlos Emilio Vallejo por violación a la Ley 30 de 1986.

Una vez realizada la diligencia de audiencia pública, el Juzgado Primero Superior de Cali emitió el fallo de condena de abril 7 de 1992 de contenido ya advertido, determinación apelada por el defensor del procesado y el agente del Ministerio Público, mereciendo en la segunda instancia la confirmación y modificaciones igualmente mencionadas. Manifestando una vez más su inconformidad, interpuso el procesado el recurso extraordinario de casación, de cuya decisión se ocupa aquí la Sala.

La demanda:

Con fundamento en los numerales 3º y 1º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia.

Sustentando el primero, dice el censor que el Tribunal violó el principio establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional, porque cuando el Juzgado de Instrucción produjo la resolución acusatoria lo hizo por el delito de homicidio simple, y si bien para entonces no se hallaba vigente la actual Carta Política, al resolverse el recurso cobraba ya actualidad el hoy artículo 31 constitucional que inhibe la posibilidad de que el superior desmejorara la situación del acusado como apelante único, situación procesal irregular que se dejó plasmada en autos al variar la adecuación del hecho de homicidio simple a agravado, incurriéndose en

> "Una violación constitucional, que conforma la segunda causal de nulidad contemplada en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal actual, que debe tenerse en cuenta en el trámite de esta instancia extraordinaria, como que le es más favorable a los intereses" del acusado.

Más adelante añade que:

> "La sentencia de segunda instancia de fecha 13 de agosto de 1992, emanada de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cali, es entonces violatoria del debido proceso, como que se ha dictado dentro de un proceso en el que campea la nulidad a partir del momento en que dicta la providencia de segunda instancia, mediante la cual se confirma la resolución de acusación con la variación de calificar el tipo de homicidio agravado, con lo que se le aumentó la potencialidad de la pena a un apelante único", y así remata en que se desconoció "...el artículo 10 del C. P. P., que manda dar aplicación a la norma más favorable para el sindicado, aún haya sido expedida con posterioridad, frente a la restrictiva. La norma constitucional le era más favorable en el momento de la providencia del 26 de agosto de 1991, se tenía que respetar y no se podía ir más allá de la confirmación de los cargos por homicidio simple...".

Como consecuencia de su planteamiento la demanda solicita que la Corte decrete la nulidad de lo actuado a partir de la modificación de la resolución de acusación en la segunda instancia, para que en su lugar prevalezca la adecuación realizada en el Juzgado.

El segundo cargo se propone con fundamento en el artículo 220.1 del Código de Procedimiento Penal, acusando la ocurrencia de un error de hecho, al deducirle al acusado la causal agravante del motivo innoble que no aparece demostrado en el proceso. Luego de transcribir apartes de los fallos de segunda y de primera instancia, sobre el particular afirma:

> "Las circunstancias de agravación que dedujo el sentenciador de segunda instancia, por ninguna parte aparecen demostradas dentro de este caso. Es la opinión de la Sala de

Decisión. Pero sin fundamento probanzal. Es tanto como imaginar que así se dio el hecho, pero sin estar demostrado. Es una errónea interpretación, que viola norma sustancial por error de hecho. Se viola con esta sentencia dictada en tales circunstancias, lo reglado en los artículos 323 y 324 del Código Penal, como lo que aparece demostrado es un homicidio simple, pues todo enseña que las circunstancias así se entregan y que bien puede dar para un agravante punitivo en la tasación matemática, pero nunca de calificación del tipo para llegar a concluir que el violado fue el del segundo y no el del primero de los citados. (...) Una doble violación a la ley sustancial por error de hecho, entonces se da en este caso, cuando se han deducido factores legales que de ninguna manera tienen bases fácticas. En las pruebas existentes dentro del caso, no obra una sola que diga de esas circunstancias que deduzcan a juzgar a mi cliente por un hecho calificado. Lo demostrado es lo correspondiente al tipo de homicidio simple. Si la prueba no la hay en el proceso, no puede tomarse una decisión sin su respaldo".

Sobre estas apreciaciones, a solicitud del demandante impetra que se dicte la sentencia que realmente corresponda.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que ninguna razón le asiste al recurrente en la formulación de la nulidad que por violación al principio constitucional consagrado en el artículo 31 de la Carta se plantea, ya que de la redacción de la disposición se infiere que la prohibición hace expresa referencia a las decisiones judiciales y específicamente a la pena, contemplando dos conceptos perfectamente diferenciados: "a) El de la pena impuesta, y b) El condenado, que necesariamente fuerzan el sentido de la aseveración de que la prohibición opera sólo para la sentencia, que es el acto procesal final en el cual se decide sobre la pena y se aplica la misma"...; en ese orden de ideas agrega, "la argumentación del demandante que por incorrecta, como que la alegación la hace diciendo que la agravación que vulnera el principio constitucional y del debido proceso es la que se deriva de la reforma por el *ad quem* de la providencia de calificación, que obviamente no es la sentencia".

La respuesta al segundo cargo replica que los planteamientos del censor se limitaron únicamente a señalar su desacuerdo con los argumentos expuestos por el Tribunal y que lo llevaron a determinar que el delito de homicidio cometido por Armero Guerra no reunía las condiciones para calificar el homicidio de simple sino de agravado por el motivo abyecto o fútil, tachándolas de simples "elucubraciones", epíteto que utiliza para apoyar sus personales apreciaciones, recurriendo igualmente a las razones de la primera instancia, pero sin

alcanzar a demostrar —como era su deber—, en qué consistió el error que le atribuye al Tribunal. De otra parte agrega que el *ad quem* valoró fundadamente el motivo abyecto (no fútil) de la agravación, al hacer mención a la condición personal del autor (agente de la autoridad) y

> "al hecho de que la motivación del factum fuera la del expendio de substancias que generan dependencia bio-síquica la cual aparece como causa eficiente que dio pábulo a la acción violenta, aspecto que resulta enmarcando la conducta en la específica circunstancia de agravación citada.
>
> "Es decir, que aspectos demostrados en los autos, fueron valorados por el juez como suficientes para aplicar la agravante en referencia, como el hecho de que el agente de la autoridad estuviera en la zona de expendio de drogas cohonestando la actividad ilícita, que es lo que considera abyecto el sentenciador. Es claramente una incorrección funcional, y delictiva ostensible, no concebible ética ni jurídicamente en una persona que debe lealtad al Estado al que sirve, que permitió la consideración valorativa ya dicha, lo que además de que no fue discutido, sí aparece en los autos con suficientes datos probatorios que tampoco rebate el recurrente" (fl. 18, cuaderno del Tribunal).

Las razones anteriormente expuestas, son consideradas por la delegada como suficientes para solicitarle a la Corte se abstenga de casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte:

1. Respondiendo al primer cargo contenido en la demanda obliga anticipadamente señalar que el actor se equivoca pretendiendo deducirle al artículo 31 constitucional un alcance lato del cual no se halla revestido, sugiriendo, contra el texto del precepto superior, que las facultades del *ad quem* se hallan restringidas no sólo al revisar por apelación exclusiva del acusado la sentencia, sino además toda otra decisión que se produzca en el proceso.

Como ha tenido ya oportunidad de señalarlo esta Sala en repetidas ocasiones, del inequívoco texto del precepto que se invoca surge que la restricción para que el superior desmejore la situación del acusado como único apelante hace referencia a la sentencia, pues sólo en ella se puede condenar a una pena y por lo mismo es a esa decisión que se restringe el alcance de imposibilitar agravación o desmejora.

En vigencia del artículo 538 del Código de Procedimiento Penal dentro de la cual se produce la revisión del auto calificatorio (Decreto 050 de 1987), amplia le era al juez la posibilidad de revisar sin límite las decisiones de primera instancia, situación que salvo las restriccio-

nes atinentes a la sentencia (arts. 17 y 217) mantuvo inmodificable el Decreto 2400 de 1992, dentro del criterio de plena competencia de las instancias, autorizando al *ad quem* para que decidiera la apelación y la consulta "sin limitación alguna". Como excepción, y sólo en tal carácter, la restricción constitucional del referenciado artículo 31 superior precisó en el texto que "cuando se trate de *sentencia* condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta salvo que el fiscal, el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuando tuvieren interés, la hubieren recurrido", y es esa, para el caso presente la situación legal que aún prevalece, pues así se haya restringido ahora en la Ley 81 de 1993 la competencia del *ad quem* a la materia que plantee el apelante, ni era ese el precepto que regía cuando se desató el recurso, ni el nuevo texto afecta lo decidido, ni se trata de una disposición que proyecte sus efectos para situaciones previamente decididas.

Por otro aspecto desatina también el casacionista en este caso, pues como de manera repetida se advierte en la doctrina de esta Sala, el desconocimiento del precepto constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 31 de la Carta, como norma de contenido sustancial que sólo afectaría la legalidad de la sentencia sin interferencias hacia el interior del trámite procesal, constituiría no un vicio *in procedendo* propio de la causal tercera de casación sino un verdadero error *in iudicando* a atacar en casación dentro de la causal primera cuya técnica e invocación pretermitió el libelista.

Con todo y reconociendo en abstracto la trascendencia del defecto planteado, porque de haberse dado hubiese transgredido los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos para el acusado, para el caso que se estudia sólo puede concluirse en el rechazo de la impugnación, en cuanto frente a la resolución acusatoria ninguna limitante tenía el juzgador para introducirle modificaciones adversas al procesado apelante, como tampoco las tuvo el fallador para optar por el incremento de la pena, si como queda visto, en contra de la sentencia se levantó el Ministerio Público discrepando del interés del condenado, y habilitando así las modificaciones de desfavor.

El cargo no prospera.

2. En el segundo cargo la demanda impugna por la causal primera la deducción de la agravación contemplada en el artículo 324-4 y 7º del Código Penal para el delito de homicidio, pues a juicio del actor no existió la prueba relacionada ni con los motivos de la conducta imputada ni con la inferioridad o indefensión de la víctima, agregando que el Tribunal supuso que la intervención del acusado había mediado por el estímulo de un precio o recompensa.

Alegándose en este caso la ocurrencia de un falso juicio de existencia, lo cierto es que el censor no se acercó a la demostración de los supuestos errores anunciados, limitándose simplemente a afirmar la inexistencia de prueba de apoyo para la deducción de la doble

agravante, pero desatendiendo que en estos dos aspectos la Sala del Tribunal sustentó debidamente sus razones, sin llegar a aducir ni concretar como se sugiere, la causal 4ª de agravación del homicidio por razón del precio sino del motivo abyecto.

Cuando el Tribunal se refirió a este aspecto resaltó que en el plenario se hallaba demostrado el nexo entre la muerte de Vinazco y el tráfico de sustancias estupefacientes que se verificaba en el sector a ciencia y paciencia de las autoridades de policía, remitiéndose a los argumentos contenidos en el pliego acusatorio. Ello implicaba reproducir lo que en aquella ocasión se dijo y consta a folio 370 del primer cuaderno con relación al móvil que animó al acusado, quien para entonces se hallaba de franquicia:

> "Se hace referencia expresamente a las manifestaciones que desde la diligencia misma del levantamiento del cadáver y posteriormente en el curso del proceso fueron formulando varios de los testigos y vecinos, relativas a la venalidad que carcomía a la policía allí acantonada y más concreta y específicamente a las relaciones y compromisos que ésta tenía adquiridos con los expendedores de estupefacientes, en especial con la mujer Luz Dary Quintero dueña de un expendio de narcóticos reconocido ampliamente en la zona, con quien supuestamente habían coordinado el aniquilamiento de Vinazco Palacios quien, en su condición de ciudadano de bien y hombre cívico (era presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio Meléndez y vicepresidente de la Comuna número 18), había emprendido una frontal campaña para sanear de expendedores y traficantes el sector y quien, haciendo público su cometido venía hablando ampliamente sobre el particular...".

Si el censor optó por atacar en este aspecto el fallo por la vía indirecta, no le bastaba con sugerir la interpretación supuestamente errada del precepto penal en su texto y contenido, sino que le resultaba imprescindible entrar a referirse a las pruebas y acreditar la ocurrencia de posibles errores de hecho o de derecho, sobre los cuales nada dijo, desconociendo las varias versiones testimoniales que evocó el Tribunal en el encausamiento y ratificó por referencia en la sentencia, imposibilitando con ello a la Sala para otorgarle una respuesta adecuada, y con mayor razón para desconocer gratuitamente un fallo debidamente sustentado.

Otro tanto sucede cuando el actor aduce la inexistencia de la causal 7ª de agravación del homicidio relacionada con la indefención de la víctima, pues lejos de sustraerse el juzgador a ese análisis, la argumentación que en seguida se transcribe muestra el sustento debido para el incremento:

"A igual identidad conceptual se acomoda la conducta delictiva respecto del dolo mayor, cuando el agente obra en abuso de las condiciones de inferioridad de la víctima, circunstancia que resulta en autos sin mayor dificultad ni necesidad explicativa por razón del simple examen a las condiciones de la víctima, primero sentada desprevenidamente y acto seguido cuando se dirige con absoluta seguridad de no estar bajo apremio violento alguno ante la incidental y extemporánea e indebida exigencia de identificación, atendidas las condiciones de consumo alcohólico que ostentaban los agentes 'del orden' en la noche de autos. Ese estado de indefensión e inferioridad surgen inevitablemente del examen a la circunstancia agravatoria comentada objeto de deducción en esta instancia con motivo de la apelación al auto resolutorio contra el procesado" (fl. 18, cuaderno del Tribunal).

Tampoco aquí se ocupa el casacionista de rebatir los supuestos de hecho dados por el *ad quem* en su sentencia, elementos fundados en el resultado de las pruebas allegadas y en particular lo consignado en el acta de necropsia a folios 93 y 94 y el álbum fotográfico complementario del folio 216 donde puede apreciarse que la víctima fue impactada por disparos con la boca del cañón del arma colocada sobre la superficie corporal, información corroborada por el testigo Henry Becerra Valencia al explicar la manera como el acusado se acercó a la víctima disparándole tan pronto Vinazco le pidió que se identificara, tomándole por sorpresa y limitándole cualquier posibilidad de eludir o rechazar la agresión, accionando el arma en repetidas ocasiones, hasta asegurarse del resultado perseguido. Folios 12 y 13.

No se demostró el cargo, y ello lleva a que las pretensiones no prosperen.

Con fundamento en las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar el fallo impugnado por el procesado Héctor Heraldo Armero Guerra.

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

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

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

FUERO / JUSTICIA PENAL MILITAR / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Tanto el artículo 170 de la Constitución anterior como el artículo 221 de la actual, consagran fuero funcional en favor de los miembros de la fuerza pública, consistente en que la autoridad competente para conocer de los procesos por los delitos que ellos cometan estando en servicio activo y en relación con el mismo servicio, es la conformada por los jueces y Tribunales Militares. En ese mismo sentido de la normatividad constitucional en comento, se desprende que cuando los militares no actúen en cumplimiento de deberes inherentes a su servicio en las Fuerzas Militares o ejecutando órdenes impartidas por sus superiores, o actuando en relación o con ocasión del mismo servicio, las autoridades competentes para conocer de la investigación y juzgamiento de esas conductas serán las de la llamada justicia ordinaria. / Al ser actualmente el juez el que determina el valor de los medios probatorios, teniendo en cuenta las reglas de lógica, la ciencia y la experiencia, no es válido pretender que se le dé un mayor valor a un medio que a otro, con una alegación propia de la instancia que es donde se puede debatir abiertamente las pruebas y el valor que a las mismas se les da por el funcionario judicial que adelanta el proceso. / Cuando se alega una violación directa de la ley sustancial, el censor debe aceptar los hechos y las pruebas en la forma como fueron plasmadas por el Tribunal, sin poder controvertir el material probatorio, debiendo concretarse a demostrar que una determinada norma de carácter sustancial fue dejada de aplicar, aplicada indebidamente o interpretada erróneamente. / No aceptar el alcance que a los diferentes elementos probatorios le dio el Tribunal, e indicar que los testimonios fueron interpretados erróneamente, implica adentrarse en el marco de la violación indirecta lo cual técnicamente no es posible, porque dentro de un mismo cargo no se puede alegar violación directa e indirecta de la ley sustancial.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 13.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado por el defensor de *Miguel Antonio Barrero Medina,* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero Superior de esta ciudad, por medio de la cual condenó al procesado como autor responsable del delito de *homicidio culposo* perpetrado en la persona de la señora *Otilia García de Espinosa,* imponiéndole en consecuencia una pena de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de mil pesos.

I. Hechos y actuación procesal:

El día 22 de enero de 1987, aproximadamente a las cuatro y treinta de la tarde, se encontraba en la ciudad de Santafé de Bogotá la señora Otilia García de Espinosa, en compañía de su hija Luz Marina Espinosa y del señor Félix Antonio Rodríguez, a la altura de la carrera 7ª con calle 65 siendo alcanzada por un proyectil de revólver, que se le incrustó en la cabeza produciéndole la muerte.

Como autor de estos hechos se identificó al teniente del Ejército Nacional Miguel Antonio Barrero Medina, quien desde un primer momento alegó encontrarse en compañía de su novia en espera de una buseta, siendo atracado por tres individuos armados, que dispararon en su contra. Así las cosas y con el fin de responder a sus agresores disparó al aire, causándole la muerte a la señora Otilia García.

La investigación fue adelantada por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal radicado en Santafé de Bogotá, despacho que oyó en indagatoria a Miguel Antonio Barrero Medina, disponiendo además todo lo atinente a la recaudación de las pruebas. La situación jurídica del procesado fue definida con medida de aseguramiento de detención preventiva por homicidio a título de culpa, calificación que el juzgado mantuvo en la providencia mediante la cual profirió resolución de acusación el 13 de septiembre de 1990.

La etapa del juicio fue tramitada por el Juez Tercero Superior, quien una vez surtida la audiencia pública profirió sentencia condenatoria imponiéndole al acusado veinticuatro meses de prisión y multa de mil pesos ($1.000); interdicción de derechos y funciones públicas

por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad, y la obligación de pagar perjuicios, los cuales fueron señalados en un valor equivalente a mil cuatrocientos (1.400) gramos oro, en favor de los directamente perjudicados. En el mismo proveído se otorgó al enjuiciado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional. El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor confirmó integralmente el fallo impugnado, en decisión suscrita el día 15 de julio de 1992.

II. La demanda:

El defensor invoca las causales tercera y primera de casación penal, y con fundamento en ellas presenta cuatro cargos a saber:

Causal tercera de casación:

Cargo único.

Considera que la sentencia recurrida en casación adolece de nulidad absoluta e insubsanable por haberse proferido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá acogiendo la de primera instancia, cuando la competencia radicaba en cabeza de la justicia penal militar.

Para el día de los hechos Miguel Antonio Barrero Medina era oficial del Ejército Nacional en servicio activo, ostentando el grado de teniente del arma de infantería, perteneciente al Batallón Rafael Reyes, con sede en la ciudad de Puerto Berrío, Magdalena Medio Antioqueño.

Igualmente el 22 de enero de 1987 (día de los hechos), el país se encontraba en estado de sitio de acuerdo con el Decreto número 1038 de mayo 1º de 1984.

El 4 de mayo de 1984, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1057 de 1984, por medio del cual se dispuso:

> "Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los delitos de competencia de la justicia penal militar cometidos por militar y personal civil al servicio de las fuerzas armadas, se juzgarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales consagrados en el Libro VI, Capítulo II del Código de Justicia Penal Militar (arts. 566 y ss.).

Al momento de realizarse la conducta que se le endilga a su defendido, este disfrutaba sus vacaciones, siendo además un ilícito de los que se denominan comunes, pero igualmente estaba vigente el Decreto 0250 de 1958, que en su artículo 308 numeral 2º disponía:

"Artículo 308. La jurisdicción Penal Militar conoce:

"1º ... ...

"2º De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público y conmoción interior".

Artículo que nunca fue declarado inexequible, razón por la cual el juzgamiento de militar, debió realizarse a través de la jurisdicción castrense, siendo el juez competente en primera instancia, el Comandante de la Brigada 14 del Ejército Nacional, unidad operativa a la cual pertenecía el procesado.

Acorde con lo anteriormente manifestado, solicita a la Corte Suprema de Justicia reconocer la existencia de la nulidad impetrada, retrotrayendo la actuación hasta el auto de cierre de investigación inclusive.

Causal primera de casación:

A la luz de esta causal presenta tres cargos, dos por violación indirecta y uno por violación directa de la ley sustancial.

Cargo primero. La sentencia recurrida en casación es violatoria de la ley sustancial de forma indirecta, por apreciarse erróneamente el testimonio de Félix Antonio Rodríguez, al considerar que este señor manifestó que el procesado disparó su arma de fuego en contra de un gamín que intentó contra él y su acompañante un hurto con violencia; igualmente al afirmar que el testigo manifestó no haber ocurrido atraco alguno, ya que no vio correr a tres señores, en el momento en que caía herida la hoy occisa. Esta inferencia es contraria a las normas sobre apreciación del testimonio, haciendo aseveraciones en la providencia que pretenden tener fundamento en el testimonio de Félix Antonio Rodríguez cuando este deponente no se refiere a ellas.

La sentencia viola en forma indirecta la ley sustancial al desechar la existencia de la causal de exculpación del caso fortuito, prevista por el artículo 40.1 del Código Penal, al haber condenado a su defendido como autor responsable del delito de homicidio culposo.

Solicita que se case el fallo y en consecuencia se profiera sentencia absolutoria.

Cargo segundo. La sentencia recurrida en casación es violatoria de la ley sustancial por apreciar erróneamente los testimonios de Luz Marina García de Espinosa y José Manuel Mendivelso Mendivelso, al considerar que los testigos afirmaron que no hubo atraco en contra

del procesado y su acompañante, porque no vieron correr a los tres sujetos a que hace referencia el teniente Barrero Medina, como tampoco al gamín del que habla Félix Antonio Rodríguez.

Esta apreciación, es contraria a la que ordena el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, al hacer afirmaciones en la providencia que pretenden tener fundamento en los testimonios de Luz Marina García y José Manuel Mendivelso, cuando ellos ni niegan, ni afirman los eventos deducidos en la providencia.

En consecuencia, la sentencia recurrida viola la ley sustancial de manera mediata por desechar el caso fortuito previsto en el artículo 40.1 del Código Penal y haber condenado a su defendido, razón por la cual solicita a la Corte casar la sentencia, profiriendo absolución en favor del acusado.

Violación directa de la ley sustancial. Considera el demandante que existió aplicación indebida del artículo 329 del Código Penal, que prevé el homicidio culposo, cuando lo cierto es que su defendido actuó amparado por la causal primera del artículo 40 del Código Penal, esto es, el caso fortuito, norma que enerva la culpabilidad del agente activo del hecho punible e impide el juicio de reproche que hizo la sentencia de instancia, contraviniendo lo dispuesto en la ley sustantiva. Violación directa que se concreta al problema de adecuación típica del hecho investigado, con el supuesto de hecho contemplado en la ley.

En este caso se aceptan los hechos, esto es, que el sindicado fue la persona que disparó el revólver, cuyo proyectil impactó en el cráneo de la víctima, causándole la muerte y que tal conducta se realizó sin intención de matar al defenderse de una grave agresión de la que fuera víctima en compañía de su novia, como ha quedado demostrado en el proceso, al aceptarse la errónea interpretación de los testimonios argüidos por la sentencia recurrida en contra del sindicado; obedeciendo su obrar al caso fortuito o fuerza mayor.

En este caso la culpabilidad no encuentra concreción en el acontecer del procesado, porque al reaccionar como lo hizo, y debido a la grave agresión, no podía impedir el resultado que ocasionó, a pesar de estar en la obligación de preverlo.

El implicado actuó de acuerdo a las exigencias que se presentaban produciendo desafortunadamente la muerte de una persona, pero su conducta no constituye hecho punible, por cuanto no puede hacerse juicio de reproche por ausencia del elemento culpabilidad. Se erró en la adecuación de la conducta por no aplicarse lo dispuesto por el artículo 40 numeral primero del Código Penal.

Solicita que se case la sentenda, absolviendo a su defendido.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia y a cada uno de los reproches propuestos por el libelista responde así:

Causal tercera de casación:

Estima el representante del Ministerio Público, que para la época de los hechos el oficial del Ejército Miguel Antonio Barrero Medina se encontraba disfrutando vacaciones, siendo claro que en ningún momento la defensa alegó que para la ejecución de la conducta hubiese actuado cumpliendo deberes inherentes a su servicio activo en las Fuerzas Militares o ejecutando órdenes impartidas por sus superiores o actuando en relación o con ocasión del servicio.

Por otra parte, la competencia de la jurisdicción penal militar tenía su fundamento en el artículo 170 de la Constitución de 1986, que concretó su ámbito de conocimiento para los delitos cometidos por los militares en servicio activo.

Sobre el particular la Sala Penal señaló que: "La actividad calificada como militar, se realiza mediante actos propios del servicio en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce función de comando".

De consiguiente, al encontrarse en vacaciones el oficial, apartado de la relación activa de la institución, el acto que desencadenó la muerte de la señora Otilia García no guarda relación alguna con la actividad militar del inculpado, porque no atendía cumplimiento de orden de superior emanada con ocasión del servicio.

Causal primera. Considera la delegada que aunque se formulan dos cargos por vía indirecta acusando error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de las pruebas, porque según el demandante se alteró el contenido material de las atestaciones de Luz Marina Espinosa, Félix Antonio Rodríguez y José Manuel Mendivelso, la verdad es que la acusación se reduce prácticamente a un cargo.

La inconformidad radica en no haberse atendido con grado de credibilidad las afirmaciones exculpatorias del militar, esto es, que la tarde de los hechos fue asaltado por tres individuos, mientras esperaba transporte en compañía de su novia, sobre la acera de la carrera 7ª con calle 65 en Santafé de Bogotá. Ante esto, reaccionó produciendo un disparo con el fin de dispersar a los delincuentes, teniendo en cuenta que éstos se encontraban armados de pistolas y cuchillo.

Pero, como así no lo admitiera probado el juzgador, pues para el Tribunal ninguno de los declarantes afirma la presencia de los asal-

tantes, ni su posterior huída, mas sí, la carrera de un jovencito, y un disparo, atribuye el recurrente un presunto yerro del Tribunal al dar por inexistente el atraco a mano armada del que fuera víctima el procesado, poniendo en boca de los declarantes, algo que jamás dijeron.

Para el censor, los testigos ni afirmaron ni negaron la realidad en punto de la presencia y posterior huída de los tres sujetos y mucho menos de la existencia del atraco, de manera que dar por probado como lo hace el sentenciador que el actor delincuencial jamás existió, es alterar el contenido objetivo de la prueba, estructurándose el error de hecho por falso juicio de identidad.

El representante del Ministerio Público considera que el demandante se equivoca, porque la inverosimilitud del asalto se deduce de la explicación que en la indagatoria hiciese el procesado.

Como el motivo de inconformidad es el grado de credibilidad que para el actor amerita la versión de su defendido, contraponiéndolo al que le otorga el sentenciador, la censura no puede prosperar por tratarse de medios probatorios ajenos al régimen tarifario de valoración probatoria.

Lo mismo sucede con los testimonios criticados. Las deducciones del libelista en relación al análisis objetivo de la prueba son para debatir en las instancias. Pero si el sentenciador no aceptó el insistido argumento defensivo, no puede dársele razón al demandante en casación, admitiéndose que los declarantes en verdad afirmaron la existencia del atraco, porque esto sería faltar a la objetividad de la prueba.

En lo atinente al ataque formulado por violación directa de la ley el censor desconoce que por esta vía no solamente debe tenerse por admitida la objetiva existencia del hecho investigado en la forma como vienen plasmado en la sentencia, sino además, la apreciación y valoración de los medios probatorios demostrativos de los hechos.

En este caso existe una contradicción interna en el planteamiento del censor. A pesar de que afirma que cuando el ataque se dirige por esta vía no puede desconocerse la plena prueba del hecho, alega que existió una errónea interpretación de la prueba. De ahí el equívoco, porque precisamente el debate probatorio suscitado en las instancias lo definió mediante la sana crítica el fallador, descartando las situaciones narradas en la indagatoria como medio defensivo.

No se puede entrar a hacer un estudio de fondo, porque la censura por violación directa implica que no se controviertan los hechos y las pruebas. El reproche debió circunscribirse en puro derecho a demostrar cómo la conducta que se admite probada por el demandante no encuentra adecuación típica en la descripción del homicidio culposo.

IV. Consideraciones de la Sala:

Causal tercera de casación:

Cargo único.

Tanto el artículo 170 de la Constitución vigente cuando ocurrieron los hechos, como el artículo 221 de la actual, consagran fuero funcional en favor de los miembros de la fuerza pública, consistente en que la autoridad competente para conocer de los procesos por los delitos que ellos cometan estando en servicio activo y en relación con el mismo servicio, es la conformada por los Jueces y Tribunales Militares. En ese mismo sentido de la normatividad constitucional en comento, se desprende que cuando los militares no actúen en cumplimiento de deberes inherentes a su servicio en las Fuerzas Militares o ejecutando órdenes impartidas por sus superiores, o actuando en relación o con ocasión de ese servicio, las autoridades competentes para conocer de la investigación y juzgamiento de estas conductas serán las de la llamada justicia ordinaria.

Al respecto la Sala ha hecho claridad en reiteradas oportunidades sobre el marco dentro del cual se desenvuelve la Justicia Penal Militar.

> "Reiterativa ha sido la Sala en el punto en controversia, para cuyo esclarecimiento ha venido apoyándose en el texto del artículo 170 de la Constitución Nacional y siempre cuidadosa de la realidad fáctica que refleja cada caso concreto. Así en providencia del 25 de septiembre de 1987, en armonía con la sentencia de la Sala Plena que declaró inexequible el Decreto 3671 de 1986 afirmó: La aplicación restrictiva del artículo 170, al considerar que contempla los Tribunales Militares exclusivamente para conocer de las faltas cometidas por militares en servicio activo y dentro del mismo, y en concordancia con este pensamiento, advirtió el 22 de octubre de 1987 que: 2º De la exégesis procedente deviene para esta Sala que al ordinal 2º del artículo 302 del Código de Justicia Penal Militar ha de dársele la interpretación que las reglas elementales de hermenéutica imponen. Esto es, que si el artículo del Código Castrense comentado no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagró el fuero militar, no podía el legislador ordinario extender los efectos de un instituto consistente en que el destinatario de la garantía foral, debía haber cometido el delito en relación con el servicio.
>
> "De igual manera en el auto del 3 de mayo de 1988 se dijo:
>
> "Fluye de todo lo anterior, que la actividad calificada como militar, se realiza mediante actos propios del servicio, o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando; En estas condiciones

> el militar que no adecúe su conducta al acto propio del servicio, o que no actúe en cumplimiento de órdenes superiores, o se aparte de ellas, para dedicarse a actividades particulares por su propia cuenta, estará actuando por fuera del servicio y en asuntos que no guardan relación con éste y los hechos punibles que llegare a realizar en estas condiciones, pertenecen indudablemente a la órbita de la justicia ordinaria" (C. S. J. Auto del 27 de febrero de 1989. M. P. Jaime Giraldo Angel).

Teniendo lo anterior como procedente para el caso que nos ocupa es de anotar que el implicado Miguel Antonio Barrero Medina tenía el grado de teniente del Ejército Nacional para el día de los hechos; pero igualmente se encontraba disfrutando de su período de vacaciones, razón por la cual, en el desarrollo de los hechos no actuó en su condición de militar, tampoco su conducta se adecuaba a un acto propio del servicio ni guardaba relación con este, por lo que se puede concluir que la competencia para la investigación y juzgamiento de esta conducta recae en la justicia ordinaria.

En estas condiciones el cargo no puede prosperar.

Causal primera de casación:

Violación indirecta de la ley. Como lo manifiesta el Procurador Delegado en lo Penal, aunque el demandante presenta dos cargos acusando error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de las pruebas, al alterarse el contenido de las declaraciones de Luz Marina Espinosa, Félix Antonio Rodríguez y José Manuel Mendivelso, la acusación se reduce a un cargo, sobre el cual se deben hacer los siguientes comentarios:

El censor argumentando esa tergiversación hace citas textuales del fallo del Tribunal, dentro de las cuales destacamos:

> "...Síguese, en consecuencia, que no teniendo aceptación las alegaciones del acusado Barrero porque está infirmado válidamente tampoco pueden prosperar los argumentos del señor defensor porque precisamente, como se advirtió con anterioridad, están apoyados en la mentirosa indagatoria del procesado: (fl. 9 sentencia de 2ª instancia)" (fl. 38 cuaderno del Tribunal).

En últimas del fondo de la demanda lo que se deduce es la inconformidad del libelista al no dársele credibilidad a la versión de su defendido, y a la de Yolanda Lucía Martínez, en su condición de novia del procesado, lo que traslada la alegación al campo del error de derecho. Pero al ser actualmente el juez el que determina el valor

de los medios probatorios, teniendo en cuenta las reglas de lógica, la ciencia y la experiencia, no es válido pretender que se le de mayor valor a un medio que a otro, con una alegación propia de la instancia que es donde se puede debatir abiertamente las pruebas y el valor que a las mismas se les da por el funcionario judicial que adelanta el proceso.

El libelista confunde la tergiversación de la prueba, con las deducciones y conclusiones a las que llega el fallador, después de analizar el conjunto de elementos de juicio en forma global y sistemática.

Teniendo como precedente lo antedicho es viable entrar a confrontar las declaraciones rendidas por los testigos frente al análisis efectuado por el Tribunal.

Félix Antonio Rodríguez a lo largo de sus distintas versiones manifiesta lo siguiente:

1º Se encontraban en compañía de la hoy occisa y de su hija en la calle 65 con carrera 7ª costado sur, cuando se escuchó un disparo y se desplomó Otilia García.

2º No vio a la persona que hizo el disparo, pero sí vio correr a un jovencito de 13 años, en la misma forma que lo hacen los raponeros, deducción que realiza dada la experiencia de 20 años como suboficial de la Policía.

3º Sólo escuchó un disparo.

4º No vio a los tres asaltantes de los que hablan el procesado y su novia.

Por su parte Luz Marina Espinosa indica:

1º Se encontraba con Félix Antonio Rodríguez y su madre en la carrera 7ª con calle 65, cuando escucharon una detonación y vio que su progenitora se desplomó.

2º No vio quién disparó.

Finalmente José Manuel Mendivelso señala:

1º Se encontraba dentro de su caseta, cuando escuchó un disparo, viendo a una señora caída.

2º Nunca vio que tres personas corrieran de norte a sur.

3º No vio correr al gamín.

Frente a estas tres versiones la Sala del Tribunal, tomando como propias las consideraciones de otra Sala que ya se había pronunciado al respecto, manifestó:

> "Ciertamente que ninguno de los testigos ha afirmado que Miguel Antonio y Yolanda hayan sido víctimas de un

fallido atraco, pero tampoco nadie observó correr a los tres individuos de quienes hablan aquellos y mucho menos escucharon disparos, lo que deja serias dudas acerca de que el hecho haya presentado la gravedad que informa el implicado y su compañera.

"Pero, independientemeete de si ciertamente fueron tres los agresores y si portaban armas como las describe el acusado, lo relevante para el proceso es que el aserto conforme al cual personas distintas del acusado dispararon, pretendiendo hallar respaldo para la hipótesis de que los supuestos tres sujetos fueron quienes causaron la muerte a la señora, está completamente infirmado.

"Luz Marina Espinosa, Félix Antonio Rodríguez, quienes estaban en compañía de Ofelia, y José Manuel Mendivelso, vendedor de una caseta del sector, indicaron de manera indubitable como sólo se produjo un disparo y ninguno de ellos observó correr al alguien (sic); excepto un pelafustanillo que fue visto por los dos primeros mencionados, quien atravesó la carrera 7ª en el mismo momento en que se produjo el disparo; tan sustancial aseveración incuestionablemente deja sin fundamento lo alegado por el implicado, resultando loable a la labor de la defensa la duda que pretende plantearse en cuanto que maquinaria (sic) ubicada en el sector habría impedido escuchar la totalidad de los disparos..." (fls. 5 y 6 sentencia Tribunal).

Posteriormente el propio Tribunal reforzando sus conclusiones señala:

"El problema se complica si los presenciales Luz Marina Espinosa, Félix Antonio Rodríguez y José Manuel Mendivelso exponen que no vieron ese asalto... Se reitera, las declaraciones de Luz Marina Espinosa, Félix Antonio Rodríguez y José Manuel Mendivelso se opone válidamente al dicho de Barrero el cual, en cambio sí exhibe plurales motivos para restarle credibilidad porque, aparte de sospechoso, está infirmando en aspectos sustanciales" (fls. 8 y 9 sentencia Tribunal).

Claramente se puede concluir, que el Tribunal nunca puso en boca de los testigos afirmaciones que no hiciesen, ni tergiversó el contenido fáctico de sus declaraciones, simplemente después de analizarlos en conjunto con los demás elementos probatorios, concluyó que la actitud imprudente de una persona versada en el manejo de las armas, como es un oficial del ejército, produjo la muerte de la señora García.

Lo expuesto nos permite concluir que la censura se debe desestimar.

Violación directa de la ley. Técnicamente el cargo presenta yerros insalvables, que impiden que el mismo pueda salir avante.

Cuando se alega la violación directa de la ley sustancial, el censor debe aceptar los hechos y las pruebas en la forma como fueron plasmadas por el Tribunal, sin poder controvertir el material probatorio, debiendo concretarse a demostrar que una determinada norma de carácter sustancial fue dejada de aplicar, aplicada indebidamente o interpretada erróneamente.

En este caso el censor alega violación directa, pero considera que los testimonios fueron erróneamente interpretados, con lo cual se introduce en el campo de la violación indirecta, entremezclando los cuerpos primero y segundo de la causal primera de casación.

Así a folio 13 de la demanda manifiesta:

"Como quiera que cuando se escoge la censura de la sentencia por la vía de la causal primera de casación no puede desconocerse la plena prueba del hecho, en nuestro caso que el sindicado fue la persona que disparó su arma, revólver, cuyo proyectil impactó en el cráneo de la víctima causándole la muerte y que tal conducta se realizó sin intención de matar al defenderse de una grave e injusta agresión de la que fueran víctimas el procesado y su novia como ha quedado demostrado en el proceso, al aceptarse y como consecuencia de ello la *errónea interpretación de los testimonios argüidos por la sentencia recurrida* en contra del sindicado; que su obra obedeció al caso fortuito o fuerza mayor" (negrillas fuera de texto).

No aceptar el alcance que a los diferentes elementos probatorios le dio el Tribunal, e indicar que los testimonios fueron interpretados erróneamente, implica adentrarse en el marco de la violación indirecta lo cual técnicamente no es posible, porque dentro de un mismo cargo no se puede alegar la violación directa e indirecta de la ley sustancial.

Como lo indicó el representante del Ministerio Público: "El ataque debió circunscribirse en puro derecho a demostrar cómo esa conducta que admite probada el demandante no encontraba adecuación típica en la descripción del homicidio culposo".

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 de origen.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana. Secretario.

IMPUTABILIDAD / LEGITIMA DEFENSA

No en todos los casos en que las personas han ingerido alcohol el funcionario está en la obligación de proveer esta experticia, pues de la sola ingestión de estas sustancias no se sigue necesariamente ni la irresponsabilidad del acusado ni su inimputabilidad. / La constatación que se reclama depende de la observancia de la conducta antecedente y concomitante del acusado y de sus posteriores manifestaciones relacionadas con el hecho; el recuerdo que guarde sobre lo ocurrido, la coherencia de su relato, la lógica o la bizarría de las actitudes que asuma, etc., en cuanto puedan indicar desorden de su pensamiento o alteración de sus esferas volitiva o afectiva. / De ninguna manera puede invocarse frente a una asimetría y con el pretexto de una inexistente ofensa la reacción justificante de la defensa legítima.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 013.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *José Vicente Matiz Cárdenas* en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante la cual impartió confirmación con algunas modificaciones a la condena que por el delito de homicidio en concurso con el porte ilegal de armas emitiera en primera instancia el Juzgado Unico Superior de Facatativá.

Hechos y actuación procesal:

1. Los hechos fueron expuestos de la siguiente manera por los falladores de instancia:

"Según se desprende del contexto procesal, en horas de la noche del domingo 4 de septiembre de 1988, en un establecimiento de diversión denominado 'Los Ocobos' o 'Las Vegas' situado en el parque principal del municipio de La Vega (Cundinamarca) varias personas se encontraban departiendo y bailando, entre ellos los aquí sindicados Jorge Enrique Cárdenas Vega y José Vicente Matiz Cárdenas, con quienes igualmente ingerían bebidas etílicas Jaime González Zamora (a. Mico) Mauricio González Zamora (a. Minuto) y otros.

"A la altura más o menos de las diez y media de la noche y luego de algunos episodios que se suscitaron, el aquí procesado José Vicente Matiz Cárdenas le profirió unos disparos de pistola a Héctor Fernando Cárdenas Saavedra (a. Bocachico) —administrador y/o arrendatario de la taberna— y después de esos disparos letales, casi que de inmediato profirió otros con la misma arma al hermano José Edgar Cárdenas Saavedra (a. El Flaco) los cuales produjeron sus respectivos decesos.

"Dentro del mismo establecimiento se encontraba, como se dijo, el también incriminado Jorge Enrique Cárdenas Vega, quien portaba un revólver y quien fue acusado como autor intelectual o determinador del homicidio que en la humanidad de Héctor Fernando Cárdenas realizó el acusado Matiz Cárdenas".

2. De la apertura de la investigación se hizo cargo el Juzgado Promiscuo Municipal de La Vega, que luego remitiría las diligencias al Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Facatativá. Este último Despacho emplazó al imputado José Vicente Matiz Cárdenas, y al producirse su captura lo escuchó en injurada, resolviéndole su situación jurídica mediante interlocutorio de enero 28 de 1989 con medida de aseguramiento de detención. Posteriormente, el proceso se radicó en el Juzgado Primero de la misma especialidad, y allí rindió indagatoria el segundo imputado Jorge Enrique Cárdenas Vega, a quien de la misma manera se detuvo, bajo la atribución de autoría intelectual del doble homicidio.

En junio 22 de 1989 se calificó el mérito del sumario radicando en juicio criminal a José Vicente Matiz Cárdenas como autor responsable de los punibles de homicidio agravado y porte ilegal de armas, y a Jorge Enrique Cárdenas Vega como autor intelectual de los mismos. Esta determinación fue recurrida en apelación y confirmada por el Tribunal con las siguientes modificaciones: Matiz Cárdenas respondería por homicidio agravado en la persona de Héctor Cárdenas Saavedra, en concurso con homicidio simple en Edgar Cárdenas Saavedra y porte ilegal de armas y José Enrique Cárdenas lo haría como determinador del homicidio agravado de Héctor Cárdenas en concurso con el de porte

ilegal de armas, pues por la muerte de Edgar Cárdenas se le exoneró, favoreciéndole con cesación de procedimiento.

3. La audiencia pública fue iniciada el 15 de mayo de 1991 y culminó el 4 de febrero de 1992 ante el Juzgado Unico Superior de Facatativá, así que el 27 de ese mismo mes se falló el asunto con las siguientes previsiones: A José Vicente Matiz Cárdenas le condenó por los homicidios simples de los hermanos Héctor Fernando y José Edgar Cárdenas Saavedra, en concurso con el porte ilegal de armas de defensa personal, imponiéndole la pena de once años y cuatro meses de prisión, el decomiso de la pistola y el pago de la suma de quince millones de pesos como resarcimiento del daño material, y el equivalente en moneda nacional de doscientos gramos oro por concepto de perjuicios morales; como pena accesoria se impuso la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal. A Jorge Enrique Cárdenas Vega se le absolvió por la muerte de Edgar Cárdenas Saavedra, pero por el porte ilegal de armas de fuego se le condenó a la pena de un año de prisión, la pérdida del revólver que portaba en la discoteca el día de la ocurrencia de los hechos.

4. Inconformes con la anterior decisión, tres de los sujetos procesales interpusieron el recurso de apelación: El defensor del procesado Matiz Cárdenas para que se le reconociera a su prohijado la diminuente de la ira, el representante de la parte civil para que ambos acusados resultaran condenados pero por los delitos de homicidio agravado en razón del parentesco, del precio o promesa remuneratoria y de la colocación de las víctimas en estado de indefensión, incrementándoseles como consecuencia las penas respectivas; el representante del Ministerio Público solicitó a su vez que la sentencia fuera reformada para que se revocara la absolución de Cárdenas Vega y se le condenara como autor intelectual de la muerte de Héctor Cárdenas, deduciendo a los dos acusados la agravante del parentesco.

Al desatar la alzada, la citada Corporación por mayoría confirmó el fallo motivo de impugnación con las siguientes modificaciones: Aumentó la pena impuesta a Matiz Cárdenas a 13 años y 2 meses de prisión, la pena accesoria la redujo a 10 años, y el monto de los perjuicios por cada interfecto lo señaló en el equivalente a 500 gramos oro por daños morales y 300 gramos oro por daños materiales, providencia que todavía generó inconformidad del defensor de José Vicente Matiz Cárdenas y del representante de la parte civil quienes interpusieron el recurso extraordinario de casación, impugnación exclusivamente sustentada por la defensa.

La demanda:

Con fundamento en las causales tercera y primera de casación del artículo 226 del Decreto 050 de 1987 modificado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, y artículo 220 del actual Código de Procedimiento

Penal, tres cargos le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia, los dos primeros por nulidad y el último por violación indirecta de la ley sustancial.

En el *primer cargo de la demanda* el casacionista invoca la nulidad de la actuación por omisión en la práctica de pruebas, proponiendo que el vicio en este caso se generó por la inercia o desidia de los funcionarios que con ella impidieron el allegamiento de la prueba, en este caso la diligencia de inspección judicial, en cuanto ella se llevó a cabo sin la presencia del defendido, y el dictamen sobre alcoholemia, prueba esta que tenía incidencia en la demostración de los estados de ira o exceso de defensa. Los funcionarios, dice:

> "...deliberadamente se abstuvieron de enviar al detenido al Instituto de Medicina Legal, División de Toxicología a efecto de que determinara la institución el influjo del alcohol en el desenlace fatal no controlado: El estado de *alicoramiento* estaba presente y omnipresente en la sangre del procesado. No obstante lo anterior *jamás* se quiso establecer el grado de influencia de tal estado en el desenlace fatal ... que como se sabe fue precedido de inequívocos actos de agresión por parte de las *víctimas provocativas: Jamás* se quiso *oficiar* al Instituto de Medicina Legal a efecto de que se pronunciara sobre el influjo del alcohol en el estado psicológico del detenido. Aún más: El procesado tenía que estar presente en *Faca* para la diligencia de *escenificación* de los *hechos*: No obstante se omitió la prueba a sabiendas de que la presencia del detenido era indispensable para *escenificar* su propia versión delante de la denunciante y delante del señor juez en desarrollo del principio de la inmediación o contradicción de la prueba".

La sentencia sólo tuvo en cuenta el dicho de la denunciante, dejando de practicar aquello que podía favorecer al implicado, en especial cuanto apuntaba a demostrar la ira, o el exceso de defensa, o modificando en favor la calificación o denominación jurídica de la infracción. El acusado estuvo en disposición de asistir a la diligencia de inspección y sin embargo esta se llevó a cabo en su ausencia, "a espaldas suyas o a espaldas del proceso", permitiendo que en ella la denunciante a su acomodo manipulara esa prueba. Solicita como consecuencia se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó el cierre de la investigación.

En el *segundo cargo* el actor plantea la violación del derecho de defensa, cuya vulneración acusa connotando la ausencia del acusado en la diligencia de inspección, sosteniendo que de esa manera se le impidió la posibilidad de controvertir la prueba, agregando en un segundo aspecto que Matiz actuó en estado de embriaguez no provocado y con un dolo de ímpetu gestado por la conducta de las víctimas, quienes suscitaron una riña imprevista.

Retomando el tema de la inspección, afirma el actor que su práctica debió suspenderse hasta contar con la presencia del detenido como efectiva garantía de su derecho a la publicidad de la prueba, su controversia y la posibilidad de contraprobar en su favor.

La prueba técnica de alcoholemia se omitió pese a su importancia y necesidad, porque con el reconocimiento médico del procesado se hubieran abierto camino las tesis del estado emocional de ira o la riña imprevista, descontados por los juzgadores.

Para este caso, la nulidad debería decretarse a partir del auto que dispuso el cierre de la investigación.

La violación directa de la ley que anuncia la demanda en su *cargo tercero* se da según el recurrente, porque la sentencia:

> "Deformó el hecho juzgado cuando valoró erróneamente la prueba o pruebas que inexorablemente llevaban a la convicción o inequívoca conclusión de que la atenuante o disminuente de la ira (art. 60 del C. Penal) o la aplicación del artículo 30 de la misma codificación punitiva ... sí eran de recibo: El juzgador o mejor el sentenciador, incurrió en violación indirecta de la ley sustancial ... derivada ostensiblemente de errores de hecho (falsos juicios de identidad) en la apreciación de los distintos medios probatorios pero especialmente en la apreciación de la prueba testimonial".

Con una remisión a los hechos ocurridos, dice que José Vicente Matiz concurrió al sitio acompañado de una amiga, subió al segundo piso sólo para atender los ruegos de su acompañante, y siendo ello así, mal podía afirmarse que su propósito deliberado fuera el de consumar el homicidio, pues el acusado fue víctima de la situación inesperada, ambientada por su estado de embriaguez, y fomentada por los Cárdenas Saavedra con sus ofensas de palabra y obra y su negativa a prestarle servicio.

La ofensa recibida por Matiz no fue analizada en la sentencia, y en ella se tergiversó el alcance de los testimonios de la denunciante Patricia Díaz Cárdenas, de Jaime González Zamora, Mauricio González Zamora, Juan Geovanny Martínez Muñetón y Obdulia Barrantes, de los cuales sólo Jaime y Mauricio González Zamora se ajustaron a la verdad, ya que los demás declarantes deliberadamente ocultaron la ofensa —escupas que Héctor Fernando Cárdenas lanzó al procesado en presencia de propios y extraños—, en tanto que el revólver y el cuchillo utilizadas por los ahora fallecidos fueron escondidos cuando la Policía se presentó en el lugar, favoreciendo de esa manera a "las *víctimas provocativas*".

También el dicho del imputado fue tergiversado y distorsionado por los juzgadores, ya que,

"Todas las respuestas fueron *capitalizadas* pero en contra de su defensa. Nítidamente se aprecia que las respuestas del procesado en manera alguna tienen el alcance adjudicado o gratuitamente adjudicado por el Tribunal ... siendo evidentemente distorsionada la versión inicial del procesado, incluso a su contenido literal: Aquí su estado de ira confesado ... fue convertido en circunstancia de *coyuntura* a sabiendas de que es un estado de atenuación punitiva. Aquí el exceso proveniente de la *desproporción* entre la injusta agresión y la justa reacción ... fue capitalizada de manera diferente: Aquí específicamente el honorable Tribunal, incurrió en falso juicio de identidad al efectuar la valoración del contenido de la injurada".

Resaltando de la diligencia de indagatoria su doble entidad de medio de prueba y de defensa donde sin limitaciones puede proponerse todo aquello provechoso al sindicado, el *ad quem* la aisló tomando solamente los aspectos que desfavorecían, ignorando que la información de Matiz concordaba con las manifestaciones de los hermanos González Zamora y las del coimputado Cárdenas Vega, dichos que permitían demostrar cómo el acusado actuó bajo un estado de ira provocado por injusta agresión, y que la reacción por la presencia de un cuchillo y un revólver en la escena de los hechos habilidosamente escondidos por familiares o declarantes de los occisos, estaba además acreditada.

Para el recurrente, la sentencia reconoció como aparece al folio 49 cuaderno del Tribunal el estado emocional en que actuó su poderdante, mas, pese a ello y al momento de dosificar la pena, se desconocieron los preceptos de los artículos 60 y 30 del Código Penal, inadmitiendo aún la riña. Por otro aspecto, aunque la conducta de su defendido no fue intencional o dolosa, el fallo sostuvo que:

"... La responsabilidad en cabeza del mismo, tampoco está discutida ... por cuanto que la admite el propio impugnante, al limitar su pretensión al reconocimiento de la diminuente punitiva consagrada en el artículo 60 del Código Penal, la cual no está llamada a prosperar ... toda vez que la presunta *provocación* señalada por dicho procesado, como motivo de haber disparado contra Héctor ... apenas encontró respaldo en el dicho de su compañero de proceso y de otro lado quedó *desvirtuada* por los presenciales de la tragedia".

Luego de transcribir otros apartes de la sentencia asegura que allí se mencionó el estado de embriaguez frente a la provocación, a la riña imprevista y a la falta de intención para ocasionar las muertes, y sin embargo, de manera contradictoria el Tribunal sostuvo que: "El detenido obró dentro del esquema general del dolo de propósito o premeditadamente corrompido, olvidando elementales principios en una

acción intencional o dolosa", a lo cual replica atenido a la doctrina que "la sentencia de condena no podía recurrir al dolo malo o dolo de propósito o deliberado..." y que el estado de ira o la defensa excesiva se dan por emoción violenta, siendo en el presente caso compatibles las atenuantes consagradas en los artículos 30 y 60 del Código Penal, porque,

> "el detenido lejos de haber planeado la muerte de dos personas ... fue víctima del horror y la perturbación del ánimo que le impidió dominarse y dirigir sus actos. Enseguecido u obnubilado por la ofensa, mi cliente dispara repetidamente.
>
> "...el insuceso como lo acepta el honorable Tribunal en fallo recurrido, fue ocasional no planeado eminentemente coyuntural o fruto del alterado estado emocional. El detenido dominado por un avanzado estado de embriaguez o inesperada situación sicológica proveniente de la ira no pudo controlar su conducta. En medio de la multitud disparó, presa o víctima de las circunstancias o depravadas circuntancias de ofensa y agresión".

De las anteriores argumentaciones concluye y pide a la Corte entre a casar parcialmente el fallo para que se reconozcan al procesado las diminuentes consagradas en los artículos 30 y 60 del Código Penal, ya que en su sentir se aplicó indebidamente el artículo 64 *ibidem*.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que los fundamentos de la alegación en los dos primeros cargos son en el fondo del mismo tenor, así que entrando a referirse conjuntamente a ellos, encuentra que en el primer evento el casacionista plantea que en la práctica de pruebas fundamentales para el juicio de responsabilidad penal —la diligencia de inspección judicial con escenificación de los hechos— se incurrió en una grave omisión al adelantarla sin la presencia del detenido Matiz Cárdenas, y que de la misma manera se obró al omitirse el dictamen de toxicología por parte de Medicina Legal, el cual permitía establecer el grado de alicoramiento en que se encontraba el imputado y su influencia en la comisión de los hechos.

La segunda censura la basa el recurrente en similares hechos: Al señalar que por no estar presente su defendido en la diligencia de inspección judicial, se le privó de la oportunidad de controvertir las pruebas; y que debido a la falta de experticia médico legal sobre estado de alicoramiento se vulneraron los principios de publicidad y de contradicción.

Para la Procuraduría, la propuesta así formulada constituye una contradicción excluyente e insalvable, por cuanto el casacionista den-

tro de un mismo cargo enfiló con base en similares elementos de certeza, un doble ataque por vicios *in procedendo*, cuando cada uno de ellos ameritaba un capítulo separado. Recuerda que el primero lo fincó en la ilegalidad de la aportación o aducción de pruebas al proceso, llegándose por esa vía a coartar a las partes la oportunidad para intervenir y controvertir las pruebas y de allí a vulnerar los principios de publicidad y contradicción, mientras que en el otro cargo se afirma que esas mismas pruebas tildadas de ilegales, son inexistentes por haberse omitido su práctica.

Se olvida además el censor —añade la delegada— que si su pretensión era la de demostrar una violación del derecho de defensa por omisión en la práctica de pruebas, le era necesaria la demostración inequívoca de que las notadas de menos tuvieran la capacidad de:

> "...modificar sustancialmente, en forma favorable, la situación del inculpado bien porque pudiesen excluir su responsabilidad penal, ora porque pudiesen atenuarla; pero sólo en tanto sobre bases ciertas conocidas en el proceso surja esa aptitud o probabilidad para modificar dicha situación, generándose así la nulidad invocada; sin que sea dable; entonces, admitir como su fundamento afirmaciones en tal sentido, pero que no correspondan a la realidad del proceso o a esta precisa connotación jurídica.
>
> "De otro lado cabe destacar que la trascendencia en la omisión de pruebas se ha de predicar, sólo en cuanto el juicio de responsabilidad penal no pueda mantenerse incólume con base en otros medios que se practicaron en el curso del proceso, pues de lo contrario se torna inaceptable su invalidez; y así mismo, en tanto la prueba o pruebas negadas hubiesen sido procedentes y pertinentes ya que de no serlo, tampoco tendrían el poder de engendrar la nulidad".

Deduce entonces la delegada que el ataque se encamina más bien a criticar la aducción irregular de la inspección, incurriendo el censor en otra equivocación más, pues traslada su enfoque al error de "derecho originado en un falso juicio de legalidad por desconocimiento de las reglas que en su criterio regirían para la aportación del medio —como lo sería la presencia obligatoria del acusado—", desviándose claramente de la censura y poniendo de presente una grave imperfección técnica suficiente para que el reparo se vea avocado a su fracaso.

Con todo, así la formulación se hubiese hecho a través de la ilegalidad de la prueba, tampoco podría la censura llegar a prosperar, porque el funcionario se ajustó a los parámetros legales y la defensa fue ejercida de manera técnica, a tal punto que a instancias del representante del implicado el instructor postergó el inicio de la diligencia en espera de la remisión del detenido, llegando al final a denegar el aplazamiento del acto ante la definitiva incomparecencia del sindicado,

circunstancias que toman válida la actuación, pues ni el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal hacía obligatoria la presencia del imputado, ni la diligencia se llevó a cabo con desconocimiento de las formalidades de ley, menos con desconocimiento del debido proceso, pues los sujetos procesales tuvieron todas las garantías, de manera particular al procesado a través de su representante judicial, siendo por ello inadmisible predicar ahora que se vulneraron los principios de publicidad y de contradicción.

La prueba de toxicología a la cual el censor atribuye tanta importancia, ninguna relación directa tenía con el reconocimiento de las diminuentes alegadas de la ira o el exceso en la defensa, a tal punto que en su momento el funcionario instructor la juzgó inconducente, sin que ahora sea procedente objetar esa determinación a través del motivo planteado como nulidad, pues:

> "La capacidad inequívoca de modificar sustancialmente, en forma favorable, la situación del inculpado que se pudiese predicar de la práctica de esta prueba, sólo hubiese tenido surgimiento en cuanto sobre bases ciertas, conocidas en el proceso, naciera esa aptitud o probabilidad; y como se consignó ni para el instructor, ni para los juzgadores, ni como se advierte del recuento procesal, se imponía la aportación del dictamen de toxicología del procesado, por no hallarse indicios serios de que hubiese actuado en estado de inimputabilidad; esto, aunado a la falta de conexidad jurídica con la transgresión final de las normas sustantivas invocadas por el censor, como se señaló, y a la denegación de la prueba por inconducente, da definitivamente al traste con el fundamento de la censura".

Por lo expuesto, estima la delegada que los reproches de la demanda como motivo de nulidad se deben desechar.

De fallas semejantes se afecta el *cargo tercero* al decir del procurador, pues el desarrollo de la censura carece de relación con el error de hecho alegado, originado en falsos juicios de identidad respecto de algunos testimonios, pues mientras que esta clase de error se presenta cuando:

> "El juzgador al valorar la prueba distorsiona su sentido o falsea su expresión fáctica, haciéndole producir efectos jurídicos que no se derivan de su contexto; en otros términos, hace decir a la prueba lo que no dice, siendo por tal modo trascendente el yerro, que de no haber mediado, otro hubiese sido el juicio de valor asumido en la decisión final consignada en el fallo.
>
> "...el actor, lejos de demostrar a través de sus argumentaciones el objeto de la impugnación propuesta, y en lo que

presenta como un típico alegato de instancia, se dedica a sopesar el valor probatorio que en su concepto, debió otorgarse a uno y otro grupo de testigos, los incriminatorios y los que tienden a confirmar el dicho del procesado en cuanto pretende haber actuado al amparo de una legítima defensa o en exceso de esta causal de justificación, o en últimas en un estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, lógicamente apartándose y contraponiéndose a los razanomientos contenidos en la sentencia y que descartaron la configuración de la eximente y atenuantes de responsabilidad".

Concluye el procurador su concepto destacando la impropiedad de la propuesta del casacionista al atacar el fallo con base en particulares opiniones sobre los elementos de certeza tenidos en cuenta por los sentenciadores, pues de esa manera desbordó la acusación para desplazarse al error de derecho originado en un falso juicio de convicción, olvidándose que la valoración de los testimonios como elemento de certeza se hace dentro de los marcos de la crítica racional, y por ende sin sujeción a determinada tarifa legal y que en tales condiciones, las apreciaciones por parte de los funcionarios de instancia cuentan con presunción de acierto y de verdad, siendo irrebatibles a través de personales apreciaciones.

Que los cargos se desestimen y la sentencia impugnada prevalezca, son las sugerencias que el Ministerio Público traslada a la Corte.

Consideraciones de la Corte:

Coincidiendo con las acertadas críticas que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal le hace a la demanda, encuentra la Corte en ese escrito protuberantes fallas técnicas que sumadas a la inconsistencia de las censuras llevan indefectiblemente a su fracaso:

I. Dentro del *cargo primero* y bajo la acusación de nulidad por omisión de pruebas refundió el casacionista varias situaciones disímiles y contradictorias con las cuales apuntó a su vez hacia alternativas dispares como la desatención de las pruebas de favor, la operancia del estado emocional de ira, el exceso en la reacción defensiva y aún la morigeración de la calificación jurídica de los hechos, que por sus características y naturaleza obligaban su proposición y desarrollo en cargos separados.

Intentando de ese planteamiento su desarrollo, el desatino aparece más de bulto:

1. Olvidándose que había alegado la omisión de pruebas y concretamente la de inspección, troca el actor su crítica hacia unas irre-

gularidades en la práctica de esa diligencia que ni especifica en qué consisten ni presenta su concepto sobre su trascendencia como causa de invalidación.

Por el contrario, es de observar que la inspección se llevó a cabo dentro de los presupuestos de los artículos 252 a 265 del Código de Procedimiento Penal, pues su ordenación se hizo con antelación mediante auto de abril 17 de 1989, las comunicaciones pertinentes se libraron (fls. 309 y ss.), los peritos convocados intervinieron, y otro tanto hicieron los diferentes sujetos procesales —fls. 324 a 332 y 359 a 365—, a excepción del acusado que en todo caso fue representado por su defensor.

La prueba, entonces, se llevó a cabo de manera legal y oportuna. Pero si para el casacionista ello no ocurrió así, y hubo fallas en la práctica de la constatación constitutivas de grave informalidad, su planteamiento en esta sede debió orientarse no hacia la nulidad sino hacia la causal primera acusando una violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho proveniente de un falso juicio de legalidad, pues el defecto apenas se centraba en un medio probatorio y aún sobre sus frutos, mas no llegaba a afectar todos los actos preclusivos cumplidos con independencia del acto probatorio enervado.

Sólo que una alternativa semejante ni siquiera de haber sido rectamente planteada tendría la posibilidad de conducir a la desestimación del medio enunciado, pues no era de la esencia del acto la comparecencia del procesado, procurada oportunamente por el funcionario, siendo claro el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal, que la inspección "se practicará con las partes que concurran y los peritos, si se hubiere ordenado su intervención...".

Por lo demás, los intereses del acusado estuvieron debidamente representados durante la diligencia de inspección por su defensor, quien, de haber hallado indispensable la presencia o la intervención de su representado, bien pudo solicitar con ulterioridad su ampliación, justificándola e insistiendo en la participación de Matiz Cárdenas para explicar o rebatir lo que fuera necesario. Nada dijo sin embargo el actor, sobre este aspecto, motivo que torna su alegación inane.

2. En lo relacionado con el examen de alcoholemia no practicado al acusado, y que según el censor hubiera servido para demostrar la incidencia del grado de alicoramiento en la ocurrencia del hecho y en los estados de ira o exceso de defensa; se olvidó que no en todos los casos en que las personas han ingerido alcohol el funcionario está en la obligación de proveer esta experticia, pues de la sola ingestión de esas sustancias no se sigue necesariamente ni la irresponsabilidad del acusado ni su inimputabilidad.

La constatación que se reclama depende de la observación de la conducta antecedente y concomitante del acusado y de sus posteriores manifestaciones relacionadas con el hecho; el recuerdo que guarde sobre lo ocurrido, la coherencia de su relato, la lógica o la bizarría de las actitudes que asuma, etc., en cuanto puedan indicar desorden de su pensamiento o alteración de sus esferas volitiva o afectiva.

No era esa, sin embargo, la caracterización de la conducta del enjuiciado, en quien los testigos Jaime González Zamora y Mauricio González Zamora resaltados por el casacionista por veraces, destacaron que se hallaba apenas un poco embriagado, y sin que del dicho del propio Matiz Cárdenas se desprenda tampoco situación anómala que ameritara su sometimiento a esta clase de exámenes, que, si bien llegó el juzgador a admitir en un mòmento determinado, terminó por desestimar sin que ahora el censor cumpla con el deber de indicar con claridad a qué conducía exactamente la prueba omitida.

Por el contrario, desconociendo la técnica del recurso que le imponía la necesidad de formular cargos contrarios por aparte y de manera subsidiaria, luego de insinuar apenas la posibilidad del trastorno mental del procesado como consecuencia de la ingestión de bebidas embriagantes, el censor planteó como alternativas al interior de este mismo cargo la del estado emocional de la ira y la del exceso en el ejercicio defensivo que por apuntar a una reducción de pena parten del presupuesto de la imputabilidad del acusado y de su capacidad de obrar dolosamente, plantcamientos irreconciliables que por no definir con nitidez el impugnante deja en imposibilidad a la Corte para entrar a seleccionar o interpretarle, ceñida como se encuentra la Corporación por el principio de limitación, a restringir su respuesta a los precisos términos de la demanda.

El cargo no prospera.

II. La *segunda censura* plantea una nulidad por violación al derecho de defensa, repitiendo sin mayores diferencias la alusión a las mismas pruebas y situaciones enunciadas en el cargo precedente: La inspección judicial se practicó sin la presencia del detenido; se omitió el examen médico legal con desconocimiento del estado de alicoramiento que aquejaba al acusado; se ignoró el dolo de ímpetu en riña imprevista; se dejó de atender la disminuente por exceso en la legítima defensa, y el estado de ira provocado por los ahora fallecidos, argumentos todos que formulados al interior de un mismo cargo carecen de correspondencia y logicidad y por lo mismo hacen confusa y contradictoria la pretensión del recurrente.

Sobre la diligencia de inspección acaba de decirse que durante su curso la defensa tuvo amplia oportunidad de intervenir y de dejar las constancias que hubiera considerado convenientes, sin que en las actas

aparezcan alusiones o reparos por las vulneraciones ahora aducidas, o en la actuación se referencie cualquier clase de obstrucción relacionada con la posibilidad de adicionar las constataciones u objetarlas en el lugar de los hechos o con posterioridad a la diligencia.

Si de la remisión de Matiz a Medicina Legal se trata, debe destacarse que en su oportunidad el funcionario instructor desechó por inconducente esta prueba según auto de mayo 6 de 1989 —fl. 338— en razón a que dentro del informativo no se vislumbraba un motivo que la ameritara. Sin embargo, cuando posteriormente el Juzgado 22 Superior de Bogotá la ordenó mediante interlocutorio de mayo 3 de 1990 —fl. 470— su no práctica solamente se explica por el interés del acusado y no por causas atribuibles a los funcionarios, en concordancia con lo que aparece a folio 513. De otra parte, el recurrente dejó de señalar la incidencia que esa prueba podría tener en el fallo cuestionado, dejando de este modo incompleta la presentación de su censura, y en consecuente imposibilidad a la Sala para interpretar su pensamiento y complementar el cargo.

A partir de estos dos reparos, desordenadamente y sin mayores explicaciones ni sustento se refirió el demandante a la riña, a un exceso en la defensa y al estado emocional de la ira, pero más como a aspectos beneficiosos para el acusado desconocidos a consecuencia de la omisión de los dos medios probatorios, que como alegación autónoma invalidatoria.

Trátase, por lo demás de aspectos analizados en las instancias y desestimados por su distanciamiento con las pruebas, pues como bien se observa a folios 772 y 773 y sin que ahora se haga de esas afirmaciones una coherente controversia, la sentencia precisa que el desarrollo de la tragedia tuvo origen en la conducta de los ocupantes de la mesa donde se sentaba el acusado al solicitar groseramente que les atendieran, "porfiando" Matiz Cárdenas "con palabras y desenvolvimientos de valentía de que ¿cómo no hay más servicio? ¿quién manda aquí?", hechos interpretados como de belicosidad que desencadenó cuando Héctor Cárdenas persistió en la negativa de brindarles más servicio, pues fue entonces cuando el acusado sacó el arma que portaba y le disparó a la cara, agresión que repitió contra Edgar, el hermano del anterior, cuando salió de uno de los cuartos contiguos, preguntando todavía el procesado si alguien más quería morir.

El planteamiento de la riña, viable tal vez en vigencia del Código Penal de 1936 cuyo artículo 384 le concedía consecuencias favorables a condición de ser imprevista para el sujeto agente, tampoco se explica con claridad ni precisión dentro del cargo de nulidad que se tiene en comentario, como no sea para brindarle apoyo al surgimiento de un estado emocional de ira que a su lado se propone.

Y en cuanto a la desestimación dentro del fallo que se impugna, tanto del artículo 60 como del 30 del Código Penal, obligaba su ale-

gación dentro de una causal distinta de casación de la tercera en esta censura invocada, como parece comprenderlo finalmente el casacionista al formular el cargo que subsigue. Hacerlo como ha ocurrido, involucrándose con la impróspera nulidad que se plantea, lleva a correr a estas alternativas la misma suerte adversa de la alegación de nulidad que las contiene, suficientemente explicada en su fracaso tanto por la Sala como por la delegada.

El cargo no prospera.

En lo que toca, por último, con el *cargo tercero* de la demanda, el casacionista hace una vaga e imprecisa referencia a la posible desestimación gratuita de los falladores al reconocimiento de la legítima defensa, al estado de ira, o al dolo de ímpetu del acusado originados en la provocación de las víctimas e influenciado por el grado de embriaguez en que se hallaba, insinuando que además existieron situaciones aminorantes respecto a los cargos endilgados, y que su desconocimiento se presentó al tergiversar algunos testimonios y el dicho del imputado en la diligencia de indagatoria. Sin embargo, antes de entrar a demostrar en qué consistieron las deformaciones objetivas del contenido de los testimonios y la posible incidencia de esos errores en el fallo, como en su momento lo criticó la delegada, la demanda se orienta a proponer, como si de un error de derecho se tratara, que a las versiones testimoniales bien se les pudo haber otorgado un valor probatorio diferente de aquel que se contiene en los fallos.

Antes de acreditarse los errores anunciados, lo que se observa en el razonamiento del *a quo* —fls. 772 y ss. – es precisamente una alusión expresa a la presencia ocasional en la discoteca por parte del acusado, atendiendo las súplicas de Aydee, pero haciendo manifiesta la irritabilidad que caracterizó la intervención de Matiz Cárdenas, explicando por qué no resultaba de recibo su reacción ante la negativa para prestarle un servicio y las supuestas ofensas recibidas, ingredientes considerados fielmente por el Juzgado en términos cuyos apartes a continuación se transcriben:

> "Tal vez no nos equivocamos al decir que Matiz Cárdenas, en la forma como actuó, nos da la sensación de ser una persona de las que dentro de la experiencia judicial se denomina 'fosforito', es decir actúa con un mecanismo subjetivo que en cualquier momento determinado puede 'explotar', conocido esto como un campo de energía apta para mantener en zozobra a cualquier persona...".
>
> "Matiz Cárdenas actuó contra los infortunados hermanos Cárdenas Saavedra, porque en el recinto se hizo mandamiento de no dar más servicio, porque Mauricio González Zamora (a. Mico o Minuto) solicitó de Patricia Díaz Cárdenas que le vendieran unas gaseosas, las que fueron rechazadas y de inmediato se paró de la mesa Matiz Cárdenas, solicitando le

vendieran gaseosas, pero fue rechazada la petición y de inmediato Héctor Cárdenas Saavedra también le replicó que no había más servicio con palabras descomedidas, por lo que comenzó a disparar hacia la humanidad de Héctor y de inmediato, como saliera el hermano Edgar aterrado por el drama fatídico, también le disparó y, sin que éste último (Edgar) lo hubiese estado atacando con arma alguna o le hubiese puesto en peligro su vida pues los testigos dicen que no tenía arma alguna...".

"En tal acontecer estaba era dándole rienda suelta y pábulo a sus instintos como sucede en aquellas personas que con cualquier negativa se encolerizan entrando en el campo de la monstruosidad, y esto nos permite sentar que por tal desenfreno no se presente la atenuante de punibilidad de la ira e intenso dolor que trae el Código Penal en su artículo 60, por ausencia de comportamiento grave e injusto cuando de la negativa para vender mas se dice fueron los motivos próximos al desenlace...".

El *ad quem* sobre el particular igualmente expresó:

"...no se demostró que Héctor Cárdenas o su hermano Edgar, hubiesen desarrollado un comportamiento grave e injusto contra Vicente Matiz y que esa conducta provocadora le hubiese producido una especie de 'locura' que le impidió discernir adecuadamente frente a los actos criminosos que ejecutó. Por el contrario, el acervo probatorio indica que su conducta, de éste, antes que todo, fue producto de su intemperancia, exacerbada, naturalmente, por la ingestión de bebidas embriagantes" (fl. 44, cuaderno del Tribunal).

A lo anterior, debe la Sala adicionar que de ninguna manera puede invocarse frente a una nimiedad y con el pretexto de una inexistente ofensa la reacción justificante de la defensa legítima, menos cuando de haberse presentado algún improperio su iniciativa no partió de los abatidos, sino de aquellos que con estruendo y golpeando la mesa reclamaban para que les sirvieran unas gaseosas. Tampoco hay lugar a excusar el temperamento belicoso debido a la mezcla explosiva de éste y del alcohol, pues la vida en sociedad le impone a sus integrantes el control de sus reacciones, debiendo quien actúa en forma reprochable como lo hizo el acusado, cargar con las punitivas consecuencias establecidas en la ley para sus actos.

Con relación al desconocimiento de la justificante que alude el censor mediante la generalizada afirmación de que varios testigos fueron tergiversados y distorsionados, y que otro tanto se hizo con la versión del imputado, pues tan solo los hermanos Gonzálezes Zamura son dignos de credibilidad dado que los demás deliberadamente ocultaron

las ofensas que sufriera el imputado y las armas portadas por los ahora víctimas, el *ad quem* analizó, sin ignorar el cambio de sentido en las versiones, que:

> "Con posterioridad a su dicho inicial Jaime González Zamora cambia su versión (fl. 331), para, en aras a respaldar a su amigo y compañero de libación la noche de autos, aducir que Héctor Cárdenas hizo el amague de sacar algo, instante en que Matiz Cárdenas le disparó, es claro que en donde los hermanos González cuentan lo realmente percibido es en sus dichos iniciales y que en los últimos sólo pretenden respaldar la mal elaborada coartada de los incriminados, quienes, por otra parte, incurren en contradicciones, es así como José Vicente Matiz relata que en un principio Héctor Cárdenas sacó y mostró un revólver que portaba, volviendo a guardarlo (fl. 179), para posteriormente refutarse al decir que 'Héctor salió con un revólver, me lo puso, fue cuando yo saqué la pistola...' (fl. 183) y en lo último pretende ser respaldado por el otro incriminado, Jorge Enrique Cárdenas, quien además de mostrar a Héctor apuntando con un arma a Matiz, enfatiza que escupió la cara al último, siendo éste el evento que desencadenó los disparos, porque a Vicente 'le dio rabia que le escupieran la cara' (fls. 251 y 256).
>
> "Lo contradictorio de los dichos de los procesados, máxime si se tiene en cuenta que José Vicente Matiz, para justificar su actuar contra José Edgar Cárdenas Saavedra, pretende se le crea que éste salió armado con un cuchillo (fl. 184) que ni su compañero de causa ni sus amigos de trago siquiera insinúan, y muy por el contrario Alberto Espitia (fl. 262) dice que ninguno salió con nada, llevan a la Corporación a concluir en lo mentiroso de las pretendidas coartadas" (fl. 44, cuaderno del Tribunal).

Dedúcese entonces en primer lugar, que los deponentes en sus versiones iniciales coincidieron en señalar que no hubo ofensas, que los abatidos no estaban armados y que la provocación partió del propio acusado y por lo tanto, mal podía por sustracción de materia admitirse el exceso defensivo tantas veces mencionado en la demanda; además, por cuanto el censor jamás llegó a demostrar dónde radicaba la distorsión por parte de los falladores, dedicándose a criticar la valoración que del dicho del procesado hiciera el juzgador, incurrió más bien en aquella falta de técnica que pusiera de presente la delegada al declinar sus manifestaciones críticas a una forma de error distinta del invocado, el de derecho por falso juicio de convicción, que ajeno al sistema de la sana crítica que rige el derecho colombiano, se constituye en motivo suficiente para que la censura se deseche.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida por el defensor del acusado José Vicente Matiz Cárdenas.

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

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PRESUNCION DE INOCENCIA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Siendo el precepto del actual artículo 445 del Código de Procedimiento Penal una norma de contenido sustancial, a su desconocimiento o bien se llega por el juzgador de manera directa cuando a pesar de reconocer la falta de certeza necesaria para condenar se abstiene de aplicar la solución favorable contenida en el precepto por exclusión de la norma, interpretación errada o aplicación indebida de otra disposición distinta, o bien de modo mediato cuando a causa de errores de hecho o de derecho se falla en la estimación de las pruebas llegando al mismo efecto de inaplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal. / Necesario complemento será el de acreditar la transgresión de las normas procesales medio y obviamente la relación entre los errores y el sentido de la decisión que se pide dejar sin valor ni efecto, probando que de no haber ello sucedido, otra distinta hubiese sido la suerte del proceso.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 013.

Vistos:

El Juzgado Segundo Superior de Santafé de Bogotá impuso al acusado *Luis Eduardo Acosta Gutiérrez* o *Gutiérrez Acosta* o *John Peña*, la pena principal de 10 años de prisión, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo tiempo, y el deber de pagar el equivalente a 500 gramos oro por concepto de perjuicios materiales y un mil gramos oro por perjuicios morales como responsable del delito de homicidio cometido en contra de *Pedro Alejandro Arias*. Sometida la anterior decisión a revisión por vía de alzada ante el respectivo Tribunal Superior de

Distrito, amerito su aclaración sobre perjuicios y confirmación en lo restante según fallo de octubre 9 de 1992, que la defensa impugna en casación.

Hechos y actuación procesal:

1. En la madrugada del 18 de noviembre de 1990, al frente de la puerta de entrada a la "Taberna Grill La 29", ubicada en la zona de Fontibón de este Distrito Capital, se presentó una discusión ocasionada por diferencias en el préstamo de un dinero entre el portero del establecimiento Germán Rodríguez Alvarado, y Pedro Alejandro Ariza quien resultó lesionado, mientras su opositor regresaba a su trabajo.

Al persistir Ariza con su ánimo pendenciero, provocó la intervención de Luis Eduardo Acosta Gutiérrez o Gutiérrez Acosta o John Peña quien salió de la taberna y empuñando un arma de fuego la disparó repetidamente contra Pedro Alejandro a quien le ocasionó la muerte, y heridas en un pie al transeúnte Jairo Barbosa Vanegas. Consumado el hecho, el agresor emprendió la huida.

2. Dos días luego de sucedida la tragedia, el autor de los disparos fue sorprendido y registrado en la vía pública por agentes de la policía, y conducido a la Estación de Fontibón para que explicara la tenencia de una pistola Bernardelli calibre 7.65 milímetros, pavonada, con tres cartuchos en su proveedor. Como en aquel momento en la misma estación se hallaba Rodríguez Alvarado quien había optado por presentarse a las autoridades para explicar las circunstancias del fallecimiento de Ariza, hizo de inmediato el señalamiento de Gutiérrez como autor del homicidio, determinándose a raíz de esa imputación por los peritos oficiales, que el arma hallada en poder del ahora acusado había sido la utilizada para causar la muerte de Pedro Alejandro Ariza.

El entonces Juzgado Setenta y ocho de Instrucción Criminal Permanente adelantó las primeras diligencias, y por reparto le correspondió iniciar la investigación al Juzgado Diecisiete de la misma especialidad, despacho este ante el cual rindieron indagatoria Luis Eduardo Cutiérrez Acosta y Germán Rodríguez Alvarado profiriéndose en contra del primero medida de aseguramiento de detención preventiva y más tarde resolución de acusación bajo el cargo de homicidio, en tanto que a favor de Rodríguez se decretó cesación de procedimiento.

La etapa del juicio fue adelantada por el Juzgado Segundo Superior, y al término de la audiencia pública se emitió el fallo de condena de contenido ya indicado, decisión aclarada luego por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá al determinar que la cantidad de un mil gramos oro correspondía a los perjuicios materiales y 500 a los perjuicios morales, adicionando la orden de expedición de copias para investigar por separado las lesiones infringidas a Bar-

bosa Vanegas. En contra de esta última determinación se interpuso el recurso extraordinario de casación, que en esta ocasión ocupa la Sala.

La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación (art. 220 del Decreto 2700 de 1991), el recurrente ataca la sentencia alegando que el juzgador incurrió en una disposición del contenido de la prueba, dejando de aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, y agregando como normas transgredidas los artículos 1º, 6º, 247, 248, 251, 254 y 333 del Código de Procedimiento Penal.

Precisa el censor que el falso juicio de identidad se dio sobre las declaraciones testimoniales, porque en la versión rendida por Jairo Barbosa Vanegas.

> "...este testigo sostiene que la persona que a él le pegó el tiro le dijeron que era el administrador de ese negocio o trabajaba ahí, o algo así, es un tipo de acento boyacense, crespo, de unos 25 o 26 años. A una pregunta del señor juez, si esa noche o antes de los hechos o días antes había hablado con ese señor, Contestó: 'únicamente lo había visto en dos o tres ocasiones, y a otra pregunta del despacho de que concretamente qué hecho vio, se desarrollara aquella noche en el sitio donde según él resultó lesionado. *Contestó*: En ese momento en que resulté lesionado lo único que ví fue que el tipo le disparó a otro muchacho y los cuentos al otro día eran que lo había matado. Al ser preguntado también que cuántos disparos escuchó aquella noche y cuál de ellos lo lesionó. *Contestó:* Yo escuché varios disparos, no le puedo decir cuantos; a otra pregunta más adelante *Contestó:* Después supe que el que me pegó el tiro era un muchacho que trabajaba ahí según cuentos de mis amigos' ".

Para el casacionista el error consiste en que el deponente fue asertivo al señalar que el autor del disparo trabajaba en el grill y era oriundo del Departamento de Boyacá, origen que coincide con el de Germán Rodríguez, sin que resulte cierto como pretende el *ad quem*, que el testigo no se atrevió a hacer precisiones ni a expresar que la persona que sacó el arma y disparó fue Acosta Gutiérrez, porque Barbosa Vanegas sí concretó en los términos ya dichos su señalamiento.

Pasando al dicho de Humberto Garzón Mantilla, añade que también su información fue objeto de deformación, porque si bien es cierto dijo que al portero de la taberna no le observó en tenencia de arma alguna, sí afirmó que esa noche llevaba puesta una chaqueta de cuero color negro, que su apariencia era la de un hombre robusto y crespo, y que la persona que salió corriendo nada llevaba en las manos, aspectos que no llegaron a tenerse en cuenta. Se distorsiona también

"el contenido de este testigo cuando el sentenciador sostiene que el dicho de Garzón Mantilla ubica un segundo sujeto de chaqueta negra corriendo luego de efectuarse los disparos, pues bien el mismo testigo ya se dijo que no le vio nada en la mano a ese sujeto que corría y que de pronto se estaba protegiendo de los disparos".

Los falsos juicios de identidad se extienden al testimonio de José Luis Suárez amigo del occiso, porque

"...es tenue su afirmación, cuando sostiene que él vio cuando Germán saca algo del bolsillo, cuando él ve sangrando a su amigo sale para el CAI a llamar la policía, es decir, que algo grave está ocurriendo y cuando regresa ya ve a su amigo muerto, fíjese que este testigo en absoluto menciona la presencia de un tercero en la contienda, como tampoco el compañero de labores del fallecido es decir; Humberto Garzón Mantilla lo menciona y éste último ve la pelea".

Finalmente, el fallo distorsiona las manifestaciones de Marco Antonio Avila Barragán, al afirmar que:

"'los testigos que presentó, no pudieron corroborarlo en sus afirmaciones, porque Marco Avila ni siquiera señala si Luis Eduardo Acosta se quedó con el arma y aun menos si se la entregó el supuesto dinero, cuando en realidad lo que sostiene es que él no sabe si Luis Eduardo se quedó o no con el arma, no señala que no se quedó con ella, y en lo que se refiere al dinero tampoco niega que Luis Eduardo no lo hubiese dado, sino que no sabe si él tenía ese dinero' ".

En síntesis la pretensión apunta:

"El error, indiscutiblemente está en que no se dio el valor al contenido de cada una de las declaraciones ya que de habérsele dado el valor probatorio a lo que cada uno de los testigos decía y no distorsionarla y al sopesarlas en su conjunto otro hubiese sido su resultado. Indudablemente al mirar en conjunto la prueba, ésta no alcanzaba la certeza de la responsabilidad, y por lo contrario lo único que florecía era la duda, de allí que el sentenciador desconoció la aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, cuando la prueba representa no en forma nítida, sino llena de dudas como se analizó en los renglones precedentes, se partió de cada uno de los análisis pero se data el contenido de los mismos.

"La negación de normas que el legislador ha establecido, resulta inadmisible, y más todavía cuando el argumento cen-

tral de la sentencia censurada está contradicha, lo cual demuestra la orfandad probatoria y discursiva de esta criticada posición".

Con las anteriores apreciaciones solicita entre la Corte a casar la sentencia recurrida, y en su lugar a dictar el fallo sustitutivo.

Concepto del Ministerio Público:

Para el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la demanda acusa fallas técnicas partiendo desde su mismo enunciado, sin que tampoco demuestre los pretendidos yerros imputados, reprochando que si la duda propuesta por el recurrente surgia por que la sentencia la había reconocido dejando sin embargo de aplicar sus consecuencias sustanciales, la via correcta del ataque era la de la violación directa por falta de aplicación del precepto consagrado en el anterior artículo 248 hoy 445 del Código de Procedimiento Penal, porque si a ella se llegaba por el indebido tratamiento a los medios de prueba (violación indirecta) el censor tenía la obligación de concretar los errores —de hecho o de derecho— y la consecuente aplicación indebida del respectivo precepto.

Replica que el sentenciador no tergiversó los testimonios de Jairo Barbosa Vanegas, Humberto Garzón Mantilla, José Luis Suárez ni Marco Antonio Avila, y que la remisión a minucias relacionadas con sus versiones resultan de tal intranscendencia que de ninguna manera llegarían a constituir errores manifiestos o protuberantes, siendo estos los únicos capaces de desvertebrar el fallo atacado. Refiriéndose a continuación a las versiones controvertidas y comenzando por el dicho de Barbosa, dice el procurador de éste:

"En ningún momento indica de manera directa que hubiera sido Germán Rodríguez el autor de los disparos, y el único señalamiento que en tal sentido hace lo refiere dubitativa o imprecisamente así 'el que más o menos el que vi que me pegó el tiro me dijeron que era el administrador de ese negocio o trabajaba ahí...', lo cual resulta comprensible, no obstante lo contradictorio de la afirmación, pues, como se sabe, recién iniciada la investigación todo conducía a pensar que Rodríguez Alvarado habría sido el homicida, fundamentalmente porque segundos antes de que el procesado interviniera en el conflicto utilizando su pistola, aquél había intercambiado algunos golpes con Pedro Alejandro Ariza.

"En cambio, el hecho de que Barbosa Vanegas conociera con antelación a Germán Rodríguez, tal y como lo consideró el Tribunal le habría permitido si así hubieran sucedido las cosas, identificarlo plenamente como el agresor, razón de más para que el fallador manifestara que 'no le hubiese sido difí-

cil señalar objetivamente cuál era el sujeto que portaba el arma de fuego y la accionó . . . a no ser que no quiera expresar que la persona que sacó el arma de fuego y disparó fue Acosta Gutiérrez'.

"Idéntica es la situación que se presenta respecto del declarante Humberto Garzón Mantilla. Acorde con su versión un hombre de chaqueta de cuero corrió después de escucharse las detonaciones y aunque como lo indica el censor Germán Rodríguez tenía puesta una chaqueta de este material, éste testigo expone con absoluta certidumbre que quien abandonó el lugar de los hechos no fue esta persona, habiéndose establecido en cambio que el procesado también vestía una chaqueta de cuero negra y que, evidentemente huyó del lugar después de producir los disparos letales.

"Tampoco erró de hecho el Tribunal en la apreciación de la atestación que hiciera el joven José Luis Suárez. Sobre el particular, nada de lo expresado por éste hace incierto el origen de los disparos. Todo lo contrario, con base en sus afirmaciones, si bien inicialmente pudo pensarse que Rodríguez era el matador, ello quedó plenamente desvirtuado en el decurso de la investigación, debiéndose contrariamente sostener que su observación del hecho fue parcial, en la medida en que estuvo presente exclusivamente hasta el instante en que Germán Rodríguez y Pedro Alejandro Ariza, intercambiaban puños, pues abandonó el lugar en búsqueda de la autoridad. Así, para cuando regresó en compañía de los uniformados, el episodio había tomado otro rumbo que obviamente desconocía, esto es, que lo que inicialmente fue una simple discusión que enseguida se fue a las manos, suscitada entre Rodríguez y Ariza, una vez que éstos se separaron y en razón a que Ariza porfiara en la contienda, entró a mediar el procesado, tomando el disgusto y motivo por propio, para después de intercambiar algunas palabras con el belicoso, accionar la pistola en su contra en varias ocasiones.

"Igualmente desechó por mendaz el Tribunal, la declaración de Marco Antonio Avila Barragán, al punto de resultar necesario que al momento de calificar el mérito de las pruebas le fueran compulsadas copias por falso testimonio, razón de más para negarle cualquier credibilidad a sus dichos que, como se sabe simplemente estuvieron dirigidos a respaldar su coartada pronto desvirtuada por la investigación".

Recuerda cómo la sentencia se fundamentó en el dicho de Germán Rodríguez Alvarado, quien después de haber abandonado el sitio de trabajo por temor a las implicaciones y daño que minutos antes había tenido un altercado con la víctima, terminó por presentarse ante las autoridades para señalar a John Peña como el autor del hecho, nom-

bre por el cual también se hace llamar el imputado. De otra parte, tuvo en cuenta la manera como modificaron el libro de retenidos en la Estación de Policía del Municipio de Mosquera, con el fin de hacer creer que el autor del homicidio en esos momentos se encontraba privado de la libertad en dicho lugar, hecho que pudo desvirtuar la investigación permitiendo consolidar la prueba de cargo en su contra.

Con base en lo antes expuesto, se permite sugerirle a la Corte no casar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte:

No merece la demanda la crítica que la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal le formula por haber encaminado la censura dentro de la violación indirecta de la ley sustancial y no por la vía directa, pues tal y conforme lo ha reconocido la doctrina de esta Sala, siendo el precepto del actual artículo 445 del Código de Procedimiento Penal una norma de contenido sustancial, a su desconocimiento o bien se llega por el juzgador de manera directa cuando a pesar de reconocer la falta de certeza necesaria para condenar se abstiene de aplicar la solución favorable contenida en el precepto por exclusión de la norma, interpretación errada o aplicación indebida de otra disposición distinta, o bien de modo mediato cuando a causa de errores de hecho o de derecho se falla en la estimación de las pruebas llegando al mismo efecto de inaplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

En el caso que se somete al estudio de la Sala el censor no invocó la causal primera de casación por violación directa de la ley, pero siguiendo los lineamientos de su argumentación tampoco estaba obligado a hacerlo, porque jamás adujo que el *ad quem* hubiese dado por aceptada la duda, sino que precisamente pretermitió su reconocimiento gracias a una equivocada estimación de los medios allegados.

La anterior aclaración no sirve, sin embargo, a las pretensiones últimas del recurrente, pues conforme enseguida se verá, otros son los defectos en que incurre el libelo, determinantes de su desestimación, y relacionados con la inobservancia de indispensables exigencias de la impugnación extraordinaria, que, por serlo, no se satisfacen con la sola enunciación de reparos ni con una genérica o aún esmerada crítica a cualquier medio de prueba, sino con la necesidad de demostrar, tratándose de errores de hecho como los invocados, su cabal y exacta existencia y la afectación con ellos de la prueba sobre la cual descansa la decisión que quiere removerse, porque cualquier otra objeción parcial o incidental que aún dejara base al raciocinio y la convicción judiciales, resultaría inocua frente al fallo atacado.

Necesario complemento será el de acreditar la transgresión de las normas procesales medio y obviamente la relación entre los errores y el sentido de la decisión que se pide dejar sin valor ni efecto,

probando que de no haber ellos sucedido, otra distinta hubiese sido la suerte del proceso. En este caso, valga decir, acreditar que la duda campeaba en el plenario, y como consecuencia obligaba su reconocimiento judicial y con él la absolución del acusado.

Planteada en el caso propuesto la ocurrencia de errores de hecho por falso juicio de identidad, porque el Tribunal, según afirma el censor, deformó en su contenido objetivo los testimonios rendidos por Jairo Barbosa, Humberto Garzón y José Luis Suárez, se dirá en su orden que ninguno de los tres eventos el actor logró probar ese distanciamiento entre lo dicho por los deponentes y el fundamento de las conclusiones que adopta la sentencia, pues anunciando desde ahora que estos elementos fueron apenas parte, y no esencia de la argumentación central que dio apoyo a la condena, la demanda dejó con su silencio, en firme las pruebas complementarias que en conjunto analizó la instancia.

Para el caso de Jairo Barbosa se anunció desde la narración primera de los hechos que se trataba de un individuo al parecer herido dentro del mismo trance en que perdió la vida Pedro Alejandro Ariza. Con ese dato podía esperarse que como testigo presencial suministrara importante información encaminada a la identificación del autor de los disparos. Sin embargo, atenido a la realidad, lo que el casacionista en este punto rememora es que las explicaciones del declarante fueron claras en advertir que no logró saber quién había disparado el arma, consignando en su respuesta: "Después supe que el que me pegó el tiro era un muchacho que trabajaba ahí según cuentos de mis amigos".

Luego Barbosa, que no hizo un señalamiento directo, apenas insinuó por información de sus amigos, la posibilidad de una agresión por parte de Germán Rodríguez, lo que tampoco constituye novedad ni modifica la incriminación que se dirige a Acosta, pues bien se sabe que primero ocurrió el enfrentamiento entre el portero Rodríguez Alvarado y la víctima, y sólo después la intervención letal protagonizada por el acusado. Luego bajo estas condiciones no podría descalificarse el análisis que al respecto hiciera el Tribunal al sostener que de acuerdo con el dicho de Barbosa,

> "...él salía de administrar un negocio ubicado en la calle 26 número 99-22 y cuando iba pasando por el grill se presentó una discusión, permaneciendo allí cerca de tres minutos, luego escuchó disparos y salió en carrera; que a los tres metros de avanzar fue herido en un pie, tomó entonces un taxi y se dirigió al hospital de Kennedy ya que no lo atendieron en Fontibón. Que después, por amigos, sin ser más específico, le comentaron que quien lo había herido había sido un muchacho de acento boyacense a quien distinguía en ese negocio ya que ahí hacía poco había estado y por cuanto regularmente pasaba por allí. Indica también que no colocó denuncio porque es sólo y dejó todo así. Cuando se le interroga sobre lo que

concretamente observó aquella madrugada, dice que vio a un muchacho dispararle a otro, pero posteriormente se contradice cuando afirma que solamente escuchó un tiro y salió corriendo.

"En síntesis, si esta persona realmente estuvo presente al momento de los sucesos, lo más lógico es que se hubiese dado cuenta de todo el desarrollo de la escena, de la riña, y no le hubiese sido difícil señalar objetivamente cuál era el sujeto que portaba el arma de fuego y la accionó. Pero indiscutiblemente que tampoco se atreve a dar precisión alguna, únicamente se reduce a manifestar que escuchó un disparo, corrió y fue herido...

"Como se ha visto, este testimonio tampoco favorece la situación de Acosta Gutiérrez como lo piensa el defensor. De ninguna manera podría su manifestación debilitar todo el fuerte andamiaje probatorio que se encuentra construido contra el procesado y en contrario, si tampoco fue concreto en quien disparó, pero se sabe que lo hizo Acosta Gutiérrez, es de inferir con facilidad que su conducta delictual no sólo afectó la vida de un semejante, sino también la integridad física de otro, lo cual amerita que se investigue por cuanto al decir del mismo ofendido, no ha denunciado el hecho" Folios 19 y 20 cuaderno del Tribunal.

Por su parte, Humberto Garzón Mantilla fue enfático en señalar que la persona que hizo los disparos y huyó en ese preciso momento del lugar, era diferente al portero Rodríguez, porque a este lo conocía suficiente pues ambos desempeñaban el mismo trabajo aunque en diferentes establecimientos. Por ello sobre este aspecto el Tribunal precisó:

"...es de indicar que el dicho del testigo Humberto Garzón Mantilla adquiere credibilidad cuando ubica a un segundo sujeto de chaqueta negra corriendo luego de efectuados los disparos, en esto concuerda con lo manifestado por Germán Rodríguez cuando señala que luego de disparar John Peña (Luis Eduardo Acosta Gutiérrez), éste emprendió carrera. Además no es una mera coincidencia el hecho de que Acosta Gutiérrez hubiese sido capturado con el arma de fuego, que de acuerdo con los peritos de balística, fue la misma utilizada contra Pedro Alejandro al compararse las ojivas halladas en el cadáver y las disparadas como prueba con dicha arma. Folios 262-263".

Y menos comprensible es que se recurra a hablar de la distorsión del dicho de José Luis Suárez, amigo del ofendido, quien si bien es cierto estuvo presente al momento en que se desarrollaba la riña a golpes entre el portero y Ariza, en ese instante se ausentó del lugar para ir en busca de la Policía y regresar al sitio quince minutos des-

pués (fl. 20) cuando ya habían ocurrido los disparos que por la misma causa no pudo presenciar. Tampoco es de recibo que se hable de la distorsión de unas declaraciones que no fueron tomadas en consideración porque en su oportunidad y por su carácter de mendaces suscitaron la necesidad de investigar un falso testimonio.

En cambio, no podría dejar de hacer referencia la Sala a las maniobras del acusado, con las que quiso hacer creer primero que al momento de los hechos se encontraba confinado en una Estación de Policía, y luego, una vez sorprendido en tenencia del arma homicida pretendió que la responsabilidad cayera en su acusador Germán Rodríguez, con el argumento de que el arma se le había recibido a éste en prenda por la suma de $ 45.000.00 el día inmediatamente anterior, porque excusas semejantes sólo sirvieron para darle solidez al dicho de Rodríguez y a la prueba incriminatoria técnica e indiciaria.

Por lo mismo resulta advertible que a diferencia de la duda esbozada sin fundamentación por el censor, contó el proceso con la clara demostración de la autoría y la responsabilidad del homicidio por parte del acusado, según lo concluyó el fallo atacado, cuyos atribuidos errores no logran demostrarse.

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 la sentencia recurrida por el defensor del procesado Luis Eduardo Acosta Gutiérrez o Gutiérrez Acostta o John Peña.

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

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

En derecho es más importante la demostración que la afirmación, pues aquella convierte la afirmación en una realidad objetiva, en una verdad indispensable para obtener la certeza que se requiere para condenar, pero la sola afirmación, sin demostración sería inútil en el campo del derecho sobre todo cuando su utilización diera lugar a una injusta condena, que a su vez traería graves consecuencias para el fallador. / Para hacer viable el recurso de casación basta el error en la aplicación o interpretación de la ley, dejando indemne la realidad que presenta el proceso en el momento de juzgar. El vicio es de orden interno, procesalmente hablando. En el recurso más extraordinario de revisión, hechos posteriores al fallo de segunda instancia demuestran que la objetividad que se tuvo en cuenta entonces no era la verdadera y cambia la estructura básica del proceso, haciéndolo realmente distinto en sus planteamientos. / Es el hecho nuevo o las nuevas probanzas que no se tuvieron en cuenta en el debate lo que cambia la estructura fáctica del proceso que requiere una nueva decisión. / Si miramos la causal quinta, quien pretende la revisión debe demostrar cabalmente desde su interposición que la sentencia condenatoria se fundamentó en pruebas falsas.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Sala de Conjueces.— Santafé de Bogotá, D. C., quince de febrero de mil novenoventa y cuatro.

Conjuez ponente: *Doctor Rafael Osorio Rodríguez.*

Aprobado Acta número 014.

Vistos:

El doctor *Mario Jiménez Fernández,* como defensor de los señores *Julián Peláez Cano* y *Luis Felipe Arias Castaño,* demanda la *Revisión*

de las causas acumuladas por los delitos de *Falsedad* y *Estafa* que culminaron, en primera instancia, con la sentencia del Juzgado Décimo Tercero Superior de Medellín de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve que condenó a *Luis Felipe Arias Castaño* a la pena principal de sesenta y cinco meses de prisión como autor de cinco delitos de *Falsedad agravada en documentos públicos*, dos de *Estafa personal*, dos de *Estafa agravada* y cuatro de *Estafa agravada* y atenuada, y a Julián Peláez Cano, a la pena principal de cincuenta meses de prisión como autor de cinco delitos de *Falsedad agravada en documentos públicos*, fallo que confirmó parcialmente el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, el veintisiete de agosto de mil novecientos noventa, con las siguientes reformas: 1º Luis Felipe Arias Castaño, quien fue hallado penalmente responsable de la comisión de los delitos atrás reseñados, queda condenado a la pena de sesenta meses de prisión, término que regirá el de la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, y al pago de la multa en la cuantía indicada allí, y Julián Peláez Cano, a quien se encontró penalmente responsable de la comisión de los hechos punibles debatidos en el primer proceso, queda condenado a la pena de cuarenta y ocho meses y diez días de prisión, lapso que regirá para la accesoria de la interdicción. 2º Además de la obligación impuesta a Felipe Arias Castaño y a Julián Peláez Cano de resarcir los perjuicios ocasionados a Alberto Azicri, Gloria Lucía Morales y Bertulfo Antonio Alvarez, se condena a Arias Castaño al pago de la suma de cinco millones, novecientos noventa y seis mil cuatrocientos pesos a Ramón Franco y Luz Helena Lombana, más la cantidad que se cause hasta la fecha en que se haga efectivo, y tres millones ochocientos veinte mil ochocientos pesos a Amparo Alvarez, más la suma que se cause hasta que de cumplimiento a esa obligación. 3º Se declara la prescripción de la acción penal incoada para investigar el delito de estafa cometido por Arias Castaño en el año de 1978, pero se revoca la declaratoria de prescripción de la acción penal incoada para investigar el delito de falsedad personal. 4º Se deniega la declaratoria de prescripción deprecada por la defensa. Contra la anterior sentencia recurrieron en casación los procesados por medio de su apoderado pero la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia impugnada.

Los hechos:

Fueron narrados así: "El doctor Pompilio Morales M., en calidad de agente oficioso de su hija Gloria Lucía y el señor Alberto Azicri Jonás en nombre propio otorgaron un préstamo a interés del 2% mensual al señor Luis Felipe Arias, en febrero de 1993, por la suma de cuatro millones ochocientos mil pesos ($ 4.800.000) en proporción de ochocientos mil pesos la primera y cuatro millones de pesos el segundo, constituyéndose Arias en deudor a través de la escritura número 957 de febrero 28 de 1983 que otorgó en la Notaría Quince de la ciudad, y en garantía de cumplimiento de la obligación cuyo plazo

estipulado era un año, constituyó hipoteca de primer grado sobre inmueble de tres plantas, de su propiedad, de acuerdo al certificado de libertad, ubicado en la carrera 74 con calle 49-B sector Estadio. De otra parte y por escritura número 1.347 de mayo 19 de 1982, corrida en la Notaría Once, el mismo Luis Felipe Arias se había constituido deudor de Bertulfo Alvarez, por la suma de dos millones de pesos ($ 2.000.000), que recibió en préstamo al 3% mensual y para garantizar el cumplimiento de la obligación cuyo plazo era de un año, constituyó hipoteca de primer grado sobre inmueble igualmente de su propiedad, ubicado en la calle 59 con carrera 46".

"El deudor Arias pagó cumplidamente los intereses sobre el capital de los cuatro millones ochocientos mil pesos, a Azicri y Morales hasta el mes de febrero y al señor Bertulfo Alvarez hasta el 19 de enero del año en curso, pero le hizo abonos al capital, quedando reducida la deuda a un millón setecientos sesenta mil pesos ($.1.760.000), y para sorpresa de todos, en el mes de abril cuando el doctor Pompilio Morales solicitó certificado de libertad del inmueble hipotecado a favor de su hija y de Azicri, con el fin de demandar ejecutivamente, apareció cancelado el gravamen por medio de escritura 181 de marzo 8 de 1984, otorgada en la Notaría de Cáqueza (Cund.) escritura que cobija igualmente cancelación de créditos a favor de Bertulfo Alvarez". Folio 509 fte. y vto., cuaderno 2º del primer proceso.

"El señor Luis Felipe Arias Castaño, detenido en razón de estas diligencias, acudió a diferentes notarías de esta ciudad con el objeto de recibir determinadas sumas de dinero en préstamo y los que garantizaba otorgando hipotecas de primero, segundo o tercero grado y sobre bienes que hacían parte de la sucesión de su señor padre Luis Felipe Arias Gómez. Para lograr su empeño Arias Castaño se identificaba con la cédula de ciudadanía número 3.313.627 de Medellín y libreta militar 896.845, ambas a nombre de su progenitor. Es decir, en los diferentes actos escriturales aparecía interviniendo una persona que había fallecido desde el mes de junio de 1963. Las escrituras en las que tuvo tal actuación el señor Arias Castaño, que para esos efectos se hacía llamar Luis Felipe Arias Gómez, fueron las siguientes:

"1º Escritura número 435 del 10 de febrero de 1984 de la Notaría Quince de esta ciudad y por medio de la cual hacía una hipoteca de tercer grado por valor de $ 1.900.000. Los prestamistas en este caso lo eran Luz Helena Lombana y Ramón Franco, la primera con un aporte de $ 900.000 y el segundo con el millón restante. El valor de esta hipoteca no se ha cubierto ni en todo ni en parte.

"2º Escritura número 306, hipoteca de primer grado por valor de $ 500.000, préstamo que hace la señora María Carlina Hernández de Ospina al señor Luis Felipe Arias Gómez, es de la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín, fechada en febrero 3 de 1982 y cancelada mediante escritura número 753 del 3 de marzo de 1983 ante esa misma notaría.

"3º El 6 de febrero de 1981, ante el señor Notario Once del Circuito de Medellín, se otorgó la escritura número 168 por medio de la cual se hacía una hipoteca de primer grado, por parte del señor Luis Felipe Arias Gómez en favor de Bertulfo Antonio Alvarez A., por la suma de $ 700.000 moneda legal. Esta obligación fue cancelada mediante escritura número 1346 del 19 de mayo de 1982, otorgada ante esa misma notaría.

"4º Mediante escritura número 1113 del 8 de mayo de 1981, el mismo Bertulfo Antonio Alvarez le prestó al señor Luis Felipe Arias Gómez la suma de $ 330.000 moneda legal garantizados en una hipoteca de segundo grado. Esta suma fue cancelada con la misma escritura del numeral anterior, vale decir, con la número 1346 del 19 de mayo de 1982.

"5º El señor Bertulfo Alvarez A., presta al señor Luis Felipe Arias Gómez la suma de $ 650.000 garantizados con una hipoteca de tercer grado, negociación que se encuentra asentada en la escritura número 84 del 27 de enero de 1982 y que a su vez fue cancelada el 28 de febrero de 1983 en la Notaría Quince mediante la escritura número 956.

"6º Por medio de la escritura número 2178, Luis Felipe Arias Gómez recibió en préstamo de Amparo del Socorro Alvarez la suma de $ 1.200.000, garantizando dicha obligación con una hipoteca de segundo grado, otorgada en la Notaría Once de esta ciudad el 3 de agosto de 1983, obligación esta que se encuentra sin cancelar.

"7º Mediante escritura número 634 de abril 17 de 1978, Myriam Zuluaga prestó a Luis Felipe Arias Gómez la suma de $ 75.000 moneda legal garantizados con una hipoteca de segundo grado. Esta suma fue cancelada mediante la escritura número 3187 de la Notaría Quince y fechada en noviembre de 1981". Folios 638 y 639 del cuaderno número 8.

La demanda:

La demanda de *Revisión* invoca las causales quinta y segunda del artículo 231 del C. de P. P., que, textualmente, rezan, en su orden: 5. "Cuando se demuestre que la sentencia absolutoria o condenatoria se fundamentó en testimonio, peritación, documento o cualquiera otra prueba falsa. 2º Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en procesos que no podían iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción o por falta de querella válidamente formulada".

El memorialista apoya la invocación de la causal 5ª del texto citado en que el Tribunal Superior de Medellín, para dictar el fallo de segunda instancia, se apoyó en documentos notoriamente falsos, a saber: a) La escritura otorgada en la Notaría Sexta de Medellín, por la cual Luis Felipe Arias Castaño vendió a Yolanda Arias Castaño de Ramírez los derechos y acciones que le correspondieron en la sucesión

del señor Arias Gómez, en la que, según el revisionista se le colocó una cédula al vendedor que no correspondía al sexo masculino, sosteniendo además que esa escritura nunca pasó por la oficina de registro ni cumplió la formalidad de la inscripción. Pero lo que los fallos de primera y segunda instancia sostienen es que Luis Felipe Arias Castaño hipotecó bienes inmuebles inequivocamente individualizados para garantizar los préstamos que le concedieron varias personas haciéndose pasar por su padre Luis Felipe Arias Gómez, quien había fallecido el 8 de junio de 1963, cuando tales bienes pertenecían a la sucesión de su progenitor. En esas operaciones se identificó con la cédula de ciudadanía número 3.313.627 de Medellín y libreta militar número 896.845, ambas expedidas a su progenitor. Anteriormente se relacionaron siete escrituras en las cuales el procesado Arias Castaño se hizo pasar por su padre Luis Felipe Arias Gómez para engañar así a sus acreedores que aceptaron las garantías hipotecarias por atribuirlas engañosamente al supuesto propietario de los bienes ciertos en ellas pignorados. b) Sostiene el revisionista que la escritura otorgada en Cáqueza en marzo de 1984 para cancelar deudas de Luis Felipe Arias Castaño es falsa porque así lo proclama el certificado notarial de esa oficina porque la escritura que se extendió en la notaría de esa población fue para cancelar obligaciones de Luis Felipe Arias Gómez y no de Luis Felipe Arias Castaño. Lo que los fallos sostienen es que la escritura número 181 de marzo 8 de 1984, otorgada en la Notaría de Cáqueza se hizo por un sujeto que se hizo llamar Alberto Muñoz Arango para cancelar las acreencias hipotecarias constituidas por quien se hizo pasar por Luis Felipe Arias Gómez, pero que en realidad era el procesado Luis Felipe Arias Castaño, pues según se dijo anteriormente las escrituras contentativas de las hipotecas garantes de los créditos fueron otorgadas por quien se hizo pasar por su progenitor Luis Felipe Arias Gómez. El Tribunal Superior de Medellín sostiene que esa escritura falsa de cancelación de las obligaciones hipotecarias se hizo con la participación directa de los procesados Luis Felipe Arias Castaño y Julián Feláez Cano, como lo demostró el proceso. c) Se estiman como falsos los poderes que se utilizaron para la cancelación de las obligaciones hipotecarias de Luis Felipe Arias Gómez, porque ellos fueron otorgados para cancelar las obligaciones de Luis Felipe Arias Castaño, pero uno de los puntos vertebrales de la imputación de falsedad es que Luis Felipe Arias Castaño se hacía pasar por su padre Luis Felipe Arias Gómez. Por otra parte si se trata de los mismos poderes, el cambio de notaría no sería suficiente para hacer auténticos los poderes falsificados. La inspección judicial al Juzgado Primero Civil del Circuito que según el memorialista fue negada, ha debido hacerse efectiva dentro del proceso y no dentro de una acción de revisión. d) La supuesta sustracción de folios cuya confesión se atribuye al Tribunal de segunda instancia es una notoria tergiversación, pues el Tribunal no ha asumido ninguna responsabilidad en este aspecto; lo que ha dicho es que a causa de los continuos traslados del expediente, hubieran podido perderse algunos folios, sobre los cuales, obviamente, no se fundamentó el fallo. e) Los peritajes grafológicos que, según el memorialista fue-

ron sustraídos del conocimiento de los acusados para impedir que los objetaran hubieran podido ser materia mejor de una acción del Ministerio Público, pero no de una acción de revisión. La última afirmación del memorialista, por este aspecto y que se refiere a la incorporación dentro del proceso de pruebas falsas traídas del proceso de sucesión de Luis Felipe Arias Carvajal, para quitar al procesado Luis Felipe Arias Castaño su condición de hijo legítimo tampoco es pertinente ne esta acción de revisión, fuera de que es intrascendente en cuanto se refiere a su influencia en el aspecto penal, ya que la identificación física del procesado es inobjetable.

Y en cuanto se refiere a la segunda causal del artículo 231 del C. de P. P., que se concretó al haberse dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, es el mismo memorialista el que comenta y somete a crítica la decisión del Tribunal al negar la prescripción, por tanto, habiendo sido debatido ya este aspecto, escapa también a la acción de revisión.

A este propósito el memorialista que demanda la *Revisión* observa: "En el primer proceso referente a los cargos de falsificación en documento público, por las hipotecas de Azieri y Alvarez Gloria Lucía Morales y por la cancelación hecha en Cáqueza, el auto de proceder o calificatorio quedó en firme el día 13 de junio del año de 1985". Y añade que esa providencia ejecutoriada interrumpió la prescripción que empezó a correr de nuevo para completarse a los cinco años, que se cumplieron el 13 de junio de 1990, fecha anterior a la de agosto 27 de 1990, que es la de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín. Disentimos de estas afirmaciones porque el préstamo que hicieron Alberto Azieri y Gloria Lucía Morales a Luis Felipe Arias Castaño, mediante escritura pública número 957 de febrero 20 de 1983 de la Notaría Quinta de Medellín y la cancelación de las hipotecas que fraudulentamente se imputan a los procesados, cumplida inexplicablemente en Cáqueza, Cundinamarca, mediante escritura número 181 de marzo 8 de 1984 de la notaría de esa población, constituyen falsedades materiales de particular en documentos públicos que tienen señalada una pena máxima de ocho años de prisión, de acuerdo con el artículo 220 del C. P., que se aumenta, como bien lo dice el Tribunal Superior de Medellín, en la mitad, es decir cuatro años, para totalizar doce años como término de prescripción, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 222 del mismo estatuto, sin que se trate de acumulación de dos hechos como erróneamente sostiene el memorialista, porque, en resumen, la norma violada fue la del artículo 222 del C. P., que agrava la conducta del falsificador por ser la misma persona que usó el documento falso el que lo falsificó en su origen. Las conductas anteriormente relacionadas prescribirían, la primera en febrero 20 de 1984 y la segunda, en marzo 8 de 1995, lo cual no ha sucedido todavía, sin tener en cuenta siquiera la interrupción de la prescripción por virtud de la ejecutoria del auto calificatorio de junio 12 de 1985.

Sobran las consideraciones del memorialista acerca de la prescripción independiente de las acciones cuando se trata de varios hechos

punibles que se juzgan en un mismo proceso, de acuerdo con el artículo 85 y no 83 del Código Penal, pues la agravación establecida por el segundo inciso del artículo 222 del C. P., uso de documento público falso por parte de quien concurrió a la falsificación del documento público que se usa, no constituyen dos conductas, sino una sola conducta agravada, pues de lo contrario habría un concurso de delitos, al cual sí sería aplicable la prescripción independiente.

El resto de las afirmaciones del memorialista en relación con la causal segunda del artículo 231 del C. de P. P., invocada como fundamento de la *Revisión*, implican un comentario crítico a las afirmaciones del Tribunal Superior de Medellín, sobre diferentes aspectos de la *Prescripción*, como el de la reducción del término prescriptivo, por virtud de la recusación interpuesta por los procesados contra los magistrados del Tribunal Superior de Medellín y que esta Corporación rechaza porque sostiene que una de las tantas maniobras dilatorias que los procesados urdieron para demorar la acción de la justicia, lo cual evidentemente no puede invocarse si se aplica el aforismo jurídico latino: *Nemo propiam turpitudinem causam allegans*. Pero, repetimos que respecto de este tema de la prescripción, el Tribunal Superior de Medellín se extendió en cuatro folios y medio (págs. 118 a 123 del cuaderno que hemos revisado), a interpretación de las disposiciones legales atinentes a esta causal de terminación del proceso y que invoca el memorialista como segundo fundamento de la acción de revisión. La interpretación legal que corresponde a los jueces no puede ser objeto de recurso o acción de revisión. Podría ser objeto de casación, pero ya hemos advertido que el recurso de casación que fue interpuesto por el memorialista fue resuelto adversamente, no casando la sentencia del Tribunal Superior de Medellín.

No sobra además decir que por ser más favorable la conducta de la falsedad personal, prevista en el artículo 227 del C. P., es la que debe aplicarse para efectos de la pretensión prescriptiva, puesto que esta norma es subsidiaria, para cuando no implique el hecho punible concreto una normatividad más grave, como es la del artículo 222 del C. P., es a saber el uso de documento público falso por parte de quien concurrió a la falsificación del documento.

Consideraciones de la Sala:

La Sala de Conjueces estima: 1º Los cargos formulados contra los dos procesados, en las dos instancias, son muy precisos y alcanzaron su demostración plena, en la conjugación de diversos medios de prueba, en sentir de los juzgadores. Luis Felipe Arias Castaño, suplantó a su padre Luis Felipe Arias Gómez, utilizando su nombre, números de cédula de ciudadanía y libreta militar para constituir obligaciones hipotecarias que garantizaban préstamos otorgados a su favor, comprometiendo bienes inmuebles que fueron de propiedad del padre, fallecido hacía muchos años, y que formaban parte de la sucesión de

su progenitor cuando el procesado otorgó las garantías. Y si se trataba de pignorar los derechos y acciones que el procesado tenía en la sucesión de su padre, ellos habían sido vendidos a su hermana, resultando así ilusorias las garantías que aceptaron de buena fe sus acreedores. Y como si fuera poco, esas obligaciones hipotecarias aparecieron canceladas falsamente en una escritura otorgada mediante poderes apócrifos y utilizando como protagonista una supuesta persona en otra acción que compromete seriamente a los dos procesados Luis Felipe Arias Castaño y Julián Peláez Cano. Estas acciones tipificadas contra la fe pública fueron analizadas por la administración de justicia de Medellín por casi diez años y su valoración largamente discutida, permitiendo a los dos comprometidos un dilatado juego de recursos, hasta llegar a la acción de tutela que a última hora fue desestimada por la propia defensa para cambiarla por la acción extraordinaria de revisión de que ahora nos ocupamos, adelantándose los efectos de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que protege con justa razón la intangibilidad de la cosa juzgada.

2º Las dos causales de revisión invocadas por el apoderado de los dos procesados: haberse dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse ni proseguirse por prescripción de la acción y haberse demostrado que la sentencia condenatoria se fundamentó en testimonio, peritación, documento o cualquiera otra prueba falsa, no son idóneas en este caso para vulnerar la *res judicata*, la primera porque el juzgado de instancia concedió la prescripción en dos de las inculpaciones y el Tribunal Superior de Medellín confirmó una y rechazó la otra, pero de todas maneras el debate entre la defensa y la jurisdicción a este propósito se cumplió dentro del marco de las garantías procesales llevándose la inconformidad hasta someterla al recurso extraordinario de casación, que finalmente le fue negada, y la segunda requiere la demostración de que el medio o medios probatorios en que se apoyó la sentencia impugnada son objeto merecido de una tacha de falsedad. No dice la demanda dónde están las pruebas falsas en que se apoyaron los fallos de primera y de segunda instancia, en la forma concreta y precisa que se requería para desestimarlos y volver a plantear el debate desde sus comienzos, con la consiguiente responsabilidad indemnizatoria de los falladores. Las simples afirmaciones de que a Luis Felipe Arias Gómez se le atribuyó una cédula de ciudadanía cuya numeración correspondía a la serie de las mujeres y que los poderes otorgados por una Notaría de Medellín eran realmente de otra y que sirvieron para otorgar la escritura de cancelación de las obligaciones hipotecarias en la Notaría de Cáqueza, no son prueba de ninguna falsedad que alcance a efectuar la integridad de la cosa juzgada. Vaga la afirmación de que se utilizaron pruebas falsas llevadas a este proceso del de sucesión de Luis Felipe Arias Carvajal para quitarle a Luis Felipe Arias Castaño su calidad de legitimario, pues se ignora y el memorialista no lo dice cómo pudo esa manipulación llevar a los sentenciadores a dictar una sentencia condenatoria sobre pruebas falsas.

La simple afirmación de que la sentencia condenatoria se pronunció sobre escrituras falsas, sin apoyo probatorio demostrado, no es suficiente para aceptar la causal 5ª de revisión mencionada para sustentar esta acción de revisión. No es aceptable utilizar un equívoco para objetar de falsas las escrituras que dan respaldo a los fallos condenatorios. Son falsas, claro está las escrituras otorgadas por Luis Felipe Arias Castaño para constituir hipotecas de varios grados sobre bienes de la sucesión de su padre Luis Felipe Arias Gómez, suplantando a éste con la utilización de la cédula de ciudadanía y la libreta militar de su progenitor, como falsa es la escritura que se otorgó por persona supuesta en la Notaría de Cáqueza, para cancelar las obligaciones hipotecarias constituidas por Luis Felipe Arias Castaño para ofrecer una garantía real a sus acreedores, conductas contra la fe pública que configuran los hechos punibles cuya autoría y responsabilidad se imputan, física y moralmente, a los dos procesados titulares de la sentencia condenatoria. Pero la falsedad probada de esas mismas escrituras no puede alegarse para fundamentar una acción de revisión, creando así una inadmisible dualidad positiva en un caso, para juzgar y negativa en otro, para apoyar una acción o recurso extraordinario de revisión contra el mismo fallo condenatorio. Por ello sería indispensable la demostración de que las pruebas que sirvieron como medios de convicción para respaldar una sentencia condenatoria, son a su vez falsas. Pero esta falsedad es precisamente la que no se precisa, como sería necesario, en la demanda de revisión.

Lo que no es dable es la tacha de falsedad a deshora, respecto de elementos de convicción que tuvo en cuenta el juzgador y que fueron objeto posible de un debate que se prolongó por espacio de varios años, con la interposición y concepción de recursos variados, para evitar así un error judicial, que comprometiera la inocencia de los procesados. En derecho es más importante la demostración que la afirmación, pues aquella convierte la afirmación en una realidad objetiva, en una verdad indispensable para obtener la certeza que se requiere para condenar, pero la sola afirmación, sin demostración sería inútil en el campo del derecho sobre todo cuando su utilización diera lugar a una injusta condena, que a su vez traería graves consecuencias para el fallador.

Presupuestos para la revisión:

La revisión, más que un recurso extraordinario para enmendar errores *in judicando* o *in procedendo*, es una acción que tutela la inocencia de una persona injustamente inculpada. Cuando se trata de fallas en el procedimiento aplicado o en el criterio equivocadamente aplicado por el sentenciador de segunda instancia se recurre extraordinariamente en casación, pero no hay objeción en cuanto a la realidad fáctica demostrada en el proceso. Los procesados Luis Felipe Arias Castaño y Julián Peláez Cano, después de agotar los recursos ordinarios contra la sentencia del Juzgado Trece Superior de Medellín,

interpusieron a través de su apoderado recurso extraordinario de casación ante esta Corte Suprema, que les fue negado por la viciada presentación del recurso. Para hacer viable el recurso de casación basta el error en la aplicación e interpretación de la ley, dejando indemne la realidad que presenta el proceso en el momento de juzgar. El vicio es de orden interno, procesalmente hablando. En el recurso más extraordinario de revisión, hechos posteriores al fallo de segunda instancia demuestran que la objetividad que se tuvo en cuenta entonces no era la verdadera y cambia la estructura básica del proceso, haciéndolo realmente distinto en sus planteamientos.

La inmutabilidad de la cosa juzgada, piedra angular del proceso y de la seguridad y confianza en la administración de justicia supone que los factores que se tuvieron en cuenta en el momento del fallo continúan estables. Pero si hallazgos posteriores, que no se tuvieron en cuenta en el momento de la decisión del Tribunal Superior se encuentran demostrados plenamente, la construcción jurídica impugnada no puede permanecer inconmovible y debe acomodarse al cambio de los factores de la decisión, para que se pueda hablarse de una recta justicia. La revisión no puede ser una nueva instancia, pues desaparecería ese piso firme de la cosa juzgada, para dar lugar a una cadena interminable de cambios de interpretación y criterios que serían siempre posibles, porque la mente humana es imprecedible e inagotable en sus variadísimos puntos de vista, lo cual haría de las decisiones judiciales algo esencialmente mutable e inasible.

Lo cual quiere decir que para poder darle tránsito a este recurso o acción de revisión debe presentarse en tal forma que de su enunciación y de los elementos de convicción que se aportan como fundamento de eso muy extraordinario recurso, aparezca el hecho nuevo, así se invoque las causales 2ª y 5ª del artículo 231 del C. de P. P., que tratan de la prescripción de la acción o de la falsedad de los elementos probatorios que se tuvieron en cuenta para sustentar la sentencia condenatoria. Porque al fin y al cabo en la causal tercera del texto procesal citado convergen las otras causales; es el hecho nuevo o las nuevas probanzas que no se tuvieron en cuenta en el debate lo que cambia la estructura fáctica del proceso que requiere una nueva decisión.

En este caso de que nos ocupamos quienes demandan la revisión se mueven en las mismas aguas muertas del proceso fenecido. Falta una corriente dinámica que mueva esa realidad procesal estática para poder aspirar a que un cambio en la realidad objetiva suscite también un cambio en la veróad de la decisión. Porque invocar la prescripción, cuando ya el Tribunal Superior de Medellín enmendó a este respecto prescriptivo la determinación del Juzgado Trece Superior de la misma ciudad, es volver a plantear las mismas razones, con fundamento en los mismos hechos para obtener distintas decisiones lo cual atenta contra la filosofía de la revisión. Y si miramos a la causal quinta, quien pretende la revisión debe demostrar cabalmente desde su interposición que la sentencia condenatoria se fundamentó en prue-

bas falsas. Pero siendo las conductas delictivas imputadas a los procesados atentarias contra la fe pública, debe expresarse claramente qué tipo de falsedad no se tuvo en la mente para condenar, distinto de la falsedad en documentos públicos que tuvo en cuenta el fallador de segunda instancia para configurar la conducta punible base de la condena.

El enunciado de las causales de revisión que se invocan para respaldar esta pretensión debe ser tan claro, preciso y perentorio que, supuesta la verificación de su exactitud en el período probatorio del recurso extraordinario, tendría que declararse sin valor la sentencia condenatoria motivo del recurso. Pero también debe aceptarse que la manera vaga y confusa como se han mencionado las causales de revisión, de abrirse nuevamente el debate, desembocarían necesariamente en la misma decisión que se revisaría, pues de otra manera se estaría creando una nueva instancia, extraña a nuestro ordenamiento jurídico.

Como de lo expresado hasta ahora se concluye que debe negarse el recurso, *in limine*, en beneficio de la economía procesal y de la estabilidad de los fallos judiciales, el proceso se devolverá al juzgado de instancia, encargado de la ejecución de la sentencia, de acuerdo con los artículos 239 y 609 del C. de P. P.

La acción de tutela incoada a que se refiere finalmente el memorialista, deberá ser objeto de una actividad procesal más del diligente señor apoderado para no convertirla en una nueva instancia, subsidiaria de la decisión adversa.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjueces de 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 admitir la demanda de revisión propuesta por el memorialista, por no estar de acuerdo con la ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Rafael Osorio Rodríguez, Conjuez; *Nodier Agudelo Betancur*, Conjuez; *Jorge Córdoba Poveda*, Conjuez; *Jaime Bernal Cuéllar*, Conjuez; *Wanda Fernández León*, Conjuez; *Jorge Arenas Salazar*, Conjuez; *Julio Rozo Rozo* Conjuez; *Anselmo Chaves Narváez*, Conjuez; con aclaración de voto.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION (ACLARACION DE VOTO)

ACLARACION DE VOTO DEL CONJUEZ ANSELMO CHAVES NARVAEZ, INTERLOCUTORIO DEL 15 DE FEBRERO DE 1994

Conjuez ponente: *Doctor Rafael Osorio Rodríguez.*

Radicación número 7005 (Revisión).

Con toda la consideración y respeto debo manifestar que a pesar de haberse cambiado la parte resolutiva del proyecto que negaba la acción de revisión *in limine*, al acoger mis instancias y argumentos, en el sentido de inadmitir la demanda por vicios de forma, no comparto el sentido y alcance total de la motivación, minuciosa en todo caso, que acogió la opinión mayoritaria. Para mi modesta opinión la providencia afortunada en la resolución tomada, no tiene la coherencia lógica que con ahínco quería ver materializada. Con cualquier orientación lógica que se adopte ya sea aristotélico-tomista (para Kant la lógica aristotélica era el *summum* de la perfección) o calculatoria (cálculo bivalente o multivalente), la parte motiva desafortunadamente, tiene que sufrir reparos. Para la primera orientación sería violatoria del elenco (la materialización de un silogismo de cuatro términos) y para la segunda entrañaría la unión de proposiciones excuyentes (sincretismo insoportable) porque las solas razones de forma con las cuales se llega a la resolución tomada, no pueden estar codo a codo, al lado de refutaciones sustanciales propias de una decisión de fondo. Por ministerio de la ley, sustancia y forma en el caso que nos ocupa, son conceptos contrarios, pues llegan imperativamente a resoluciones jurídicas distintas (excluyentes). Sólo si se llenan los requisitos de forma del artículo 234 C. P. P., se admite la demanda y se entra al fondo, de lo contrario se inadmite. No olvidemos, de paso, que todos los opuestos (cuadro de Psello) sean op. contrarios, op. subcontrarios u op. contradictorios son conceptos excluyentes (Arits. Analíticos).

Por querer cerrarle al demandante las puertas de la revisión definitivamente, se habla de economía procesal (hace unos años se graduaban abogados economistas) con el rango de principio (Aristóteles llamó tópico o lugar común a la causalidad, qué diría de nuestro pretendido principio de la economía procesal?).

Para poner llave y cerrojo en la sagrada heredad e impedir la revisión, la providencia plantea la reducción al hecho nuevo de todas

las causales de revisión e insinúa, que éste es, con simplismo, el que no ha sido debatido en las instancias, distorsionando la reiterada jurisprudencia de la Corte relacionada con el numeral 3 del artículo 232 (que no ha sufrido cambio en el devenir legislativo) que nos dice, palabras más palabras menos, que hecho nuevo es el no estructurado en el proceso y en íntima relación con el delito investigado, con el mérito de establecer la inocencia o la inimputabilidad. Así las cosas, ninguna de las otras causales puede constituir hecho nuevo en el sentido estricto y por una tenue analogía (argumento probable) no se pueden distorsionar esencias que el legislador en su soberanía, estableció concretamente, y, hacerles producir efectos desfavorables insospechados. Las causales tienen identidad propia y a excepción de la sexta, se basan como es natural, en el error *in judicando* de hecho, error histórico, sin mediar interpretación de la ley, lo que nos conduciría al ámbito de la casación.

Reitero, hecho nuevo es el consagrado en el numeral 3 del artículo 232, esa es la realidad jurídica que entra digamos intuitivamente, las demás elucubraciones con son metafísico, se alejan de la realidad jurídica, para residenciarse en el hiperuráneos, al querer poner límites a la revisión en aras de una intangibilidad, que sólo es respetable intelectualmente para mí, así tenga firmeza, cuando el juzgador se ajusta a las reglas de la lógica. El principio cognoscitivo preside el proceso, ya que éste es un método (metá, odós), gobernado como es obvio, por la lógica, para llegar al esclarecimiento de la verdad.

La providencia bebió toda la sustancia del pensamiento del doctor Fabio Calderón Botero que cogitó hace poco, pero sobre realidades jurídicas distintas, ya que éstas cambian en nuestro martirizado país, de la noche a la mañana; razón por la cual muchas de sus hipótesis no tienen operancia, muchas de sus afirmaciones dejaron de tener validez, ante el cambio operado en el concepto tradicional de la revisión, por obra del artículo 232 del C. P. P. Casi con el argumento *baculinum* dí la voz de alerta para devolver a la Sala a la realidad jurídica. Ya en nuestro medio no es la acción de revisión sólo la protectora de la inocencia sino de la verdad fáctica y aún de la jurídica, cuando se cambia de criterio doctrinario. En este aspecto parece que la acción de revisión retrounificara la jurisprudencia favorable y se metiera en terrenos del recurso de casación, cuyos linderos aconseja la providencia no invadir, en su minuciosa y superabundante motivación, que desborda el elenco, contrariando la brevedad de las providencias en el sistema acusatorio.

De todas las razones esgrimidas por la providencia comparto las que apoyan por su naturaleza, la inepta demanda. A este efecto, discutí con ahínco porque conozco el criterio de la Corte Suprema. El Alto Tribunal en materia de revisión, nunca ha refutado el fondo en presencia de una inepta demanda. En otras palabras, jamás, ha empleado argumentos que refutan el fondo de la pretensión, para inadmitir una demanda con carencia de requisitos formales. No ha sucedido lo mis-

mo con la casación, recurso en el que para no violar el derecho de defensa, admite demandas ineptas o antitécnicas. Pero algo va de la casación a la revisión, la primera es un recurso extraordinario "no anclado en las aguas muertas del proceso fenecido", para emplear una elegante frase de la providencia, y la segunda una acción totalmente diferente e independiente del proceso, que discute la intangibilidad de la cosa juzgada.

En el acápite *La demanda* (fl. 291), la providencia se ocupa en rebatir la demanda, al tomar partido por la sentencia del Tribunal de Medellín, y le quita razón al revisionista desde el punto de vista fáctico y ya anuncia al hablar de la prescripción, el planteamiento del hecho nuevo, como aquel no debatido en las instancias, sin añadir ni precisar más (fl. 294). En *Consideraciones de la Sala* (fl. 297) ya nos dice, en pleno acuerdo con el Tribunal, que los cargos formulados contra los dos procesados, en las instancias, son precisos y alcanzaron su demostración plena, etc. En *Presupuestos para la revisión* asevera que para poder darle tránsito a este recurso (sic) es necesario que aparezca el hecho nuevo (fl. 303) ...Para sentar estas motivaciones era necesario haber entrado al fondo y tener a la vista el expediente completo, lo que en este caso no se podía hacer por mediar vicios de forma, que en plena hilación fundamentos fácticos en este caso, de la prescripción en falsedad material agravada por la que fueron condenados, que estriban en el transcurso del tiempo en número de seis años después de la ejecutoria del llamamiento a juicio, y no los cinco años de falsedad material, queriendo hacer valer un error atacable únicamente en casación y justificando el incidente de la dilación con la disculpa de la favorabilidad. Por tanto, no dio los fundamentos de hecho de la causal e infringió el numeral 3 del artículo 234 del C. P. P. Además, debió relacionar la prueba de esta causal por más objetiva que sea, aunque casi siempre está en el proceso, debe recordar el revisionista, que la acción de revisión es naturalmente diferente e independiente del proceso fenecido.

Respecto a la causal 5ª, no relacionó la prueba que haría valer en la etapa probatoria, que demostraría que la prueba en que se fundamentó la condena es falsa; que establecería que las falsedades y las estafas imputadas eran un montaje en el cual para nada intervinieron sus poderdantes. Así de sencillo. Porque dentro del planteamiento del revisionista como bien lo anota la providencia, los documentos falsos que prestaron mérito para condenar por falsedad, por un juego ambivalente de palabras en todo caso sofístico, pretenden dar cimiento a la acción de revisión. Y menos se cumple con el requisito relacionando pruebas que no conducen como se nota de bulto, al establecimiento de las falsedades invocadas.

Estas eran las razones para inadmitir la demanda por ineptitud y no era necesario y al contrario vicioso, recurrir a la distorsión del hecho nuevo, a refutar categóricamente los cargos aseverando que és-

tos en las instancias, quedaron plenamente estructurados, a invocar la economía procesal y a descarrilarse en los conceptos que gobiernan la acción de revisión y a dar reglas y consejos sobre casación.

Esta es mi opinión.

Anselmo Chaves Narváez, Conjuez.

CONEXIDAD / RESOLUCION DE ACUSACION / TESTIMONIO / NULIDAD

Razones de punibilidad fundadas en criterios de humanidad y política criminal, admitidos legislativa y doctrinariamente, propician la investigación y fallo de delitos conexos bajo la misma cuerda para precaver la acumulación aritmética de penas en el evento de investigaciones separadas; unificación condicionada al oportuno conocimiento que los distintos despachos judiciales lleguen a tener en los diversos procesos que en un momento dado se adelante contra uno o varios individuos. / La unidad procesal depende de la prueba existente y del criterio racional del funcionario que afirma o niega su existencia; de manera que su aceptación o rechazo no está elevada a la categoría de nulidad, siempre que no afecte las garantías constitucionales. Si la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad a condición de que no se afecten garantías fundamentales (inciso final art. 88 del C. de P. P.), no se ve de qué manera la investigación y fallo de hechos objetivamente entrelazados puede dar lugar a la invalidez del proceso. / La única calificación atendible en procesos ventilados bajo el procedimiento breve y sumario del Decreto 180 de 1988, asimila "con largueza a la resolución de acusación" del procedimiento ordinario, aunque sin el carácter absoluto y definitivo que le atribuyen algunos demandantes, es la contenida en el auto de detención, cuyos cargos deben servir de pauta o derrotero a la sentencia impidiendo que el procesado sea sorprendido con la formulación de sindicaciones desconocidas, respecto a las cuales no tuvo la oportunidad de ejercitar su derecho de réplica. / No constituye motivo de nulidad por violación del derecho a la defensa, el que el defensor del procesado se abstenga de alegar dentro del término de traslado señalado para ello por el artículo 3º del Decreto 344 de 1989, reformatorio del 48 del Decreto 180 de 1988, porque esta es una facultad discrecional de la cual puede hacer o no uso para presentar sus puntos de vista a consideración del juzgador. / Siendo principio insoslayable el de limitación del recurso en virtud del

cual cada una de las causales de casación tienen su propia y particular estructura, constituye serio atentado al mismo y a los principios de logicidad y no contradicción, mezclar dentro del mismo cargo argumentos de la causal tercera con los de la primera para atacar una misma situación fáctica. / Jurisprudencia y doctrina han coincidido en advertir que las declaraciones sobre buena conducta suelen tener un aspecto negativo porque a los declarantes no les consta nada malo contra la persona cuyo buen comportamiento juzgan. En cambio las contrarias o de mala conducta, se suelen edificar sobre hechos concretos sobre las cuales da razón el deponente. Confrontadas unas y otras, resultan ser más convincentes las últimas. / El testigo que se retracta de una inculpación reconoce que ésta no corresponde a la verdad y en tales condiciones, para poder ser apreciada su retractación por el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica, debe precisar y justificar los motivos que lo llevaron a cambiar radicalmente su versión. / La retractación o rectificación del testimonio debe ocurrir en diligencia penal o extrapenal con las formalidades propias del testimonio y no en diligencia de indagatoria, en la que el que se retracta interviene no como deponente sino como sindicado, sin los rigores o apremios del juramento.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 15.

Vistos:

Ha sido recurrida en casación por los defensores de los procesados ausentes *Luis Alfredo Rubio Rojas, Hernán Giraldo Serna, Adán Rojas Ospina, Fidel Castaño Gil* y el procesado detenido *Ricardo Rayo,* la sentencia del 30 de enero de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior de Orden Público (hoy Tribunal Nacional) confirmó con algunas modificaciones y aclaraciones la dictada por el Juzgado de conocimiento de Orden Público condenando al primero de los nombrados a la pena principal de doce años de prisión como cómplice del delito de concierto para delinquir y el último de ellos a veintisiete años de prisión como responsable del delito de homicidio con fines terroristas.

Condenó igualmente a Hernán Giraldo Serna, Adán Rojas Ospina y Fidel Castaño Gil a la pena principal de veinte años de prisión, cada uno, como responsables del delito de concierto para delinquir y a todos los recurrentes a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados.

Hechos:

Aparece de autos que a eso de la una de la mañana del 4 de marzo de 1988 un grupo de personas portando armas de fuego se presentó a la finca "La Honduras", ubicada en el corregimiento de Currulao de la comprensión municipal de Turbo (Antioquia) llamando por sus nombres a diecisiete trabajadores que allí pernoctaban con sus familias (afiliados al sindicato SINTAGRO) y luego de separarlos de las mujeres y los niños los hicieron acostar boca abajo en el piso y procedieron a dispararles hasta causarles la muerte en forma inmediata.

Los mismos sujetos, al parecer, llegaron luego a la finca "La Negra" donde dieron muerte a tres trabajadores que allí se encontraban.

Tiempo después, el 2 de abril del mismo año, sujetos armados y portando prendas militares arribaron al sitio conocido como "La Recuperación" de la misma comprensión municipal, ocupado por invasores de las haciendas "San Jorge" y "Las Vegas" reteniendo aproximadamente a treinta de ellos los cuales fueron conducidos a "Punta Coquitos" a orillas del mar, donde unos fueron muertos a tiros y otros atados y arrojados al mar apareciendo diseminados sus cadáveres a lo largo de la costa.

Actuación procesal:

El acontecer fáctico originado en la investigación conjunta de los anteriores hechos es fielmente reseñado por la Procuraduría Delegada de la siguiente manera:

> "Luego de una rápida pero abundante indagación preliminar, el Juzgado Primero de Orden Público ordenó la apertura de investigación penal por los hechos sucedidos en Punta Coquitos, mediante auto del veintiuno de abril de mil novecientos ochenta y ocho, en el que ordenó vincular mediante indagatoria al sujeto Ricardo Rayo, a quien se resolvió su situación jurídica en auto del veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y ocho con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio con fines terroristas.
>
> "Un informe procedente del Departamento Administrativo de Seguridad, fechado el 23 de abril de 1988, consignó entre sus datos: '1. Que el grupo que realizó la masacre de

la vereda Coquitos, fue el mismo que incursionó en la finca La Honduras y La Negra el 4 de marzo del 88', descubriendo además que los hechos fueron perpetrados por cerca de quince sujetos quienes pertenecen a una organización criminal a nivel nacional compuesta por cerca de ciento cincuenta personas, entre las cuales se encuentran sujetos que cumplen con su servicio militar obligatorio y son reclutados para las filas de la organización delincuencial.

"Con auto del veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y ocho el Juzgado Primero de Orden Público ordenó la captura de los sujetos Víctor Hugo Martínez Barragán, Ismael Quintero y Mario Antonio Usuga Gócz.

"Por su parte, el Juzgado Segundo de Orden Público, luego de ardua indagación preliminar, ordenó la apertura de investigación por el caso de las fincas Honduras y La Negra, en auto del veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, en el cual dispuso la vinculación mediante indagatoria de los sujetos Pedro Vicente Bermúdez Lozano y José Ramiro Lagos Aranda, miembros del B-2 del Ejército Nacional.

"Recogidos múltiples medios de prueba e informes de inteligencia, el Juzgado Segundo de Orden Público estimó que los hechos ocurridos en las fincas La Negra y Honduras guardaban relación con los homicidios perpetrados en el sitio Punta Coquitos, y por consiguiente, en auto del dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y ocho, dispuso solicitar al Juzgado Primero de Orden Público el mencionado proceso.

"En auto del veinticinco de junio de mil novecientos ochenta y ocho el Juzgado Segundo de Orden Público ordenó la detención preventiva del teniente Pedro Vicente Bermúdez Lozano como sindicado de complicidad en los delitos de homicidio investigados y se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en contra del sargento José Ramiro Lagos Aranda.

"En proveído separado de la misma fecha anterior, el Juzgado ratificó su decisión de tramitar la actuación que venía conociendo en conjunción con la masacre de Punta Coquitos, razón por la cual fue otra vez solicitado el expediente respectivo que en su oportunidad fue remitido por el Juzgado Primero de Orden Público.

"Habiéndose vinculado procesalmente a otros presuntos partícipes en los hechos investigados y sin resolverles aún su situación jurídica, se ordenó el emplazamiento del sujeto Pablo Emilio Escobar Gaviria, quien fue declarado reo ausente en auto del veintinueve de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

"En proveído del treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y ocho el Juzgado Segundo de Orden Público resolvió decretar detención preventiva en contra de los vinculados Gonzalo Pérez, Henry Pérez, Marcelo Pérez, Fidel Antonio Castaño Gil, Adán Rojas, Reinaldo Rojas, Hernán Giraldo, Gonzalo Rodríguez Gacha y Pablo Emilio Escobar Gaviaria, como sindicados del delito de concierto para delinquir; similar medida en contra de Henry, Gonzalo y Marcelo Pérez, como determinadores de los delitos de homicidio con fines terroristas; auto de detención se profirió también en contra de Víctor Hugo Martínez, Reinel Guzmán, Mario Usuga y Ricardo Rayo, a los tres primeros como coautores materiales de los delitos de homicidio con fines terroristas y hurto calificado y agravado, al último como coautor de los delitos de homicidio y hurto agravado y calificado; así mismo se decretó la detención de Luis Felipe Becerra Bohórquez y de Félix Antonio Ochoa Ruiz, miembros del Ejército Nacional, como cómplices de los delitos de homicidio con fines terroristas; el capitán Marco Fidel Mendieta Sierra y el particular Luis Alfredo Rubio Rojas fueron también detenidos preventivamente, como cómplices del delito de concierto para delinquir.

"El proceso pasó entonces al conocimiento del Juzgado Tercero de Orden Público con sede en Medellín, quien en auto del veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho decretó la nulidad parcial del auto que resolvió situación jurídica a unos inculpados, puesto que los señores Marcelo Pérez y Reinaldo Rojas no habían sido previamente vinculados a la investigación.

"Cumplida su vinculación procesal, el Juzgado Tercero de Orden Público de Medellín resolvió la situación jurídica del sindicado Marcelo Pérez, a quien decretó medida de aseguramiento de detención preventiva como sindicado de los delitos de homicidio con fines terroristas y concierto para delinquir, providencia que lleva fecha del catorce de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

"Con proveído del dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y nueve se decretó la detención preventiva de Mario Zuluaga Espinal, como sindicado de los delitos de homicidio con fines terroristas y concierto para delinquir.

"Habiendo llegado el expediente al Tribunal Superior de Orden Público para el trámite de un recurso de apelación, éste se declaró incompetente para resolver la instancia al considerar que ello correspondía a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual propuso colisión de competencia negativa a su homólogo de Medellín, el que al no compartir las aseve-

raciones del proponente ordenó la remisión del expediente a la Corte Suprema de Justicia para la resolución del incidente. Finalmente, se radicó la competencia en el Tribunal Superior de Orden Público.

"Después de su vinculación procesal, el Juzgado Tercero de Orden Público de Medellín procedió a resolver la situación jurídica del sindicado Ismael Quintero o Ismael Ramos en providencia del veintiuno de julio de mil novecientos ochenta y nueve, en la que se abstuvo de decretar medida de aseguramiento en su contra.

"El Tribunal Superior de Orden Público, en decisión que lleva fecha del quince de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, concedió la excarcelación al procesado Pedro Vicente Bermúdez Lozano mediante la prestación de una caución prendaria y revocó la medida de aseguramiento que se había proferido en contra de Pablo Emilio Escobar Gaviria.

"El Ministerio de Justicia, en Resolución número 2338 del seis de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve ordenó el cambio de radicación del expediente, disponiendo que a partir de entonces continuara conociendo de él el Juzgado de Orden Público de Bogotá al que correspondiera por reparto, habiendo asumido entonces el conocimiento del asunto el Juzgado Primero de dicha especialidad.

"El primero de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, el Juzgado citado reconoció a Luis Felipe Becerra Bohórquez el derecho a su excarcelación bajo caución prendaria.

"El veintidós de noviembre siguiente, fue puesto a disposición del Juzgado instructor el procesado Hernán Giraldo Serna, quien al día siguiente fue escuchado en diligencia de indagatoria. Con proveído del siete de diciembre se reexaminó su situación procesal, habiendo decidido el Juez Primero de Orden Público de Bogotá abstenerse de revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva que ya se había decretado en su contra. En el mismo auto el funcionario judicial negó la revocatoria de las medidas de aseguramiento que había pronunciado en contra de Luis Alfredo Rubio Rojas, Fidel Antonio Castaño Gil, Gonzalo Rodríguez Gacha, y Adán Rojas Ospina. Por otra parte, revocó las medidas de aseguramiento que se habían ordenado en contra de Pedro Vicente Bermúdez Lozano, Luis Felipe Becerra Bohórquez y Félix Antonio Ochoa Ruiz, no concedió la cesación de procedimiento que se había impetrado a favor de los acusados José Ramiro Lagos, Félix Antonio Ochoa Ruiz

y Luis Felipe Becerra Bohórquez, y ordenó la práctica de algunas diligencias.

"En auto de diecisiete de agosto de mil novecientos noventa el Tribunal Superior de Orden Público se abstuvo de conocer del recurso de apelación contra la providencia en lo que hace relación a la negativa de revocatoria de la medida de aseguramiento proferida contra Castaño Gil, Rubio Rojas, Adán Rojas, Rodríguez Gacha y Giraldo Serna, al paso que revocó la decisión en lo concerniente a Bermúdez Lozano, Becerra Bohórquez y Ochoa Ruiz, para quienes dejó vigente la medida de aseguramiento que se había proferido.

"El defensor de Giraldo Serna, interpuso entonces recurso de apelación contra la decisión anterior, el cual le fuera concedido en su oportunidad.

"Acreditada procesalmente la muerte de Gonzalo Rodríguez Gacha, el Juzgado instructor declaró la extinción de la acción penal en su contra, en auto calendado el doce de marzo de mil novecientos noventa.

"Ante nueva solicitud de su defensor, el Juzgado Primero de Orden Público de Bogotá se abstuvo de revocar la medida de aseguramiento que pesaba en contra de Hernán Giraldo Serna, mediante providencia del cuatro de junio de mil novecientos noventa, decisión que fue recurrida en reposición y subsidiariamente en apelación. La primera impugnación fue negada el veintisiete de junio siguiente, y el recurso de alzada fue concedido en esa misma fecha.

"Con providencia del seis de septiembre de mil novecientos noventa el Tribunal Superior de Orden Público revocó el auto de fecha 27 de junio del mismo año en la cual se había negado la libertad provisional de Hernán Giraldo Serna y, en su lugar, otorgó al procesado el derecho a su excarcelación, previa la constitución de caución prendaria.

"Con auto del veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa el Juzgado Primero de Orden Público de Bogotá ordenó que se corriera traslado para alegar, alternativamente, al Ministerio Público primero y a la defensa posteriormente, decisón cuya reposición fue negada en provcído del siete de septiembre de mil novecientos noventa.

"El auto mediante el cual se corrió traslado para alegar fue notificado personalmente al agente del Ministerio Público, a los procesados Hernán Giraldo Serna y Ricardo Rayo, a los defensores Luis Orlando Forero, Carlos Mejía Gutiérrez, Gonzalo Merchán Espinel, Edgar Lombana Trujillo, Farid E.

Tapias Pérez, Camilo Torres Góngora, Rodrigo Antonio de Jesús Mesa Restrepo, Guillermo León Londoño y Raúl Quintero González, y a los demás sujetos procesales mediante anotación en estado.

"Durante el término de traslado presentaron sus alegaciones de fondo el agente especial del Ministerio Público y los defensores de los procesados Luis Alfredo Rubio Rojas, Adán Rojas Ospina, Gonzalo Pérez y Henry de Jesús Pérez, Hernán Giraldo Serna, Luis Felipe Becerra Bohórquez, Félix Antonio Ochoa Ruiz, José Ramiro Lagos Aranda y Pedro Vicente Bermúdez Lozano.

"Por virtud de lo dispuesto en el Decreto 2790 de 1990, el proceso pasó a la Dirección Seccional de Orden Público de la ciudad de Bogotá, de donde fue remitido al Juzgado 92 de conocimiento de Orden Público, Seccional Bogotá.

"Ante este último funcionario se planteó por la Décima Brigada, Comando de Puesto de Mando Adelantado, quien actuaba como juez de primera instancia, colisión positiva de competencias en relación con los miembros del Ejército Nacional vinculados a la actuación. El funcionario incitado, en providencia del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y uno desatendió las razones del colisionante, por lo que el expediente pasó al Tribunal Disciplinario que en auto del tres de mayo siguiente dispuso asignar al Comando de la Décima Brigada Aerotransportada del Ejército con sede en El Bagre, el conocimiento del proceso en relación con los señores Luis Felipe Becerra Bermúdez, Pedro Vicente Bermúdez Lozano, Félix Antonio Ochoa Ruiz y José Ramiro Lagos Aranda, todos ellos pertenecientes al Ejército Nacional.

"El diecisiete de junio de mil novecientos noventa y uno el Juzgado de conocimiento de Orden Público dictó sentencia de primera instancia, en la cual condenó:

"a) A Ricardo Rayo a la pena principal de treinta años de prisión, multa de cincuenta salarios mínimos mensuales y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor de los delitos de homicidio con fines terroristas y terrorismo;

"b) A Mario Zuluaga Espinel, a la pena principal de treinta años de prisión, multa de doscientos salarios mínimos mensuales y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor de los delitos de homicidio con fines terroristas y terrorismo, quien fuera también absuelto por el delito de concierto para delinquir;

"c) A Víctor Hugo Martínez Barragán y Mario Usuga Góez, a la pena principal de veinte años de prisión, multa de cincuenta salarios mínimos mensuales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autores del delito de homicidio con fines terroristas, habiéndolos absuelto por el delito de hurto calificado y agravado;

"d) A Víctor Suárez Sánchez, a la pena principal de veintidós años de prisión y multa de cincuenta salarios mínimos mensuales, como autor de los delitos de homicidio con fines terroristas y porte ilegal de armas;

"e) A Luis Alfredo Rubio Rojas, Henry Pérez Morales (según se aclaró en providencia del cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y uno), Marcelo de Jesús Pérez, Gonzalo Pérez, Fidel Antonio Castaño Gil, Adán Rojas Ospina, Hernán Giraldo Serna y Reinel Rojas, a la pena de veinte años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por idéntico plazo, como autores del delito de concierto para delinquir, habiéndolos absuelto por el delito de homicidio con fines terroristas.

"Por otra parte, se decretó también la absolución a favor de los procesados Ismael Quintero o Ismael Ramos, César Cura de Moya, Marco Fidel Mendieta y Pablo Escobar Gaviria.

"El procesado Fidel Castaño Gil confirió poder a un nuevo defensor, quien hizo presentación del escrito el día veinticinco de junio de mil novecientos noventa y uno ante autoridad notarial de Medellín, habiéndosele autorizado para actuar a partir del día siguiente cuando el Juzgado de Orden Público le reconoció la personería para ello. El nuevo defensor presentó entonces copia del registro de defunción del abogado Gonzalo Merchán Espinel, ocurrida el 3 de noviembre de mil novecientos noventa y solicitó la declaratoria de la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó correr traslado para alegar, bajo el argumento de que su protegido Castaño Gil careció de defensa en esa etapa.

"En proveído del nueve de julio de mil novecientos noventa y uno el Juzgado de conocimiento de Orden Público de Bogotá se negó a declarar la nulidad solicitada.

"La sentencia de primera (sic) fue apelada y el expediente pasó al Tribunal Superior de Orden Público que en fallo del treinta de enero de mil novecientos noventa y dos le introdujo las siguientes modificaciones:

"a) Dejó sin efecto la condena proferida en contra de Ricardo Rayo y Mario Zuluaga Espinel por el delito de terrorismo y los condenó a purgar la pena de veintisiete años de prisión y las accesorias por el máximo que fija la ley, como responsable del delito de homicidio con fines terroristas;

"b) Modificó las penas impuestas a Víctor Hugo Martínez Barragán y Mario Usuga Góez, a quienes condenó a pagar la principal de veintisiete años de prisión y las accesorias por el máximo término que fija la ley;

"c) Revocó el punto cuatro de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a Víctor Suárez Sánchez;

"d) Revocó el punto quinto de la sentencia, en relación con los procesados Gonzalo, Marcelo y Henry Pérez, a quienes cesó procedimiento por haberse acreditado su muerte. Modificó en este mismo punto la pena impuesta a Luis Alfredo Rubio Rojas, a quien señaló la principal de doce años de prisión como cómplice del delito de concierto para delinquir y las accesorias por igual término. Anuló la sentencia en relación con el inculpado Reinaldo Rojas a partir del auto que ordenó el traslado a las partes para alegar, y lo referente a la absolución que se pronunció a favor de los procesados Luis Alfredo Rubio Rojas, Fidel Castaño, Hernán Giraldo y Adán Rojas por el delito de homicidio con fines terroristas, por no haber sido vinculados por estos hechos, y determinó que las penas accesorias correspondientes a ellos lo son por el máximo término que fija la ley;

"e) Decretó la nulidad parcial de la sentencia en lo que atañe a la absolución proferida a favor de Ismael Quintero Ramos y Pablo Escobar Gaviria, a partir del auto que dispuso el traslado a las partes para presentar sus alegatos, disponiendo la remisión de lo actuado a la Dirección Seccional de Orden Público de Medellín para que allí se tramite lo pertinente en razón al sometimiento a la justicia que hiciera Escobar Gaviria;

"f) Modificó el punto séptimo de la sentencia aclarando que Víctor Suárez Sánchez, en razón a la absolución pronunciada a su favor, no puede ser condenado al pago de perjuicios;

"g) Ordenó la compulsa de copias para la averiguación de un delito de terrorismo, para que se vincule a Ricardo Rayo, Víctor Hugo Martínez Barragán y Mario Usuga Góez a un punible de concierto para delinquir y para la averiguación de otros partícipes del hecho.

"Confirmó en lo demás la sentencia de primer grado".

Demandas de casación:

En el orden en que fueron presentadas, se reseñarán las demandas y los cargos formulados a la sentencia impugnada.

1. Demanda a nombre del procesado Luis Alfredo Rubio Rojas.

Primer cargo: Nulidad del juicio por violación del derecho a la defensa, reproche que el libelista fundamenta en las siguientes consideraciones:

a) Como quiera que no se interrogó al sindicado Luis Alfredo Rubio Rojas si era "instigador, cooperador, socio, promotor, dirigente, etc." de un grupo de sicarios o de una organización terrorista ni sobre la existencia de un concierto para delinquir "quiénes lo componen, cuáles sus objetivos, si él es miembro, dirigente o cooperador, si tiene ánimo terrorista y si él comparte tal ideología"; la diligencia de indagatoria que adolece de tales omisiones o vacíos es deficiente en grado sumo "y con ello se coartó severamente el derecho de defensa, pues no hay la menor duda que esta pieza es fundamental para el adecuado ejercicio de esa garantía";

b) Los hechos sobre los cuales se dedujo la participación del procesado Rubio Rojas y que a la postre le significaron una sentencia de condena, fueron variando durante el proceso a capricho y voluntad del juzgador pues al momento de su vinculación le endilgó una "instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas"; al definirle la situación jurídica le atribuyó una complicidad en el concierto para delinquir y en la sentencia de primera instancia lo condenó como "autor" de dicho concierto:

> "Es tanta la vaguedad e imprecisión —agrega— que se vincula al proceso por instigar el ingreso terrorista, se le detiene por cómplice, se le condena en primera instancia como autor del concierto y se le absuelve por el homicidio con fines terroristas (sin que tal cargo se le haya hecho jamás) y, además, en la parte motiva de tal proveído se le imputa 'concierto para delinquir en concurso heterogéneo de hechos punibles con el delito de terrorismo' (fl. 289).
>
> "Por otra parte, la defensa aún ignora si el 'concierto para delinquir' es ACDEGAM como parece darlo a entender la sentencia de segunda instancia, o si es el MAS como lo dice la de primera o si es otro grupo que aún desconocemos";

c) No fue posible controvertir la principal prueba de cargo con lo que se afectó el derecho a la defensa puesto que el funcionario instructor accedió a decretar la ampliación de los testimonios de los

hermanos Betancur Ortiz (Eucaris de Jesús y Jesús Aníbal) en momentos en que se ignoraba su paradero o la nueva identidad de los deponentes impidiéndose de tal modo su recaudo.

Si dichos testimonios hubiesen sido confrontados no habrían servido de sustento ni siquiera a un auto de detención;

d) "El pliego de cargos es vacío, confuso y vago, lo cual afectó gravemente el derecho de defensa" porque el auto de detención proferido en contra de Rubio Rojas, asimilado a la providencia enjuiciatoria, no precisa o discriminada el nombre de sus acusadores, ni el por qué de sus afirmaciones ni menciona las pruebas que obran en su contra; vicios de los cuales se resiente la sentencia de primera instancia, cuyo texto "no permite dilucidar en qué hechos o circunstancias específicas se basó el juez de primera instancia para condenar al señor Luis Alfredo Rubio Rojas. Una vaguedad tal impide una eficiente y técnica defensa".

Solicita la nulidad del proceso a partir del auto de detención inclusive.

Segundo cargo: Nulidad del juicio por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso, entre las que señala la deficiente motivación de la sentencia impugnada en tema relacionado con la dosificación de la pena impuesta al recurrente Rubio Rojas, cargo planteado como subsidiario del anterior de acuerdo a la orientación del Nuevo Código de Procedimiento Penal en esta materia.

Afirma el censor que la sentencia de primera instancia que condenó a Rubio Rojas a veinte años de prisión como autor del punible de concierto para delinquir, como la de segundo grado que lo sancionó con doce años de prisión como cómplice de dicho delito no indican los motivos o criterios tenidos en cuenta por los falladores para individualizar la pena imponible "lo que está indicando la penuria e insuficiencia en su motivación".

Y como en la sentencia reprochada no se le imputa al acusado ser promotor, cabeza o dirigente de un grupo de sicarios o terroristas, sino que simplemente se habla de "su vinculación a esos grupos, debe entenderse que la agravante contemplada en el inciso segundo del artículo 7º del Decreto 180 de 1988 fue desechada por lo que para la dosificación de la pena a imponer debe partirse del mínimo de 10 años de prisión, contemplado para el concierto simple, por no concurrir ninguna circunstancia genérica de agravación punitiva, mínimo que deberá disminuirse de una sexta parte a la mitad, por razón de la complicidad, lo que daría una pena de 5 años de prisión".

Solicita a la Corte casar la sentencia invalidándola parcialmente en lo concerniente a la dosificación de la pena "para motivarla adecuadamente y reducir la sanción impuesta", al topo indicado.

Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial "por haberse incurrido en error de derecho al dársele a la prueba un valor que no tiene, lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 7º del Decreto 180 de 1988".

Aduce el impugnador que los hechos tenidos como soporte de la sentencia de condena consistentes en haber sido Rubio Rojas ideólogo de la organización delictiva; mantener estrechas relaciones de amistad con los hermanos Pérez, ser miembro de la junta directiva de ACDEGAM (Asociación Campesina de Ganaderos del Magdalena Medio) que patrocinó su candidatura para la Alcaldía de Puerto Boyacá y, haber sido liberado después de su captura por un grupo paramilitar, son circunstancias que sometidas a la sana crítica no permiten fundamentar un juicio de responsabilidad como cómplice del delito de concierto para delinquir.

Replica en efecto, que ser ideólogo de ACDEGAM carece de connotación penal porque esta asociación goza de personería jurídica como organización de ayuda a los campesinos de la región; que la amistad con algunos de los cosindicados no puede tenerse como prueba de responsabilidad porque a nadie se le puede sancionar por tener relaciones con supuestos delincuentes; que no existe prueba de que ACDEGAM hubiese patrocinado la candidatura de Rubio Rojas a la Alcaldía de Puerto Boyacá y que de ser cierto, nada de malo tendría y que no pasa de ser una conjetura que la liberación se atribuye a un porte ilegal de armas, delito por el que posteriormente fue absuelto y que no pasa de ser una conjetura que la liberación se atribuya a un grupo terrorista.

Expresa que en el caso *sub judice* se incurrió en "un yerro tan manifiesto y ostensible que no podemos menos que afirmar que el juzgador de instancia apreció equivocadamente la prueba y, por ende, ha debido llegar a la conclusión de que no se daba la certeza para fulminar fallo condenatorio en contra del señor Rubio", no sin antes haber pregonado la improcedencia de formular ataques a las pruebas con base en falsos juicios de convicción.

Pide la infirmación del fallo acusado para que en su lugar se absuelva al recurrente porque de las pruebas obrantes en autos no se puede predicar certeza de su responsabilidad penal.

2. Demanda a nombre del procesado Hernán Giraldo Serna.

Primer cargo: Nulidad del juicio por inobservancia del debido proceso toda vez que los dos genocidios de que da cuenta el expediente (los ocurridos el 4 de marzo de 1988 en las haciendas "La Honduras" y "La Negra" y el 11 de abril del mismo año, en "Punta Coquitos") no guardan entre sí ningún vínculo de conexidad pese a lo cual fueron investigados y fallados bajo la misma cuerda.

Arguye el demandante que la similitud en el *modus operandi* de ambas masacres no es suficiente para haberles impreso el mismo trámite "sin hallarse visible u oculta la ligazón o nexo indispensable para su adelantamiento de un solo proceso como lo disponía el artículo 84 del Decreto 050 de 1987 o artículo 87 de la codificación procesal actual. La sola afirmación de que hablan los funcionarios consistente en que los hechos punibles fueron similares, no es suficiente para el trámite unificado".

Agrega que sin hallarse comprobado que su patrocinado Hernán Giraldo Serna "hubiese integrado un grupo de sicarios con fines proditorios, pero lo cierto es que, a *contrario sensu*, sí se ha disminuido la posibilidad de una defensa material y técnica porque sin existir la unidad procesal y así se ha diligenciado por los funcionarios investigadores y los de conocimiento. Por haberse seguido un mecanismo procesal indebido se han afectado las garantías constitucionales en lo atinente a una adecuada defensa de sus intereses".

Segundo cargo: Error de hecho manifiesto por falso juicio de existencia al no tenerse en cuenta los testimonios rendidos por Ricardo Beltrán, Francisco Antonio Coronado Jiménez, Juval Beltrán Luque, Anselmo Niño Lenis, Manuel del Cristo Piñeros, Hércules Bayona Carrascal, Amed Zawdy Leal y César Antonio Rovira; declaraciones conforme a las cuales resulta probado que Hernán Giraldo Serna "reside en su predio desde hace varios años entregado a las faenas del agro" y que de haber sido apreciadas por los juzgadores los hubiera llevado a definir el proceso con sentencia absolutoria.

Dice el recurrente que su representado formó parte de un movimiento regional orientado a fines comunitarios de interés veredal; pero en ningún caso se dedicó a actividades proclives.

Tercer cargo: Error de hecho manifiesto por no haberse tenido en cuenta la indagatoria rendida por Eulises Barreto Zuleta, cuya copia autenticada fue remitida por el Juez de Orden Público de Montería a su homólogo de Bogotá; diligencia en la que el citado indagatoriado se retractó de las incriminaciones hechas contra Hernán Giraldo Serna negando haberlas formulado.

Los juzgadores de instancia pasaron por alto la retractación del testigo de cargo y por el contrario, apoyaron la condena del acusado en las inculpaciones de dicho deponente.

El sentenciador de segundo grado "incurrió en un clásico error de hecho cuando desconoció el contenido de la indagatoria de Eulises Barreto Zuleta, o mejor, ignoró la existencia de una probanza que de haber sido sopesada por el honorable Tribunal, la sentencia se hubiese proferido en forma distinta a la condena. Se produjo, entonces, un *falso juicio de existencia*, sin explicaciones de ninguna especie".

3. Demanda a nombre del procesado Adán Rojas Ospina.

Primer cargo: Nulidad del juicio por haberse incurrido en irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso y conculcaron el derecho a la defensa del procesado.

Afirma el libelista que el Juzgado Primero de Orden Público de Bogotá, mediante providencia del 31 de agosto de 1988 decretó la detención precautelar, entre otros, de Adán Rojas Ospina y Hernán Giraldo Serna como autores del delito de concierto para delinquir; medida cuya revocatoria solicitó el defensor del último de los nombrados, siendo denegada por auto del 7 de diciembre de 1989 contra el cual interpuso recurso de apelación.

Solamente hasta el 17 de agosto de 1990 el Tribunal Superior de Orden Público se pronunció al respecto absteniéndose de conocer de la apelación interpuesta aduciendo que no ha debido imprimírsele a ésta el trámite previsto para la revocatoria del auto de detención que exigía prueba posterior sobreviniente conforme al artículo 436 del anterior Código de Procedimiento Penal, situación que no se daba en el caso de autos.

Pero antes de dicho pronunciamiento el defensor de Giraldo Serna había pedido por segunda vez la revocación de la medida de aseguramiento con base en las pruebas practicadas durante el interregno; petición negada por el Juzgado en auto del 4 de junio de 1990 contra el que interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior.

Mientras tanto, el 27 de junio de 1990 el Juzgado Primero de Orden Público de Bogotá, había negado la libertad provisional del detenido Hernán Giraldo Serna solicitada por su defensor, con fundamento en el artículo 45 del Decreto 180 de 1988 que prohíbe la excarcelación en delitos de competencia de la Jurisdicción de Orden Público, pronunciamiento igualmente recurrido en apelación.

Mediante providencia del 6 de septiembre de 1990 el Tribunal Superior revocó el auto apelado de fecha 27 de junio concediéndole al procesado Giraldo Serna el beneficio de libertad provisional y en las motivaciones de la misma, se abstuvo de pronunciarse sobre la revocación del auto de detención por las razones consignadas en decisión del 17 de agosto de 1990, esto es, por la improcedencia del recurso interpuesto.

De la anterior reseña fáctica colige el censor la violación del debido proceso y el consecuente desconocimiento del derecho de defensa porque el Tribunal Superior de Orden Público (hoy Tribunal Nacional) no tuvo en cuenta las pruebas practicadas en la ciudad de Santa Marta, sobrevinientes a la medida cautelar, y respecto a las cuales se fundamentó la petición de revocación del auto detentorio que pesaba sobre Giraldo Serna.

Segundo cargo: Error de hecho manifiesto por falso juicio de existencia porque el Tribunal sentenciador desconoció un testimonio plural conformado por dieciséis declarantes, cuyos nombres menciona, y conforme al cual resulta comprobada la buena conducta familiar y social del condenado Adán Rojas Ospina, honrado trabajador dedicado a la conservación y producción de unos predios ubicados en la zona de la Sierra Nevada de Santa Marta, siendo mentira que comandara o dirigiera grupos armados en dicha región o en sus alrededores, en compañía del cosindicado Hernán Giraldo Serna.

De haberse apreciado dichos testimonios la decisión a tomar hubiese sido una absolución en favor de Rojas Ospina; pero como tal cosa no ocurrió se quebrantaron disposiciones procedimentales atinentes a la credibilidad del testimonio y a los requisitos para dictar sentencia de condena.

4. Demanda a nombre del procesado Fidel Antonio Castaño Gil.

Primer cargo: Nulidad del juicio por haberse incurrido en irregularidad sustancial que afectó el debido proceso consistente en no haberse presentado alegato de conclusión a nombre del procesado Castaño Gil con lo que se le privó de la oportunidad de rebatir las acusaciones presentadas en su contra y ejercitar a cabalidad su defensa.

El recurrente después de referirse a la importancia que registra el alegato de fondo de la defensa en un procedimiento tan especial y sumario y de garantías tan recortadas como el establecido en el Decreto 180 de 1988 (Estatuto para la Defensa de la Democracia), equiparándolo a la intervención oral del defensor durante la audiencia pública y de cuya "existencia efectiva depende que se establezca un verdadero y propio contradictorio *sui generis* del que no puede a su amaño prescindir el juzgador", argumenta en lo pertinente:

> "Estructural y sustancialmente, se repite, ese alegato equivalente, en este procedimiento especialísimo y excepcionalísimo, al momento del uso de la palabra en el debate del juicio oral o de la presentación del escrito de defensa en el juicio escrito. Sin él, en todo caso, no hay contradicción y por lo mismo no hay, en suma y en definitiva, derecho efectivo y cierto de defensa ni, por tanto, debido proceso. Al validar el procedimiento sin haber dado siquiera la oportunidad real de presentar el escrito porque el defensor había muerto y porque el juzgador no cumplió con su obligación de requerirlo para cumplir con su deber, requerimiento con el que forzosamente el juzgador se hubiera enterado de la muerte del defensor y por tanto del verdadero motivo para que, habiendo demostrado con antelación tanta acuciosidad, no hubiera hecho uso de tan importante derecho".

Agrega que si el hecho de la muerte del defensor de Castaño Gil: "Sólo vino a ser conocido procesalmente después que el Juzgado profirió su fallo condenatorio, es lo cierto que el juzgador ha podido y también debido enterarse de ello haciendo uso de su poder-deber legal de requerir al defensor para que cumpliera con tan elemental, imprescindible e irrenunciable deber, pues lo cierto es que él no podía fallar en derecho sin haberse ejercido previamente la defensa en ese justo momento del decurso de la actuación procesal, pues este ejercicio era una forma esencial del juicio y un momento *sine qua non* del especial y precario contradictorio que la ley de excepción establece en el procedimiento sumario del Decreto 180 citado".

Castaño Gil no tuvo una real oportunidad de controvertir la acusación por lo que se le privó del derecho elemental de ejercitar su defensa, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de procesado ausente; pretermisión que no puede convalidarse con la posterior impugnación de la sentencia porque en todo caso se dejaron de oír las argumentaciones de la defensa antes de las emisión del fallo de condena.

Segundo cargo: Nulidad del juicio por violación del derecho a la defensa del procesado Castaño Gil por haberse prescindido arbitrariamente de la intervención escrita o alegato de su defensor, previo a la sentencia, con lo que resultó condenado sin haber sido oído en juicio.

Este reproche puede considerarse como complemento del anterior porque en su desarrollo y fundamentación se parte del mismo supuesto fáctico y se esbozan similares o parecidas argumentaciones para solicitar la invalidez del proceso por quebranto del derecho a la defensa ampliándose en el sentido de criticar acerbamente las razones expuestas por el Tribunal Nacional para denegar la nulidad reclamada por la defensa con base en la misma informalidad aducida como soporte de este cargo.

Tercer cargo: Nulidad del juicio por haberse incurrido en irregularidad sustancial que afectó el debido proceso y conculcó el derecho a la defensa puesto que Castaño Gil fue condenado "por un delito distinto de aquél por el que fue vinculado con emplazamiento y distinto de los delitos que en el proceso se venían investigando, desprovisto además de toda relación de conexidad con los que constituían el objeto del proceso".

Argumenta el actor que su patrocinado fue vinculado al proceso por cargos concernientes a varios homicidios y sentenciado por el delito de concierto para delinquir, hechos punibles que no guardan entre sí ningún vínculo de conexidad por lo que aquellos como éste debieron ser investigados y fallados bajo cuerdas separadas; sin embargo, el Tribunal Superior de Orden Público no procedió así sino que al anular la absolución decretada por el juez de primera instancia, respecto a

los homicidios imputados, ordenó compulsar copias de lo pertinente a fin de que fueran investigados por aparte.

"Esto podría llamarse —agrega— vulgarmente hablando, 'conejo procesal', pues el proceso comienza con un cargo que finalmente se escabulle y remite a otro proceso y termina con una condena por delito que no era objeto del proceso y que desde el principio ha debido rituarse en otro proceso".

La presente actuación debió circunscribirse a la investigación y fallo de los homicidios porque en ningún momento el cargo de "concierto para delinquir" se ha presentado o sugerido como conexo con aquellos por lo que "cuando la situación jurídica de un procesado se resuelve y la sentencia se pronuncia por un cargo distinto al formulado en la vinculación y distinto igualmente a los hechos que se vienen investigando en el proceso, quiere decir que se ha roto el esquema fundamental del debido proceso y traspasado arbitrariamente su fin, dando lugar a la intromisión de cargos inconexos y sorpresivos que infringen el mínimo absoluto de orden procesal que se requiere para que pueda hablarse de un (debido proceso) legal".

Termina solicitando casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de la actuación a partir del auto de cierre de la investigación inclusive, si se declaran probados los dos primeros cargos o cualquiera de ellos, y de todo el proceso, en el evento de prosperar el tercer cargo.

5. *Demanda a nombre del procesado Ricardo Rayo.*

Primer cargo: Nulidad del juicio por violación del derecho a la defensa toda vez que el procesado Ricardo Rayo no contó con adecuada y técnica defensa que lo hubiera asistido a lo largo del proceso recordando la frase "donde hay indefensión hay nulidad", lo mismo que la consagración de esta garantía procesal de raigambre constitucional en los modernos estatutos procedimentales penales mencionando los casos en los que procede la invalidez de lo actuado por desconocimiento de esta prerrogativa.

Concretando los hechos en que funda la impugnación afirma en síntesis, el censor, que habiéndose corrido el traslado a las partes para alegar de conclusión, única oportunidad para el cabal ejercicio de una defensa técnica o letrada dentro del excepcional y sumario procedimiento contemplado en el Decreto legislativo 180 de 1988; sin embargo, no se presentó alegación alguna en su favor con lo que se patentizó el quebranto de este insoslayable derecho a la defensa del procesado, máxime que éste, por sus limitaciones intelectuales tampoco alegó en su favor.

Pide en consecuencia la invalidación del proceso a partir del cierre de la investigación y la reposición de lo actuado conforme a derecho.

Segundo cargo: Nulidad del juicio por la comprobada existencia de una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso.

Explica el demandante que antes de proferirse sentencia de primera instancia por parte del Juzgado de Orden Público entró a regir el Decreto legislativo 2790 de 1990 por el cual se expidió el Estatuto para la Defensa de la Justicia, reformado por el 099 de 1991, convertido en legislación permanente, que en sus artículos 39 y siguientes consagró un rito procesal similar al del procedimiento ordinario permitiendo la calificación del sumario seguida del cierre de la investigación, la apertura del juicio a pruebas y del traslado final a las partes para alegar de conclusión; normatividad jurídica que por su inocultable favorabilidad al sindicado debió aplicarse de preferencia a la restrictiva o desfavorable establecida en el Decreto 180 de 1988 que ignorando tales prerrogativas imponía el proferimiento de sentencia luego de surtido el traslado a las partes para alegato final.

Recordando que el principio rector de favorabilidad de la ley penal es de consagración constitucional y legal, expresa que el Decreto 2790 "reclamaba aplicación inmediata, habida consideración del principio de favorabilidad expuesto antes", como de las prescripciones del artículo 40 de la Ley 153 de 1987, según el cual "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Es decir, no habiéndose dictado sentencia, era forzoso dar aplicación al Estatuto para la Defensa de la Justicia, puesto que representa un enjuiciamiento más humano, menos breve y sumario, amplificador de la defensa y protectorio de las garantías de los incriminados".

Plantea además como irregularidad sustancial violatoria del debido proceso la que parece darse a entender como la ruptura de la unión procesal por la concurrencia de dos circunstancias que afectaron los intereses de su cliente: No haberse investigado las masacres iniciales de las fincas "La Honduras" y "La Negra" con la de "Punta Coquitos" bajo la misma cuerda "en consideración a la comunidad de pruebas, identidad de procesados, carácter teleológico de las ilicitudes que fueron guiadas por fines paramilitares" y haberse posibilitado el juzgamiento de los militares vinculados a los sangrientos hechos por cortes marciales a consecuencia de una errónea interpretación del artículo 170 de la anterior Constitución Nacional, cuando es lo cierto que el personal de las Fuerzas Armadas actuó por fuera del servicio.

Tercer cargo: Nulidad del juicio por falta de competencia del Juzgado de Orden Público que conoció el proceso.

Afirma el impugnador que habiendo sido vinculado al proceso en calidad de sindicado ausente el señor Pablo Emilio Escobar Gaviria,

quien como es de público conocimiento se acogió a los beneficios otorgados por los decretos de sometimiento a la justicia (2047, 2147, 2372 y 3030 de 1990 y 303 de 1991), "el sentenciador de primera instancia estaba en la obligación legal de desprenderse del conocimiento del negocio de la referencia, para remitirlo perentoriamente al juez" de que trata el artículo 7º del Decreto 3030 cuyo texto transcribe; esto es, el Regional de Medellín y como tal cosa no se hizo, se incurrió en la nulidad contemplada en el numeral 1º del artículo 305 del C. de P. P., como en su oportunidad lo entendió el magistrado que salvó voto.

Agrega que a pesar de que su representado "no tiene la calidad de confeso, su calidad de coautor o partícipe en los ilícitos investigados donde el confeso estaba vinculado, implicaba consecuencialmente que en los términos del artículo 7º su situación procesal corriera la suerte y el trámite especial que correspondía a Escobar Gaviria".

Solicita que la Corte declare las nulidades planteadas e indique en qué estado queda el proceso.

El Ministerio Público:

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, examina en orden lógico y prioritario los diversos cargos formulados a la sentencia impugnada por los cinco recurrentes, comenzando por aquellos que tienen una mayor cobertura invalidante para terminar con los relativos a yerros de apreciación probatoria concluyendo que ninguno de ellos está llamado a prosperar por las razones que aduce en ponderado y meritorio concepto al que forzosamente se remitirá la Sala en sus apreciaciones.

Consideraciones de la Corte:

En el orden indicado estudiará la Corte los diferentes reparos a la sentencia acusada principiando por los planteados bajo el ámbito de la causal tercera de casación.

CAUSAL TERCERA DE CASACION.

Nulidades propuestas.

1º Primer cargo de la demanda de Hernán Giraldo Serna.

Mediante este cargo se busca la nulidad de lo actuado a partir del auto que dispuso la tramitación conjunta de los procesos adelantados por las masacres de las fincas de "La Honduras" y "La Negra" con la de "Punta Coquitos" porque en opinión del demandante los hechos acaecidos el 4 de marzo de 1988 no guardan ninguna relación o vínculo de conexidad con los sucedidos el 11 de abril del mismo año, procu-

rando de tal modo la ruptura de la unidad procesal a fin de que se investiguen y fallen en forma separada.

Es verdad, como lo recuerda la Procuraduría Delegada, que al momento de ordenarse la tramitación conjunta de los diversos genocidios no existía la absoluta certeza de su conexidad sustancial; sin embargo, no se remite a dudas que de las prolijas averiguaciones realizadas por un grupo de jueces de Orden Público y especialmente, de los informes de inteligencia allegados por el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", a los que la ley de excepción les atribuye significativo valor, resultaba atendible que tales matanzas por la similitud en sus procedimientos de barbarie, por la zona geográfica en que se perpetraron (Urabá Antioqueño) y por la identidad de las víctimas: Trabajadores sindicalizados al servicio de fincas bananeras o invasores de tierras, todos ellos asimilados a militantes o simpatizantes de grupos guerrilleros que operaban en la zona; obedecían al mismo plan de exterminio ideado o dirigido por varias personas en concurso o cooperación entre ellas, circunstancias estas que valoradas en conjunto aconsejaban la tramitación unificada de las investigaciones, como lo entendieron los coordinadores de dichas unidades investigativas que así procedieron.

Razones de punibilidad fundadas en criterios de humanidad y política criminal, admitidos legislativa o doctrinariamente, propician la investigación y fallo de delitos conexos bajo la misma cuerda para precaver la acumulación aritmética de penas en el evento de investigaciones separadas; unificación condicionada al oportuno conocimiento que los distintos despachos judiciales lleguen a tener de los diversos procesos que en un momento dado se adelanten contra uno o varios individuos.

La unidad procesal depende de la prueba existente y del criterio racional del funcionario que afirma o niega su existencia; de manera que su aceptación o rechazo no está elevada a la categoría de nulidad, siempre que no afecte las garantías constitucionales.

Si la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad a condición de que no se afecten las garantías fundamentales (inciso final del art. 88 del C. de P. P.); no se ve de qué manera la investigación y fallo de hechos objetivamente entrelazados puede dar lugar a la invalidez del proceso, cuando es lo cierto que con tal proceder no se vio expuesto el procesado Giraldo Serna a una condenación mayor de la que le correspondía, ni se le cercenaron las garantías fundamentales inherentes a su defensa, situación esta última descartada por la Procuraduría Delegada al expresar que "durante toda la actuación el sindicado y su defensor pudieron ejercer claramente su derecho, sin confusiones o subterfugios y lejos de verse involucrados en situaciones complejas, bien han podido aprovechar el trámite conjunto de las acciones para el planteamiento de alegaciones que de otra forma no podrían hacer,

pretendiendo siempre tomar ventajas de la investigación conjunta. Es esta una realidad material imposible de desconocer y que reportó mayores garantías a los procesados".

En la comisión de los hechos punibles objeto de indagación, a excepción de los militares sindicados cuyo juzgamiento está atribuido a una jurisdicción especial, el procedimiento a seguir era el mismo para todos, razón de más para pensar que la separación de las investigaciones lejos de favorecer al recurrente, lo hubiera expuesto eventualmente a los rigores de una doble incriminación.

Y en el supuesto de que el adelantamiento de un solo proceso constituyera irregularidad reprochable, ella no generaría la nulidad reclamada porque la actuación, como dijo la Procuraduría Delegada "se adelantó por funcionario competente y dentro de los ritos previstos en la legislación especial para el trámite de los asuntos asignados a la Jurisdicción de Orden Público; si alguna irregularidad se presentó, no puede ser otra que el adelantamiento de un solo proceso cuando se imponía la separación de las actuaciones, defecto de procedimiento que en nada afectó las garantías de los vinculados a la investigación ni desestructuró las bases mismas del juzgamiento o contrarió las competencias legalmente definidas, razón por la cual tal anomalía no alcanza a configurar causal alguna de anulación del proceso".

No prospera el cargo formulado.

2: Tercer cargo de la demanda de Fidel Castaño Gil.

Persigue la nulidad de la actuación a partir de la vinculación al proceso del sindicado Fidel Castaño Gil por haber sido condenado por delito diverso de aquél por el que fue procesado o por los que fueron objeto de investigación; reproche francamente infundado como acertadamente advierte la Procuraduría Delegada pues si se tiene en cuenta que a Castaño Gil se le definió su situación jurídica por el Juzgado Segundo de Orden Público con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautor, junto con otros inculpados, del delito de concierto para delinquir (auto del 31 de agosto de 1988), se le condenó en primera instancia por el delito de concierto para delinquir (sentencia de junio 17 de 1991); fallo confirmado por el Tribunal Superior de Orden Público mediante el suyo del 30 de enero de 1992, resulta palmar que la imputación formulada en su contra por este específico delito no sufrió modificación alguna en las decisiones jurisdiccionales que constituyen la armazón del excepcional y restrictivo procedimiento establecido en el Decreto 180 de 1988 sino que, por el contrario, se mantuvo uniforme y coherente.

De la armonía y concordancia que fluye de dichos actos procesales en lo tocante a la denominación del delito imputado, la claridad y precisión de sus términos, no se justificaría en modo alguno la invalidez del proceso por una supuesta incongruencia entre el cargo for-

mulado y aquel por el cual fue condenado, o por haberse dificultado, limitando o entrabando el derecho a la defensa del procesado recurrente.

La vinculación procesal de Castaño Gil mediante auto del 28 de junio de 1988 proferido por el Juzgado Segundo de Orden Público, se gestó en una serie de hechos indiciarios que lo hacían aparecer como integrantes de un grupo de personas concertadas para delinquir correspondiéndole suministrar los dineros necesarios para el sostenimiento de una organización de sicarios a la cual se le atribuían las matanzas investigadas; aunque, sin determinarse su autoría material o intelectual en las mismas, y en tales términos se impartieron las órdenes de captura a las respectivas autoridades.

Mas la circunstancia de que en el edicto emplazatorio como en el auto que declaró ausente al inculpado (2 de agosto de 1988) se hubiese consignado que se le requería por los delitos de homicidio agravado en concurso "sin embargo, no impone la conclusión traída en la demanda de que Castaño Gil fue procesado por un hecho punible y condenado por otro".

Lo cierto de todo es que la unidad planteada es inconcebible toda vez que los hechos que motivaron la formación del proceso y por los cuales se resolvió la situación jurídica del sindicado ausente Castaño Gil con medida de aseguramiento, son naturalísticamente los mismos que aquellos por los que finalmente fue condenado sin que valga insistir en una aparente falta de conexidad entre el concierto para delinquir de que trata el artículo 7º del Decreto 180 de 1988 y el homicidio con fines terroristas, por las razones, expuestas en precedencia y por la circunstancia de haber sido anulada por el Tribunal Nacional la sentencia absolutoria proferida en favor de Castaño Gil respecto al cargo de homicidio con fines terroristas, precisamente, por no haber sido formalmente vinculado al proceso por tal delito disponiéndose su investigación por separado.

Delimitado claramente el ámbito entre acusación y defensa a partir del auto definitorio de la situación jurídica del ausente, doctrinariamente equiparado al pliego de cargos del procedimiento ordinario, los profesionales encargados de su defensa no podían llamarse a engaño o confusión respecto al sentido y alcance de la imputación formulada, base y sustento de la condena impugnada.

No prospera el cargo de nulidad.

3º Primer cargo de la demanda de Luis Alfredo Rubio Rojas.

Bajo diferentes facetas se aduce nulidad de la actuación por quebranto del derecho a la defensa del procesado Rubio Rojas, ninguna de las cuales genera dicho vicio, como pasa a demostrarse:

a) La circunstancia de que en la diligencia de indagatoria rendida por el sindicado Luis Alfredo Rubio Rojas en razón del delito de con-

cierto para delinquir a él imputado, no se le hubiera preguntado concretamente sobre el grado de participación en el hecho punible o sobre las circunstancias de agravación punitiva, entre otras cuestiones, podrá constituir irregularidad procedimental susceptible de enmienda posterior; pero jamás configurar nulidad por violación del derecho a la defensa sí, como en el caso de autos, el procesado o su representante legal tuvieron la ocasión de enterarse del contenido del auto del 31 de agosto de 1988 por el que el Juzgado Segundo de Orden Público definió la situación jurídica del indagado Rubio Rojas con detención preventiva como cómplice del delito de concierto para delinquir y desde entonces hasta la culminación del proceso dispusieron de todas las oportunidades y gozaron de las prerrogativas para contraprobar y replicar las conclusiones del juez.

Además, no resulta válida la afirmación del recurrente en el sentido de que la diligencia de indagatoria adoloce de las omisiones y vacíos denunciados. Por el contrario, contiene varias preguntas concebidas no en términos jurídicos o técnicos sino en un lenguaje llano y sencillo a través de las cuales se interrogó al sindicado por hechos estructurantes del delito de concierto para delinquir, en la modalidad imputada, como pone de manifiesto el Ministerio Público en su importantísimo concepto.

b) Aquí el recurrente, como su antecesor, parte del equivoco de asignarle marcada trascendencia a la denominación dada al delito en el momento de ordenarse la vinculación procesal del imputado, la que debe tenerse por eminentemente provisional y variable, en virtud de la precariedad de la prueba en que se funda.

La única calificación atendible en procesos ventilados bajo el procedimiento breve y sumario del Decreto 180 de 1988, asimilada "con largueza a la resolución de acusación" del procedimiento ordinario, aunque sin el carácter absoluto y definitivo que le atribuyen algunos demandantes es la contenida en el auto de detención, cuyos cargos deben servir de pauta o derrotero a la sentencia impidiendo que el procesado sea sorprendido con la formulación de sindicaciones desconocidas, respecto a las cuales no tuvo la oportunidad de ejercitar su derecho de réplica.

Así las cosas, resulta jurídicamente irrelevante que la vinculación al proceso de Rubio Rojas hubiera sido por el delito de instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas (art. 6º del Decreto 108) y su condenación se hubiera producido por una complicidad en el concierto para delinquir (art. 7º *ibidem*).

Pero además, la inculpación inicial, se fundamentó en precarios elementos de juicio que dieron pie al funcionario judicial para pensar en la comisión de dicha ilicitud, mientras que la imputación que pudiera tenerse como segura o definitiva sólo vino a producirse después del recaudo de abundante prueba testimonial e indiciaria; sin que la

variación de criterios en cuanto a la denominación jurídica del "mismo acontecer fáctico" pueda configurar el vicio alegado, máxime que el Tribunal Superior de Orden Público destacó la identidad de los hechos investigados al expresar:

> "La vinculación y posterior condena inferida a Rubio Rojas obedeció a los distintos informes procedentes de los organismos investigadores que lo relacionaban como el idcólogo de la organización, y por el hecho de mantener estrechas relaciones con los Pérez, por hacer parte de la junta directiva de ACDEGAM hasta el punto que la referida asociación patrocinó su candidatura a la Alcaldía de la cual resultó electo, forma esta de la que no se tienen las mejores referencias".

c) El motivo de nulidad planteado por no haberse logrado la ampliación de los testimonios de cargo rendidos por los hermanos Betancur Ortiz aparece desvirtuado por el señor Procurador Delegado mediante réplica suasoria que la Sala prohija.

Dijo sobre el particular:

> "La falta de ampliación de los testimonios, por sí misma, no genera vicio alguno. Cuando ellos son de vital importancia y su nueva recepción deviene imposible por culpa atribuible al juzgador, bien podría pensarse, en algunos casos, que se traduce en una lesión al derecho a la defensa y por consiguiente en causal de anulación de lo actuado.
>
> "Pero cuando, como en este caso, la no ampliación de las versiones surge de la fuerza misma del sistema de protección implantado que coloca en dificultades, por igual al director de la investigación y a los sujetos procesales, cuando además las originales exposiciones son puestas a consideración de los intervinientes para que éstos ejerzan la contradicción a que debe ser sometida toda prueba, y cuando la decisión de condena no ha sido cimentada exclusivamente bajo tales pruebas, no se puede admitir que se encuentre el juez de casación ante una verdadera anomalía, o de reconocerse ésta, no debe anularse lo actuado porque no se alteraron, en verdad, las bases fundamentales del juzgamiento, en razón a que la figura del testigo secreto, como sucede en el caso colombiano, ha sido declarada por la autoridad competente como compatible con la forma de estado consagrada en la Constitución Nacional y admisible dentro del procedimiento excepcional del juzgamiento de determinadas conductas, decisión que obliga a su aceptación para todos los ciudadanos".

d) Lejos está que los cargos plasmados en el auto de detención proferido contra el sindicato Luis Alfredo Rubio Rojas como cómplice del delito de concierto para delinquir adolezcan del vicio insubsanable

de la imprecisión o vaguedad que hubiese dificultado o limitado en grado sumo su defensa, pues si se lee con detenimiento la providencia del 31 de agosto de 1988 (fls. 344 y ss. c. o. número 6) mediante la cual el Juzgado Segundo de Orden Público de Bogotá definió la situación jurídica de diecisiete incriminados, entre los cuales Rubio Rojas, en ella se pregona la existencia de un grupo o asociación de sicarios que operaba libremente bajo las órdenes de los hermanos Henry, Gonzalo y Marcelo Pérez, Adán Rojas y Fidel Castaño Gil, cuyo objetivo era el exterminio de guerrilleros o colaboradores suyos y al cual se le atribuyen las masacres del Urabá Antioqueño, como un hecho real que fluye de los testimonios vertidos por Víctor Hugo Martínez, los hermanos Eucaris y Jesús Aníbal Betancur Ortiz y por Eulises Barreto Zuleta, exmilitantes de dicha organización delincuencial.

Si además se da por establecido con base en tales probanzas y otros elementos de convicción obrantes en autos, que la organización que se escondía bajo la denominación de "Asociación Campesina de Ganaderos del Magdalena Medio ACDEGAM" "cuenta con miles de hombres, posee armamento sofisticado, que ampara en las diferentes *brigadas* del Ejército del país, se desplaza en vehículos de su propiedad de contrabando, sin placas, tienen equipos de radio comunicación, vía por la cual se comunican sus miembros y tienen bases en varias regiones de la Nación, en donde entrenan durante tres meses en defensa personal, supervivencia, tiro al blanco, etc., los sicarios recién ingresados, al cabo de ese tiempo, salen a 'operar' y devengan un salario mensual; dichos sicarios son seleccionados teniendo en cuenta que se hayan visto de alguna forma perjudicados por la 'guerrilla', especialmente cuando ellos o su familia han sido víctimas de delitos cometidos por los diferentes grupos alzados en armas que operan en el país, pero una vez ingresan no pueden retirarse de la 'asociación' bajo amenazas de muerte" (fl. 345 *ibídem*). Y actuaba libremente bajo la complacencia del oficial comandante del Octavo Distrito de Policía de esa localidad y el Alcalde Municipal Luis Alfredo Rubio Rojas quienes en su condición de primeras autoridades del municipio no podían ignorar su existencia y objetivos y recibieron por ello, según se dice, favores de tipo económico, la conclusión que se imponía no era otra que dichos personajes debían ser comprometidos como cómplices o "auxiliares" del hecho punible atribuido a las personas que formaban parte de ese grupo de sicarios o de esa organización terrorista, es decir, el de concierto para delinquir descrito en el artículo 7º del Decreto 180 tantas veces mencionado.

No obstante la complejidad del asunto por la pluralidad de comportamientos imputados y de situaciones jurídicas a definir es lo cierto que no resulta difícil o imposible detectar la fuente probatoria de los hechos que sirvieron de sustento al compromiso penal contra Rubio Rojas ni conocer el sentido y alcance de la imputación formulada en su contra, mediante decisión interlocutoria sujeta a los recursos de ley, por lo que no cabría sostener válidamente que una confusa anfibo-

lógica formulación de los cargos impidió o dificultó el adecuado ejercicio de una defensa técnica.

Los acuciosos defensores de Rubio Rojas entendieron, sin ningún asomo de duda, que su representado había sido jurídicamente vinculado al proceso por una complicidad en el concierto para delinquir y no por otra ilicitud ni en diferente grado de participación.

Con razón la Procuraduría Delegada expuso sobre este tópico:

> "Un examen de la realidad procesal revela que los funcionarios, tanto en las diferentes decisiones intermedias que tomaron como en la sentencia ahora impugnada, se refirieron exactamente a los hechos que estimaron probados en relación con la declaración de responsabilidad penal de Rubio Rojas, y de esta forma expresaron cuáles eran las pruebas que les servían de fundamento. Su análisis, de conjunto, permite establecer las razones por las cuales dieron credibilidad a esos medios de convicción, y la concreción de las acusaciones y el estudio general de la decisión, expresan sin lugar a dudas alguno invalidante de la actuación".

4º Primer cargo de la demanda de Adán Rojas Ospina.

La circunstancia de que el Tribunal Superior de Orden Público, como juez de segunda instancia, no hubiese decidido una de las varias impugnaciones contra el auto de detención que pesaba sobre el procesado Hernán Giraldo Serna, aducida por el defensor de Adán Rojas Ospina como motivo de nulidad por quebranto del derecho de la defensa, no puede ser objeto de decisión porque el sujeto procesal que la alega carece de interés jurídico para hacerlo por no haber sufrido agravio o perjuicio con la irregularidad advertida.

Esa falta de interés para recurrir, que resulta ostensible, sería argumento válido para no adentrarse en el examen de la censura por tratarse de una situación procesal muy personal, que en el evento de prosperar, no podría cobijar con sus efectos anulatorios la situación de quien nada tuvo que ver con dicha irregularidad.

A pesar de ello, y por fuerza de la oficiosidad del recurso en tema relacionado con la nulidad, le basta decir a la Corte que por las sucesivas apelaciones contra la medida cautelar (dos contra autos que negaron la revocación de la detención y uno contra el que le denegó la libertad provisional) se presentó una caótica acumulación de pretensiones que condujo al Tribunal Superior a decidir sobre la excarcelación del sindicado Giraldo Serna concediéndola pero negándose a resolver respecto a la apelación del auto de revocatoria que se encontraba pendiente con el argumento de que la situación probatoria no había cambiado a partir de similar decisión; sin advertir, que dicha impugnación se fundamentaba en pruebas recaudadas con posterioridad a tal pronunciamiento.

Pero esta irregularidad desprovista de la fuerza anulatoria que se le atribuye no cercenó el derecho a la defensa del procesado Giraldo Serna, quien en cualquier momento procesal pudo haber insistido en la revocación de la medida cautelar dada su ejecutoria puramente formal.

No prospera la impugnación.

5º Segundo cargo de la demanda de Ricardo Rayo.

Dos aspectos contempla este reproche a la sentencia: De una parte, el desconocimiento del principio de favorabilidad de la ley procesal penal por no haberse aplicado al caso la normatividad del Decreto 2790 de 1990 (Estatuto para la Defensa de la Justicia), vigente para la época de proferirse el fallo de primera instancia, que estableció más amplias garantías de defensa que el procedimiento con que se venía adelantando la actuación (Decreto 180 de 1988) tales como la calificación del mérito del sumario, la apertura del juicio a prueba y la citación para sentencia; y de la otra; la ruptura de la unidad procesal por no haberse investigado bajo la misma cuerda los genocidios de que dan cuenta los autos; censura totalmente infundada que contrasta con la formulada en diferente sentido por otro impugnador; o por haberse adscrito a la jurisdicción penal militar la competencia para conocer de la conducta imputada a los militares vinculados al proceso por parte del Tribunal Disciplinario que dirimió un conflicto de competencias, evento este último que permite la ruptura de la unidad procesal en los términos del numeral 1º del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal.

En cuanto a la supuesta violación del principio de favorabilidad de la ley procesal es indiscutible que el 16 de enero de 1991, fecha en que entró a regir el Decreto 2790 considerado por el recurrente como más favorable a su asistido, había discurrido en exceso el término de ocho (8) días ordenado por el Juzgado Primero de Orden Público de Bogotá mediante auto del 24 de agosto de 1990 (fl. 50, cuaderno número 16) para que el agente del Ministerio Público y los defensores de los procesados conceptuaran de fondo conforme a lo previsto en el artículo 3º del Decreto 344 de 1989 por lo que para entonces el procedimiento a seguir se había agotado y sólo restaba proferir la sentencia de primera instancia de acuerdo a las previsiones del artículo 46 del Decreto 180 de 1988, bajo cuya égida se inició y adelantó el proceso.

En tales condiciones no podría retrotraerse la actuación desconociendo situaciones procesales consolidadas bajo la vigencia de un procedimiento anterior, así éste sea considerado como limitado y estrecho en cuanto a recursos o medios de defensa se refiere, criterio que la Sala acogió en providencia del 16 de septiembre de 1992 (magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel) y que ahora reitera en el sentido de que la ley procesal rige el proceso del momento en que se

encuentra hacia adelante, "sin necesidad de invalidar nada de lo actuado ni repetir pasos ya superados".

Pero además, el artículo 13 del Decreto 2790 de 1990 previniendo las dificultades o dudas que pudieran surgir con ocasión del tránsito de legislación, determinó que los procesos en que se hubiese dispuesto el traslado al Ministerio Público para concepto de fondo continuarían tramitándose *con el mismo procedimiento con que se venían adelantando* (subraya la Sala), lo que viene a descartar de plano la posibilidad de aplicar al caso un trámite diverso al señalado expresamente por el legislador de excepción.

Tampoco prospera la impugnación.

6º Primero y segundo cargos de la demanda de Fidel Antonio Castaño Gil y primer cargo de la demanda de Ricardo Rayo.

Estos cargos serán examinados en conjunto por coincidir en su enunciado y planteamientos pues todos ellos apuntan a reclamar la nulidad de la actuación por quebrantos del derecho a la defensa de Fidel Castaño Gil y Ricardo Rayo en razón a que ninguno de sus defensores presentó alegato de conclusión dentro del crucial término del traslado dispuesto por auto del 24 de agosto de 1990, destacándose en cuanto al primero, la imposibilidad de haberse allegado a los autos por muerte de su apoderado después de la notificación de dicho proveído.

En criterio de la Sala no constituye motivo de nulidad por violación del derecho a la defensa, el que el defensor del procesado se abstenga de alegar dentro del término de traslado señalado para ello por el artículo 3º del Decreto 344 de 1989, reformatorio del 46 del Decreto 180 de 1988, porque ésta es una facultad discrecional de la cual puede hacer o no uso para presentar sus puntos de vista a consideración del juzgador.

El estrecho régimen de excepción diseñado por los mencionados decretos legislativos, no hacía obligatoria la presentación de alegato previo a la sentencia, razón de más para pensar que su omisión no puede generar nulidad por inobservancia de una de las formas del debido proceso o desconocimiento del derecho a la defensa y no obstante que los impugnantes pregonaron la importancia de tales alegaciones dentro del precario y limitado procedimiento a seguir en la investigación y juzgamiento de delitos de competencia de los jueces de Orden Público, ninguno indicó la manera cómo tal inobservancia pudo haber incidido desfavorablemente en sus representados con las decisiones tomadas en la sentencia impugnada, esto es, la dictada por el Tribunal Superior de Orden Público.

De autos resulta que el defensor del procesado Ricardo Rayo doctor Luis Orlando Forero Rodríguez recibió notificación personal del auto de traslado para alegar el 10 de septiembre de 1990 (fl. 50 vto.,

cuaderno número 16) y hasta el 23 de mayo de 1991 (fl. 249 *ibídem*) fecha en que definitivamente entró el expediente a despacho para sentencia (más de 8 meses) no presentó alegato de conclusión en favor de su asistido, pudiendo hacerlo, ni dio explicación al respecto.

Y en cuanto tiene que ver con el defensor del procesado Castaño Gil doctor Gonzalo Merchán Espinel se sabe que recibió notificación del auto que ordenó correr traslado para alegar del cual solicitó reposición con resultados negativos habiendo fallecido violentamente el 3 de noviembre de 1990; hecho que sólo vino a ser conocido procesalmente después de dictada la sentencia de primera instancia, cuando el nuevo defensor doctor Gabriel Burgos Jaramillo presentó copia del registro de defunción y solicitó la invalidación del proceso (fls. 306 y siguientes *ibídem*).

Con sobrada razón argumenta el Procurador Delegado que el funcionario judicial no estaba obligado a requerir al defensor para que alegara de conclusión, requerimiento a través del cual se hubiera enterado de su muerte, pues la obligación de dar inmediata noticia de este hecho al director del proceso recaía de modo exclusivo en el sujeto procesal presuntamente afectado, es decir, el inculpado Fidel Castaño Gil, de acuerdo con el principio de lealtad procesal que debe orientar su conducta evitando la realización de actos contrarios a las prescripciones que gobiernan el juzgamiento y no guardar silencio sobre el particular a la espera de los resultados de la sentencia.

"No podía racionalmente el sentenciador —agrega— enterarse del fallecimiento del defensor; el acusado a quien representaba, tal vez noticiado del hecho, tampoco hizo manifestación alguna antes del proferimiento de la sentencia, aun cuando sí, habilidosamente, otorgó poder después de más de siete meses de muerto su abogado, a uno nuevo que pretende aprovechar la situación y obtener la declaratoria de nulidad de lo actuado en evidente estrategia defensiva que, en la demanda de casación, no alcanza a presentar en ninguno de los dos cargos formulados razones válidas para la reposición de lo actuado.

"No se niega, por esta oficina, la importancia del alegato presentencia; tampoco se desconoce la situación realmente acontecida del fallecimiento del defensor; lo que repugna, es la falta de lealtad procesal con que se ha actuado, pues lejos de ejercer los derechos que tenía el imputado de nombrar un defensor tan pronto conoció el fallecimiento de su representante judicial, guardó silencio hasta el proferimiento de la sentencia de condena, para blandir después alegaciones de restricción a su garantía constitucional, olvidando que durante toda la actuación contó con la asistencia de un esforzado letrado que ejercitó realmente sus facultades defensivas".

Como quiera que el juez de Orden Público no fue oportunamente informado de la muerte del defensor de Castaño Gil para que procediera a reemplazarlo, aún de oficio, y dentro del mecanismo ideado

por el procedimiento sumario aplicable al caso, no resultaba imperativo la presentación de alegato de conclusión, la Sala no puede inclinarse por la nulidad que es la máxima sanción procesal sobre la base de meras apreciaciones personales del censor que injustamente atribuye dicha omisión a culpa del funcionario y no a la incuria del incriminado.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia al verificar el control de constitucionalidad del Decreto 180 de 1988 (sentencia del 3 de marzo del mismo año), como la Corte Constitucional lo hizo con posterioridad, lo encontraron avenido a los postulados de la Carta Política pese a que en sus lineamientos comporta una drasticidad punitiva mayor que la ordinaria, una aceleración en el procedimiento y una restricción de las garantías defensivas, todo por la necesidad de precaver y reprimir, con mayor rigor y rapidez, conductas propensas a agravar el trastorno social que el estado de sitio supone; limitaciones al ejercicio del derecho a la defensa que al decir de la Procuraduría Delegada no pueden ser invocadas como fundamento o soporte de las nulidades planteadas.

Por lo dicho, no prospera el cargo formulado.

7º Tercer cargo de la demanda de Ricardo Rayo.

Tampoco está llamado a prosperar el cargo formulado a la sentencia por incompetencia del juez de Orden Público que profirió el fallo de primera instancia, originada en el hecho de no haber remitido toda la actuación procesal al juez regional de Medellín ante quien, como es de público conocimiento, se presentó el sindicado Pablo Escobar Gaviria acogiéndose a los beneficios otorgados por los decretos de sometimiento a la justicia porque no puede alegarse nulidad sobre circunstancias o situaciones que tocan con un procesado diferente del que se apodera máxime cuando dicho incriminado fue finalmente absuelto mediante decisión no impugnada y el peticionario no persigue con ello ningún beneficio procesal ni de índole punitiva en favor de su representado; de quien no se tiene noticia de haberse hecho acreedor a rebaja de pena por confesión.

Al artículo 7º del Decreto 3030 de 1990 por el cual se subrogan los Decretos legislativos 2047, 2147 y 2372 del mismo año, no se le puede asignar la fuerza invalidante que le atribuye el recurrente pues lo que con dicha norma se persigue no es otra cosa que garantizarle al procesado confeso de delitos contemplados en la Ley 30 de 1987 o de competencia de los jueces de Orden Público o especializados, la efectividad de las rebajas derivadas del sometimiento a la justicia y el privilegio de que la pena que le corresponda no excederá el límite máximo fijado en la ley, como claramente lo entendió el señor Procurador Delegado.

Con esa finalidad específica se atribuyó competencia al juez *"que haya asumido el conocimiento de los delitos confesados"* para conocer

de todos los procesos que se adelanten contra el procesado confeso y en ese orden de ideas resultaba imposible que el juez de Orden Público se hubiera desprendido del conocimiento del proceso para enviarlo por competencia al juez que *"asumió"* el conocimiento de los delitos confesados por la potísima razón, puesta de presente por el Tribunal Superior al rechazar la nulidad planteada por el mismo motivo, de que para la época en que Escobar Gaviria vino a someterse a los beneficios derivados de la confesión de delitos (19 de junio de 1991) ya había concluido el proceso con sentencia de primera instancia dictada el 17 de junio del mismo año; es decir, que para entonces ningún juez había *"asumido"* el conocimiento de los delitos confesados.

8º Segundo cargo de la demanda de Luis Alfredo Rubio Rojas.

El reproche a la sentencia para que esta sea anulada por deficiente motivación respecto al grado de participación en el hecho punible por parte del procesado Rubio Rojas (como autor o cómplice de concierto para delinquir) y en su lugar se proceda a rebajarle la pena impuesta, de acuerdo a las pautas sugeridas por el impugnador, y formuladas dentro del mismo cargo quebranta el principio de no contradicción y desconoce la técnica que gobierna el recurso, porque el demandante que así razona termina moviéndose dentro de dos extremos inconciliables; de una parte, la nulidad del fallo que obliga a retrotraer la actuación para su formal reposición y de la otra, reconocer la legalidad del trámite para solicitar su infirmación parcial por la concurrencia de errores *in iudicando* en la tasación de la pena.

Siendo principio insoslayable el de limitación del recurso en virtud del cual cada una de las causales de casación tiene su propia y particular estructura, constituye serio atentado al mismo y a los principios de logicidad y no contradicción, mezclar dentro del mismo cargo argumentos de la causal tercera con los de la primera para atacar una misma situación fáctica.

De modo pues, que si el demandante, como en el presente caso, aduce nulidad de la sentencia impugnada por vicios en su formación y a renglón seguido pregona su validez a fin de que se le reduzca la pena a su patrocinado, ha formulado un cargo en contravía de los mencionados principios dando al traste con su pretensión.

Pero al margen de lo dicho, cabe recordar que el Tribunal sentenciador enmendó el error cometido por el juzgador de instancia rebajando de 20 a 12 años de prisión la pena impuesta al acusado dada su condición de cómplice y no de autor del hecho punible con lo que atemperó la sentencia a los rigores de la imputación contenida en el auto de detención proferido dentro del excepcional procedimiento del Decreto 180 muchas veces mencionado, y si a dicha conclusión arribó previas consideraciones que no es preciso repetir, el cargo formulado a la sentencia por orfandad de argumentos sobre dicho tópico no está llamado a prosperar.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION.

Violación indirecta de la ley sustancial.

9. Tercer cargo de la demanda de Luis Alfredo Rubio Rojas.

Alegar violación indirecta de la ley penal sustancial por falso juicio de convicción de la prueba testimonial e indiciaria tenida como soporte de la sentencia de condena proferida contra el procesado Rubio Rojas, constituye grave desatino que hace irrita la pretensión infirmatoria del libelista pues para nadie es un secreto que tales medios de convicción no están sujetos en su valoración a tarifa legal, sino que por el contrario, ellos gozan de la libre apreciación del juzgador.

Por eso no está llamado a prosperar el recurso por esta vía, cuando el impugnador acude exclusivamente a su personal y subjetiva apreciación testimonial o indiciaria opuesta a la del Tribunal fallador, máxime cuando éste llegó a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado después de un examen global de plurales, graves y convergentes indicios incriminatorios y su fallo viene precedido de la doble presunción de acierto y legalidad.

El nivel de credibilidad asignado por el sentenciador a tales medios de persuasión, siguiendo en ellos las reglas de la sana crítica, no puede ser objetado como error de apreciación probatoria porque dicha evaluación escapa a la hipótesis del error de derecho por falso juicio de convicción.

No sobra repetir que la casación no es una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad otorgada a determinadas pruebas, cuando éstas carecen de específico valor y la crítica se basa en la subjetividad del demandante.

Estas falencias de orden técnico en la fundamentación del cargo impiden que éste fructifique.

10. Segundo y tercer cargos de la demanda de Hernán Giraldo Serna.

Se analizarán en forma conjunta ambos reparos, como lo hizo la Procuraduría Delegada, por tratarse de errores de hecho manifiestos por falsos juicios de existencia consistentes en no haberse tenido en cuenta para nada varias declaraciones de testigos que dan fe del buen comportamiento y espíritu cívico del procesado Giraldo Serna en la región que habitaba y su marginamiento de actividades ilícitas; ni la indagatoria rendida por Eulises Barreto Zuleta ante el Juzgado de Orden Público de Montería, diligencia en la que dicho testigo de cargo se retractó de las imputaciones lanzadas contra Giraldo Serna de ser el dirigente de un grupo de sicarios o grupo terrorista de la región de Santa Marta dedicado al exterminio de militares o simpatizantes de

organizaciones guerrilleras que operaban en la zona; pruebas estas que de haber sido apreciadas por los falladores de instancia los hubiera llevado a variar el sentido de la sentencia impugnada.

No cabe duda que el recurrente limitó el ataque al simple enunciado de los errores probatorios endilgados, sin adentrarse en su comprobación ni mucho menos en la demostración de la incidencia definitiva que ellos pudieran tener en las conclusiones del fallo de condena; fallas de orden técnico de suyo suficientes para desestimar su pretensión por manifiesta ineptitud.

La impugnación así concebida nunca podría establecer en forma nítida y categórica si los yerros probatorios atribuidos al sentenciador fueron manifiestos u ostensibles, esto es, si ofrecen los caracteres de lo evidente o sea, de lo que se impone a primera vista. Y si el error mismo no tuvo comprobación, menos podrá afirmarse que trascendió a la sentencia impugnada con fuerza concluyente.

Las deficiencias técnicas de que adolece la demanda en este punto, que impiden conocer el sentido y alcance de la censura no pueden ser suplidas caprichosamente por la Corte, pues en tema relacionado con la causal invocada, no le es permitido en sede de casación escudriñar oficiosamente el caudal probatorio para detectar el error cometido desentrañando de tal modo el pensamiento oculto del censor.

Lo anterior no es óbice para que la Sala haga las siguientes observaciones:

Jurisprudencia y doctrina han coincidido en advertir que las declaraciones sobre buena conducta suelen tener un aspecto negativo porque a los declarantes no les consta nada malo contra la persona cuyo buen comportamiento juzgan. En cambio, las contrarias o de mala conducta, se suelen edificar sobre hechos concretos, de los cuales da razón el deponente. Confrontadas unas y otras, resultan ser más convincentes las últimas.

Así las cosas, ninguna incidencia podían tener las declaraciones sobre buena conducta del procesado recurrente frente a los hechos indiciarios que lo señalan como organizador o director de un grupo "paramilitar" o de "autodefensas" que operaba en las estribaciones de la Sierra Nevada de Santa Marta.

El testigo que se retracta de una inculpación reconoce que ésta no corresponde a la verdad y en tales condiciones, para poder ser apreciada su retractación por el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica, debe precisar y justificar los motivos que lo llevaron a cambiar radicalmente su versión.

La retractación o rectificación del testimonio debe ocurrir en diligencia penal o extrapenal con las formalidades propias del testimonio y no en diligencia de indagatoria, en la que el que se retracta interviene no como deponente sino como sindicado, sin los rigores o apremios del juramento.

En el presente caso, el demandante no ubicó dentro del voluminoso expediente la prueba omitida, no indicó su origen o procedencia ni la forma de su adución al proceso, como tampoco explicó en qué consistió la retractación; es decir, que poco o nada hizo para comprobar el error endilgado.

Y en el supuesto de haberse demostrado que el testigo de cargo Eulises Barreto Zuleta (muerto en forma violenta cuando se encontraba recluido en la cárcel) se retractó de las sindicaciones contra Hernán Giraldo Serna, dicha circunstancia no lo exonera de responsabilidad en el hecho punible, porque ésta se apoya además, en los informes de inteligencia rendidos por agentes del DAS, Seccional del Magdalena, no cuestionados en la demanda.

Por las razones expuestas, no prosperan los cargos formulados.

11. Segundo cargo de la demanda de Adán Rojas Ospina.

A la escueta manifestación del impugnante en el sentido de no haberse tenido en cuenta por el Tribunal sentenciador varias declaraciones de testigos que hablan del buen comportamiento familiar y social del procesado Rojas Ospina, erigida como cargo a la sentencia por error de hecho manifiesto por falso juicio de existencia, le es aplicable la réplica anterior, pues en ambos casos los recurrentes, se desentendieron olímpicamente de la obligación de demostrar el error probatorio denunciado, su trascendencia en las conclusiones del fallo atacado y la forma en que pudo haberse producido el quebranto de la ley penal sustancial, pasando por alto que la casación no es recurso de meros enunciados, sino de plenas y cabales comprobaciones.

Nada cabría agregar a lo dicho en precedencia para pregonar la manifiesta ineptitud del reproche formulado a la sentencia.

Conclusión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre de los procesados Luis Alfredo Rubio Rojas, Hernán Giraldo Serna, Adán Rojas

Ospina, Fidel Castaño Gil y Ricardo Rayo, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

La acción de revisión se promueve con miras a derruir esa cosa juzgada, razón por la cual sus causales son en verdad de existencia y comprobación excepcionales; y en relación con el tema probatorio solamente puede acudirse a hechos o pruebas nuevas que demuestren la inocencia o la inimputabilidad del condenado (causal tercera), o que el fallo fue producto de la delincuencia del juez o de un tercero (causal cuarta), o que la sentencia se fundamentó en una prueba falsa (causal quinta).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 15.

Mediante la presente providencia la Sala inadmitirá la demanda de revisión presentada a nombre de *Melquiades Antonio de Armas Bolaños*, condenado por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1. Por medio de sentencia del 18 de septiembre de 1992 (fls. 201 y ss.), el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Riohacha condenó al mencionado De Armas Bolaños a 10 años de prisión por el delito de homicidio, fallo que el Tribunal de ese Distrito confirmó por medio del suyo del 25 de noviembre subsiguiente (fls. 235 y ss.).

2. Según dicho Tribunal, los hechos objeto de la condena atañen a que "el día 16 de noviembre de 1991, en el camino que conduce de la Sierra a Tomarrazón, fue muerto Ovelio Murcia Villamil, como consecuencia de un disparo de arma de fuego (escopeta) hecho por De Armas Bolaños" (fls. 235).

La demanda:

Como defensor que fue del acusado en el proceso, el accionante está legitimado para presentar la demanda, de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal.

En el escrito por medio del cual promueve la acción de revisión, dice el defensor en lo esencial:

> "La causal invocada es la señalada en el numeral sexto (6º) del artículo 232 del C. de P. P., la cual establece: 'Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria'.
>
> "Distinguidos magistrados, el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, acepta un hecho probatorio que no existe en el proceso, existiendo de esta forma, error de hecho en apreciación de pruebas; pues acepta esta Corporación, que está plenamente comprobado el homicidio del señor Ovelio Murcia Villamil, con la sola declaración rendida por el señor Armando Rozo González, rendida ante la Unidad Judicial de la Policía Nacional, Seccional Guajira, ya que mi defendido en ningún momento acepta haberle dado muerte al señor Ovelio Murcia Villamil; pero téngase en cuenta que en dicho proceso no se practicó levantamiento de cadáver, tampoco se realizó la correspondiente necropsia, y por lo anterior, no está demostrado que el señor Ovelio Murcia Villamil, en realidad haya muerto; pues si bien es cierto que la falta de la necropsia pudo ser suplida por otra prueba, también es cierto que la prueba más idónea para demostrar la existencia de este hecho criminoso, es el acta de levantamiento de cadáver, y en el acervo probatorio, esta prueba brilla por su ausencia, o sea que no existe, y una simple declaración de una persona que tiene interés..., no puede tener mérito suficiente para dictar sentencia condenatoria" (fl. 2 cdno. Corte).

Luego se refiere a una sentencia de esta Sala en la que se alude al error de hecho en materia de casación e insiste en que en el presente caso no existía mérito para condenar.

Se considera:

Si se repasa la demanda, es fácil percatarse de que la misma no contiene causal alguna de revisión, ni siquiera la anunciada por el actor, que como ya se expresó, es la prevista en el numeral 6º, artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

En realidad, todo el desarrollo de la acción deja ver que el libelista se equivocó y sustentó en los términos del recurso extraordinario de casación, aduciendo un error de hecho (causal primera), y la falta de algunas pruebas (que en determinados casos podría dar origen a una nulidad).

Por parte alguna el accionante muestra que el criterio tenido en cuenta para condenar a De Armas Bolaños haya sido modificado por la Corte. En cambio, se repite, se dedica a criticar el aspecto probatorio, con el propósito de reabrir un debate ya terminado con efectos de cosa juzgada.

Justamente la acción de revisión se promueve con miras a derruir esa cosa juzgada, razón por la cual sus causales son en verdad de existencia y comprobación excepcionales; y en relación con el tema probatorio (que es el propuesto aquí por el accionante), solamente puede acudirse a hechos o pruebas nuevas que demuestren la inocencia o la inimputabilidad del condenado (causal tercera), o que el fallo fue producto de la delincuencia del juez o de un tercero (causal cuarta), o que la sentencia se fundamentó en prueba falsa (causal quinta).

Ante el ostensible yerro del accionante (alegar como si se tratara de casación, momento procesal en que todavía no hay nada inmodificable ni definitivo —notas de la cosa juzgada—), es obvio que la demanda correspondiente habrá de inadmitirse.

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

Resuelve:

INADMITIR la demanda de revisión presentada por el defensor del sentenciado Milquiades Antonio De Armas Bolaños.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Cuando se pretende un debate probatorio, no es dable evocar la violación directa, ya que en esta clase de censura se respetan las valoraciones fácticas o los hechos, tales como vienen dados por el Tribunal, centrándose la controversia en los aspectos jurídicos. / Toda consideración en relación con la prueba, escapa a la clase de violación directa.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 15.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 12 de noviembre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a *José David Hernández Galeano* a 28 meses de prisión por el delito de homicidio culposo.

Antecedentes:

1. Los hechos materia del proceso los sintetiza así el fallo impugnado:

"Hacia las 4:00 de la tarde del día 5 de marzo de 1991, a la altura de la calle 8ª sur frente al número 30-A-30 de esta ciudad capital, cuando la menor Danny Marcela Ayala Sierra, de 7 años de edad, estaba a punto de ganar el andén después de cruzar la vía en compañía de sus padres, fue arrollada por un automotor que apareció intempestivamente a alta velocidad, dándose a la fuga. Por fortuna, testigos lograron tomar las placas y características del mismo como las (sic) HK-0246, marca Renault 18, tipo camioneta, color rojo o vino tinto. La menor arrollada sufrió contusión cerebral que indudablemente la llevó a la muerte" (fls. 42, infra y 43-3).

2. Con esos datos se logró localizar la camioneta en un taller y se pudo constatar que tenía un golpe en la parte derecha delantera; también que el vehículo estaba a disposición exclusiva de María Carlota Galeano de Hernández y de su hijo José David Hernández Galeano. Este último admitió al agente de la policía Enrique León Cárdenas, que él conducía el vehículo el día de los hechos referidos.

3. El Juzgado Veintiocho de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá abrió investigación (fls. 24-1), practicó varias pruebas y recepcionó la indagatoria de Hernández Galeano, ya que unos testigos dijeron que el vehículo era conducido por una persona de características físicas similares a las de ese sindicado, quien en su injurada negó ser el autor del homicidio investigado.

Es de anotar que un peritaje estableció que un residuo de vidrios cuya muestra se tomó en el sitio de los hechos, corresponden a la mencionada camioneta, la cual fue puesta a disposición el 18 de marzo de 1991.

El aludido sindicado y su nombrada madre María Carlota, en sus declaraciones, se contradijeron en aspectos sustanciales, tales como las actividades que desarrollaban ese día, la causa de que el carro estuviera en el taller, etc. Así mismo, varios declarantes citados por el procesado, ubican a éste en lugar distinto en la fecha y hora del hecho.

4. Mediante auto del 22 de agosto de 1991 (fls. 201 y ss. 1), se decretó la detención preventiva del sindicado, proveído contra el cual el defensor del implicado interpuso recurso de reposición y apelación. Negado el primero, se concedió el segundo, y el Tribunal, por medio de auto del 8 de octubre (fls. 7 y ss. 3), confirmó dicha medida de aseguramiento.

Se practicaron otras pruebas y se cerró investigación, calificándosela mediante auto del 15 de enero de 1992 (fls. 237 y ss. 2), con resolución acusatoria por el delito de homicidio culposo, agravado por el abandono del sitio de los hechos (arts. 329 y 330 C. P.).

5. El Juzgado Primero Superior de esta capital ejerció el entonces control de legalidad, avalando lo actuado (fls. 265 y ss. 2); la audiencia pública se inició el 21 de mayo de 1992 (fls. 346 y ss.), acto después del cual se dictó sentencia en armonía con la acusación. Por medio de ella se condenó al procesado a la pena principal de 28 meses de prisión, multa de $ 1.200.00 y suspensión en el ejercicio de la actividad de conducción de automotores por 14 meses. Igualmente, se le impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y se le condenó a pagar los perjuicios causados, concediéndosele finalmente la condena de ejecución condicional (fls. 415 y ss. 2).

Apelada esa sentencia por el defensor del acusado, el Tribunal la confirmó en su integridad, fallo este de segunda instancia que recurrió en casación este mismo sujeto procesal.

La demanda:

El casacionista (el mismo que desde un principio viene defendiendo al acusado) hace un único cargo a la sentencia, el cual, dice "propongo al amparo de la causal primera de casación (art. 220-1 C. P. P.), por cuanto en la sentencia que se impugna se violó directamente la ley sustancial por infracción directa de los artículos 127, 128, 246 y 248 del Código de Procedimiento Penal, y consecuencialmente conllevan (sic) a la violación del artículo 29 de la Constitución Nacional, igualmente considerado como principio rector de las normas procedimentales en sus artículo 1º, 3º y 5º del C. de P. P., vigente a la fecha de los hechos, a excepción del artículo 29 de la C. N., que para aquella oportunidad lo era el artículo 26" (fls. 70 infra y 71-3).

Poco más adelante precisa el actor:

"Sencillamente en el proceso no se acreditó conforme a la evidencia procesal o mejor no se confirmó la individualización quién (sic) era el autor o partícipe de la infracción, y sin embargo se condenó a una persona que a la hora y fecha no se encontraba en el lugar de los hechos de sangre..." (fls. 71-3).

Se refiere a que no existe "prueba directa" de que el procesado sea el autor del homicidio, habla de la presunción de inocencia y dice que la carga de la prueba corresponde al Estado, insistiendo en que en el presente caso "no se individualizó" el autor del hecho.

Hace algunas consideraciones probatorias y dice que Alberto de Jesús Agudelo declaró que por la alta velocidad de la camioneta no pudo darse cuenta de quién conducía la misma.

Finalmente anota: "Pero en el caso concreto a José David Hernández Galeano se le condenó recurriendo a una prueba indirecta o sea a través de indicios... Es mi manera de pensar y una forma muy comedida, pero las pruebas para condenar a José David Hernández Galeano no llenan los presupuestos legales que se exigen para una determinación de fondo" (fls. 77-3).

Reitera que "se ha infringido en forma directa la ley sustancial", y demanda la casación del fallo y que se absuelva al procesado.

Alegato apreciatorio:

La apoderada de la parte civil (quien igualmente viene actuando como tal desde el inicio de este proceso), se opone a las pretensiones

del impugnante y dice: "Las alegaciones de la defensa carecen de piso fáctico y jurídico, por cuanto la sentencia impugnada en nada transgrede las normas citadas; así pues tenemos que el autor del hecho se encuentra perfectamente individualizado y su identidad plenamente establecida" (fls. 81-3).

Transcribe apartes de las diferentes providencias que se dictaron en este asunto y reafirma: "Da palos de ciego el ilustre profesional del derecho, cuando manifiesta que el autor del reato no se encontraba individualizado, pues recordemos que varios fueron los testimonios que hicieron referencia justamente a las características físicas del conductor del vehículo que en todo coincidieron con las características morfológicas del procesado, de las cuales se dejó constancia en su injurada" (fls. 84-3).

Solicita, entonces, que el fallo no sea casado.

Concepto de la delegada y consideraciones de la Corte:

1. Dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal: "La demanda presentada en este caso no se ajusta en forma alguna a los requisitos técnicos formales ya expuestos, pues de manera antitécnica el impugnante trata de buscar la casación por la vía de la violación directa y en su libelo comienza por señalar la falta de aplicación de normas procesales (arts. 127, 128, 246, 247, 248, etc.) por sustanciales; aunque cabe advertir que señala igualmente como infringido el artículo 29 de la Constitución Nacional (anterior 26 de la Carta), esto no subsana el error en comento, porque aludir al precepto constitucional, por la forma como se realizó una diligencia penal (peritaje sobre los fragmentos de vidrio recogidos en el lugar del accidente, así como sobre las muestras del buso que portaba la occisa) y por el valor que a ésta se otorgara en el fallo recurrido resulta impertinente mezcla de motivos disímiles e imposibles de conciliar. Ha reiterado la jurisprudencia casacional que cuando se pretende un debate probatorio, no es dable invocar la violación directa, ya que en esta clase de censura se respetan las valoraciones fácticas o los hechos, tales como vienen dados por el Tribunal, centrándose la controversia en los aspectos jurídicos" (fl. 9 cdno. Corte).

Anota la delegada que todo el libelo se reduce a una muy subjetiva opinión del demandante sobre la prueba, para precisar finalmente: "En fin, la decisión cuestionada bajo el amparo de la doble presunción de legalidad y acierto resulta fundada y respetable, contra la cual sólo se logran apuntamientos generales, simples enunciados y una viciosa fragmentación probatoria. Pero por fuera de ésta, ya se sabe qué elementos de convicción ajenos a una tarifación legal, no pueden objetarse en casación, bajo la preceptiva de una violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falsos juicios de convicción, tarea asumida en el fondo por el memorialista" (fl. 11).

Solicita, pues, no casar la sentencia.

2. Se ve fácil en la demanda que ni en mínima parte el actor controvierte la apreciación que hizo el sentenciador sobre la ley, que es lo que constituye la violación directa por él argüida.

En cambio, como el censor insiste en que no hay en el proceso prueba "directa" de que su defendido haya sido quien conducía la camioneta que causó el homicidio de la niña, se intuye que por esa razón, probablemente, habla de violación directa de la ley sustancial, cosa que es enteramente errónea, pues, toda consideración en relación con la prueba, escapa a la clase de violación alegada. Es preciso entender, entonces, que el actor entra en el campo de la violación indirecta que no adujo en momento alguno el casacionista, quien ni siquiera en todo el libelo menciona cuál es la norma sustancial violada y el concepto de su transgresión, norma que en este caso concreto (se colige del contexto de la demanda, porque el actor se abstiene de decirlo) sería el artículo 329 del Código Penal, por aplicación indebida.

Aunque es indudable que la invocación de la violación directa no obedece a ningún lapsus del casacionista sino a su desconocimiento de lo que esto significa, ni siquiera admitiendo en gracia de discusión que correctamente hubiera apoyado el cargo en la violación indirecta de la ley sustancial la demanda podría prosperar, ya que en ella no se hace ninguna crítica concreta a un medio probatorio, pues todas sus consideraciones son abstractas, no referidas al caso *sub examine*, forma de argumentar inadmisible en sede de casación, por su generalidad.

Ahora bien: el sentenciador de segunda instancia, al señalar que existía plena prueba tanto respecto a que la camioneta era la que había ocasionado el homicidio, como en relación a que la misma era conducida por el procesado, dijo: "la afirmación de que era el procesado José David Hernández Galeano el conductor del mismo en aquel momento, tiene igual respaldo probatorio, pues suficientemente probado aparece no sólo en el dicho de este mismo implicado, con el de su señora madre doña Carlota Galeano y varios de los testigos traídos por ellos mismos, que las únicas personas de la familia Hernández Galeano que tenían la posibilidad de conducir el vehículo de marras lo eran precisamente el procesado y su señora madre doña María Carlota. Establecido este primer aspecto, se tiene igualmente evidencia de que las características de la persona vista al mando del mismo en el momento del insuceso correspondían a las de un hombre joven, según lo declararon el menor Oferman Ayala Sierra (fls. 173 y ss. cdno. núm. 1) y el señor Víctor Hernán Salinas, ya citado, de donde no existe posibilidad distinta a la de que fuera el aquí juzgado el conductor del automotor y por ende el autor del homicidio investigado" (fls. 50-3). Y también estimó el fallador que las personas que declararon en favor del procesado (ubicándolo en lugar distinto al de los hechos) mintieron.

Como se dijo, ningún ataque serio hace el casacionista a esas apreciaciones, debiéndose entonces sostener que las mismas son válidas, ciertas y atinadas, pues a tal conclusión lleva la doble presunción que ampara la sentencia, ya aludida por la delegada.

También debe apuntarse, por último, que el demandante falta a la técnica y a la coherencia propia de la casación al mezclar dentro de su censura de violación directa (que combina equivocadamente con la indirecta, como atrás se acotó) una causal de nulidad como es la proveniente de la afirmación de estimar violado el artículo 29 de la Carta Política.

Las consideraciones que se acaban de hacer, indican que la demanda no prospera y que, en consecuencia, el fallo no se casará.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

FAVORABILIDAD

En materia civil es principio general y casi absoluto que la ley no es retroactiva en virtud de que considera que los derechos legítimamente adquiridos no pueden ser vulnerados porque, de lo contrario, los ciudadanos vivirían en un permanente estado de inseguridad, sujetos siempre al capricho del legislador en turno.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 20.

Vistos:

Desata la Corte el recurso de apelación interpuesto por la procesada, doctora *Carmen Garzón Díaz*, contra la sentencia emitida el 22 de junio del año próximo pasado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual se le condena como autora responsable del delito de Prevaricato por acción que se le imputó por hechos acaecidos cuando se desempeñó como Juez Cuarenta y dos Civil Municipal de esta ciudad.

Hechos y actuación procesal:

La ponencia original, la cual fue derrotada, hace la siguiente reseña:

> "En proceso de lanzamiento que le correspondió tramitar al Juzgado Cuarenta y dos Civil Municipal de esta ciudad por el año de 1986, época para la cual era su titular la doctora Carmen Garzón Díaz, por demanda de Jesús Adonai Ochoa Porero contra Pedro Ignacio Chavarro y otro, la entonces funcionaria realizó actuaciones que la parte demandada estimó ilícitas y por lo cual la denunció penalmente atribuyéndole diversos delitos contra la administración pública, así:

"1. Haber amañado el reparto del asunto para que le correspondiera al juzgado que ella servía, a fin de favorecer al apoderado de la parte demandante, que era el esposo de su colega, la entonces Juez Cuarenta y Uno de la misma especialidad y ciudad.

"2. Haber enervado el trámite de la recusación que el apoderado del demandado le formuló basado en las causales 9 y 12 del artículo 142 del C. P. C., entonces vigente para que se separara del conocimiento del proceso; y,

"3. Haberse negado a oír a la parte demandada en el proceso, arguyendo que no había consignado la totalidad de las mesadas de arrendamiento a que estaba obligada, a través de pronunciamientos reiterativos apoyados en error aritmético que pese a las advertencias que se lo hacían ver, se negó a corregir.

"La procesada, doctora Carmen Garzón Díaz, identificada con cédula de ciudadanía número 41.560.438, tramitó el proceso de lanzamiento a que se refiere la denuncia, en su calidad de Juez Cuarenta y dos Civil Municipal de Bogotá, en el lapso comprendido entre el 22 de marzo de 1986 y el 25 de mayo de 1987, fecha ésta en que por efecto de una recusación de la cual conoció el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito, fue retirada del conocimiento (fls. 10 y ss. cdno. anexo núm. 1), según lo enseña la actuación procesal civil correspondiente allegada a esta investigación en fotocopia autenticada, actuación, en lo concerniente, avalada con su firma. De su vinculación en la investidura en referencia da cuenta el acta de posesión del folio 67 del cuaderno principal número 1.

"La acusación:

"Aunque la fase instructiva del proceso estuvo a cargo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, pues se adelantó antes de entrar a regir el actual C. P. P., la acusación, en definitiva, fue formulada por la Fiscalía Delegada ante la Corte, al conocer por apelación la impartida por el Tribunal, y confirmarla (fls. 190 y ss.; 222 y ss. cdno. ppal. núm. 1 y 20 y ss. cdno. Fiscalía) el 21 de diciembre de 1992.

"A la exfuncionaria se le imputó el cargo de prevaricato por acción, consistente en haber proferido decisiones manifiestamente contrarias a la ley el 1º de julio y el 20 de agosto de 1986 en el proceso de lanzamiento de José Adonaí Ochoa Forero contra Pedro Ignacio Chavarro y otro, negándose a oír a la parte demandada con el argumento de que no había

acreditado el pago completo de las mesadas de arrendamiento del inmueble del cual se pretendía su lanzamiento, a pesar de no ser ello cierto porque el contrato presentado con la demanda no estaba sujeto a los reajustes que ella aplicó haciendo eco de la equivocada apreciación de la parte demandante y a pesar también de que la parte demandada así se lo hizo saber tanto en el memorial de contestación de la demanda como en los escritos de reposición interpuesta contra los autos referidos, la última de las cuales resolvió por auto del 5 de septiembre del mismo año de 1986, rechazándola por no existir reposición de reposición según lo advirtió en el proveído.

"Para su decisión, la Fiscalía tuvo en cuenta que:

"El 1º de julio de 1986, la doctora Garzón Díaz basada en un informe secretarial que le solicitara su subalterno sobre si la demandada había dado cumplimiento a la obligación de acreditar los pagos conforme al artículo 434-5 del C. P. C., decidió no oírla por no haber acreditado el pago de los reajustes de ley, acogiendo así sin reservas la imprecisa afirmación de la parte demandante en el mismo sentido, y desoyendo las claras advertencias de la parte demandada en su contestación de la demanda sobre la inaplicabilidad de los reajustes previstos en los Decretos 3209 de 1979 y 2221 de 1983 y sobre la normatividad que regía el caso concreto, y por consiguiente, demostrativas de la no obligatoriedad de acreditar las consignaciones de los reajustes que con apoyo en preceptos no pertinentes se pretendía.

"Impugnada por medio de reposición la providencia del 1º de julio de 1986 que se menciona, con escrito en el que detalladamente la parte demandada explica y reitera las razones por las cuales consideraba que su cliente se hallaba a paz y salvo para poder ser oído, la juez entonces, realizó —cosa que la parte demandante se había abstenido de hacer— una liquidación de los reajustes basada en el inaplicable Decreto 3209 de 1979, estatuto que por la cuantía del canon pactado en el contrato de arrendamiento —$ 1.200— mensuales no estaba llamado a regir el caso ya que en su artículo 2º establecía su aplicabilidad para contratos con renta mensual pactada por encima de los $ 5.000, y dedujo incrementos sucesivos a partir del mes de enero de 1980 y hasta agosto de 1986 que al sumar totalizaron, según su errónea operación matemática, una cantidad ligeramente superior a la que aparecía acreditada como cancelada por la parte demandada para acceder al derecho de ser oída, resultado con el cual reafirmó su criterio de negar el tal derecho en providencia del 1º de agosto de 1986.

"Este nuevo pronunciamiento llevó a la parte demandada a interponer nuevamente recurso de reposición alegando la existencia de puntos no decididos y ratificando nuevamente su explicación sobre la legislación aplicable, pero además, destacándole y demostrándole que la suma de los guarismos deducidos por la funcionaria estaba matemáticamente equivocada porque su monto real era muy inferior al que ella había registrado, frente a lo cual, por toda respuesta, la doctora Garzón Díaz expidió el auto del 5 de septiembre subsiguiente negándose a considerar el escrito por ser improcedente la reposición de reposición que en su criterio se había interpuesto y aseverando que todos los puntos propuestos habían sido resueltos.

"Descartable como era el Decreto 3209 de 1979 para el caso materia del juicio de lanzamiento; e inatendibles, como debió calificarlos la funcionaria, los asertos del demandante sobre el no cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 434-5 del C. P. C., por la parte demandada, más aún basados como estaban en el mentado decreto, la Fiscalía halló improcedente la aplicación que hizo la juez del susodicho ordenamiento, tras advertir que el incremento del 10% sobre la renta pactada sólo operaba a partir del momento de la renovación del contrato según lo previsto en el Decreto 3450 de 1980 adicionado por el 237 de 1981, y que por disposición del Decreto 3817 de 1982 —vigente desde el 1º de enero de 1983— el canon estaba porcentualmente relacionado con el avalúo catastral del inmueble, pero que de todas maneras los contratos celebrados antes de este último decreto continuaban ejecutándose de conformidad con el precitado Decreto 3450 de 1980, sin olvidar que el nuevo decreto relativo a arrendamientos, el 221 de 1983 imponía al demandante acreditar el avalúo catastral si aspiraba al incremento del 1.3% contemplado en él, siempre y cuando el canon así incrementado superara el valor del pactado en el contrato de ejecución.

"Encontró así mismo la Fiscalía, cuestionable la operación aritmética realizada por la funcionaria, que al sumar los guarismos parciales en la liquidación que incluyó en su auto del 20 de agosto de 1986 registró una cantidad muy superior a la que le correspondía; no así su negativa a corregir el error, implícita en su auto del 5 de septiembre subsiguiente en el que se negó a estudiar la 'reposición de reposición' que consideró era lo que el abogado interesado había interpuesto al protestar contra el auto del 20 de agosto, pues la no corrección del error tan patente que le había sido puesto presente fue apenas 'consecuencia necesaria de la decisión mediante la cual se abstuvo de oír a la demandada' y tal acto 'no podía ser efectuado mientras estuviere vigente la determinación de no escucharla'.

"El dolo del hecho punible estribó, según la Fiscalía, en la persistencia en el desacierto que la juez se empeñó en mantener no obstante la circunstancia de hacérsele caer en cuenta de él, y sin efectuar 'un análisis sopesado y crítico del cumplimiento de las obligaciones dispuestas por la ley al arrendatario, ya que —advierte tajantemente— con un acto procesal del género se cierra toda posibilidad legal de reconocimiento de excepciones, interposición de recursos y demás atribuciones dadas al demandado' (fls. 20-30 cdno. Fiscalía).

"La sentencia apelada:

"Transcurrida la etapa del juicio, el Tribunal del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por sentencia del 22 de junio del año que avanza (fls. 293 y ss. cdno. ppal. 1), condenó a la funcionaria a un (1) año de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo, por el mismo delito por el que se le formuló acusación, otorgándole el sustituto de la ejecución condicional. De esta decisión apeló la propia acusada, siendo sustentado oportunamente el recurso por su defensor por escrito ante el Tribunal, y durante la audiencia de sustentación prevista en el artículo 214 del C. P. P., ante la Corte (cdno. núm. 9).

"Las alegaciones de las partes:

"*La defensa.* Tanto en su escrito ante el Tribunal, como en su intervención oral de sustentación del recurso, el señor defensor de la exjuez acusada admite sin reticencias los elementos de tipicidad y antijuridicidad de la conducta imputada a ésta, pero discute vehementemente la demostración de la culpabilidad dolosa, pues, estima que 'no existe prueba que lleve a la certeza de que la procesada haya actuado con dolo (única forma de actuar culpable que admite el prevaricato)' (fl. 323 cdno. ppal. 1).

"Afirma que al Estado corresponde la carga de la prueba de todos los aspectos del delito, y así, debió desplegar su actividad para demostrar a la acusada la culpabilidad dolosa de su actuar, pues no basta, para condenarla, pregonar este elemento a la par con los restantes estructurantes del hecho punible sin un análisis probatorio muy completo y concreto que lo estableciera; no podía, dice, simplemente decirse 'que no está probada una causal de inculpabilidad' como en su sentir parece haberlo entendido el Tribunal, sino que era menester la demostración como prueba evidente y completa 'de que la per-

sona actuó en alguna de las modalidades de la culpabilidad cuando ellas son admisibles frente al tipo penal respectivo'.

"Luego de recordar que la regla general en los tipos penales previstos en nuestro C. P., es la culpabilidad dolosa y que la forma culposa es exclusiva para las descripciones conductuales que expresamente señala la legislación, considera que en el caso en estudio 'hay pruebas suficientes de que la doctora Garzón fue negligente', es decir, que actuó culposamente. Tras ejemplificar un eventual caso de acción típica para la cual se prevé solamente la culpabilidad dolosa realizada culposamente y afirmar que no se podría responsabilizar al sujeto involucrado de ninguna manera por no estar contemplada esta clase de culpabilidad manifiesta su convicción de que en el presente caso la funcionaria acusada obró imprudentemente, con actuación 'imperita' no conforme 'a las exigencias que la sociedad le imponía particularmente desde su condición de Juez Civil Municipal de Bogotá'.

"Destaca en primer lugar, que el Tribunal admitió 'la tremenda confusión normativa que había en ese momento sobre el arrendamiento' y que a los escritos de la parte demandada la juez respondió negándose a oírla por no haber consignado las mesadas que le correspondían, ante lo cual el apoderado de esa parte, informado como lo estaba por uno de los pronunciamientos de que la suma que le faltaba acreditar era ínfima, algo más de un mil pesos, bien pudo efectuar la consignación y advertir que no le fuera entregada a la contraparte, para hacer expedito el procedimiento; sin embargo, no lo hizo, sino que obrando con deslealtad persistió en su posición, dando así pábulo a que la juez, aferrada a la convicción de que en verdad las consignaciones acreditadas eran inferiores a la suma que le permitía ser oído, le denegara insistentemente ese derecho, tal como se lo enseñaba el criterio de autorizado tratadista sobre el tema. Después de comentarios reiterativos, solicita la revocación de la sentencia condenatoria para que en su lugar se absuelva a su poderdante.

"*El fiscal delegado ante el Tribunal*. Este funcionario, por contraste con la posición de la defensa, opta por solicitar la confirmación del fallo de condena, pues considera probada a la saciedad el delito imputado a la exfuncionaria en todos sus aspectos.

"Se opone al argumento de que el dolo no se halla probado, pues, la funcionaria, dice, actuó con conocimiento y voluntad de infringir las disposiciones legales reguladoras del asunto. Conoció las peticiones del demandado y los argumentos de su representante y se abstuvo de confrontar éstos con el actual probatorio 'con las normas cuestionadas y con las

normas que debía aplicar' y así forzosamente tenía que llegar al convencimiento de que la parte demandada tenía la razón, es decir, podía ser oída porque había consignado la cantidad de dinero que la ley le obliga. También la funcionaria debió llegar al convencimiento de que el Decreto 3209 de 1979 que ella aplicó no era para el caso de que conocía por razón del canon mensual pactado en el contrato de arrendamiento; así mismo, debió darse cuenta de que existía error aritmético en sus propias cuentas. La confrontación que omitió la habría sacado de su equívoco, pero en vez de realizarla expidió sus autos del 1º de julio, el 20 de agosto y el 5 de septiembre de 1986 sin hacer ninguna consideración en relación con los planteamientos del demandado y sosteniendo monotemáticamente la negativa a oírlo por no haber consignado las cantidades pertinentes, perdiendo así su propia oportunidad de enmendar el yerro y negándole al demandado su derecho.

"Refuta el funcionario la posibilidad de que la juez hubiera obrado 'por ignorancia o por error en la valoración apresurada' por ser persona idónea para desempeñar su cargo, con estudios de especialización y con experiencia. Tampoco admite que hubiera podido equivocarse al interpretar la legislación de arrendamiento porque ésta es clara y comprensible, y finalmente, demanda la confirmación del fallo recurrido".

Consideraciones de la Corte:

La conducta ilícita que se le imputa a la Exjuez Cuarenta y dos Civil Municipal de ésta ciudad capital, doctora Carmen Garzón Díaz, fue la de no oír a la parte demandada en un proceso de restitución de inmueble que conocía en ese despacho judicial, argumentando que no había consignado la totalidad de los cánones de arrendamiento a que estaba obligada, a través de pronunciamientos reiterativos apoyados en error aritmético que pese a las advertencias de la parte afectada, se negó a corregir.

Por su parte, el prevaricato por acción consiste en la conducta del funcionario de proferir una decisión contraria a la ley, esto es "en cuanto traduce un intolerable apartamiento del derecho que debió aplicarse, constituye en real posibilidad la de determinar cuál era el derecho discernible que el funcionario repudió, como también la de ser factible predicar las características de un comportamiento de ésta índole. Que no siempre sea expedito el camino, es cuestión que no permite deducir una incapacidad del hombre y concretamente del juez por saber cuál es la verdad ofendida sin legítima razón. De no, el hombre tendría que renunciar a su condición de ser pensante y no sólo la administración de justicia sino casi todas las actividades humanas se verían en igual predicamento" (Sent. única instancia M. p. Dr. Ricardo Calvete Rangel 8 septiembre de 1993).

Estima la Corte que en el caso concreto y en relación con las providencias mediante las cuales la Exjuez Cuarenta y dos Civil Municipal, se negó a oír a la parte demandada en el proceso de lanzamiento de Jesús Adonai Ochoa contra Pedro Chavarro Martínez y otro, se estructura el delito de prevaricato por acción, pues dichos pronunciamientos no fueron elaborados con base a la legislación vigente aplicable al caso concreto como de manera reiterada se lo hizo conocer la parte afectada a través de los recursos de ley.

En efecto, varios son los reparos que deben hacérsele a la conducta asumida por la exjuez acusada en el proceso de lanzamiento, así:

1. El auto del primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) por medio del cual dispuso no oír a la parte demandada con el argumento de no haber consignado los cánones dejados de pagar tal como lo ordena la ley, conforme a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, no obstante que éstos fueron cancelados al momento de contestar el petitorio, excediéndose a lo demandado en el libelo para argüir la causal de mora.

2. El indebido incremento del 10% sobre el canon mensual de arrendamiento con base en el Decreto 3209 de 1979, cuando éste no era aplicable al contrato de arrendamiento celebrado entre las partes en disputa, pues la mesada ($ 1.200) no superaba los límites contemplados en la precitada disposición para su ejecución ($ 5.000).

3. La irregular liquidación de los cánones dejados de consignar presuntamente por la parte demandada para ser oídos en el multicitado proceso, en donde ésta fue superior a lo realmente adeudado conforme a lo informado por el demandante y de esta manera, suplantar la actividad propia del libelista en el sentido de que éste debía expresar con claridad y precisión las pretensiones que aduce en la demanda (numeral 5 del art. 75 del C. de P. P.).

4. El no reponer la anterior decisión con el argumento de negar "a reposición de reposición interpuesta", desconociendo el claro texto legal vigente para el asunto bajo examen del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil que estatuía:

> "*Artículo 310. Corrección de errores aritméticos.* Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella.
>
> "Si la corrección se hiciere de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en el artículo 205".

Las anteriores conductas, como bien lo resalta el Tribunal, no tienen justificación alguna, cuando las normas con que se pretendió dar-

le viso de legalidad a la actuación eran posteriores a los hechos objeto del litigio, pues el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes en conflicto fue con anterioridad a la vigencia de las mismas (11 de noviembre de 1963). El Decreto 3209 de 1979, base de los pronunciamientos irregulares, en su artículo 2º señaló un reajuste del 10% a los cánones de arrendamiento cuyo inmueble tuviera una mesada superior a los cinco mil pesos mensuales ($ 5.000), situación que no comprendía el asunto bajo su decisión, como se dijo.

Además, era de su conocimiento por su vasta experiencia —seis (6) años en la judicatura— que en materia civil es principio general y casi absoluto que la ley no es retroactiva en virtud de que considera que los derechos legítimamente adquiridos no pueden ser vulnerados porque, de lo contrario, los ciudadanos vivirían en un permanente estado de inseguridad, sujetos siempre al capricho del legislador de turno.

Tampoco fue ajustada a la realidad procesal del monto de que partió la funcionaria para hacer la liquidación amañada para los años 1981, 1982, 1983, 1984, 1985 y 1986 en el auto del 28 de julio de 1986, al tomar como canon básico de arrendamiento la suma de mil trescientos veinte pesos ($ 1.320), como del resultado obtenido en él, pues las anualidades en conflicto suman $ 138.527 y no lo que arrojó la operación de la exjuez $ 161.205 y así, justificar un presunto desface de $ 1.125 en contra de los intereses de la parte demandada, al no reponer su proveído inicial (auto del 1º de julio de 1986).

Empero, el actuar de la exjuez se hace más reprochable, cuando la parte demandada en virtud de los agravios recibidos en los pronunciamientos interpone el recurso de reposición con el fin de que la misma instancia revocara su decisión con motivaciones que no se prestaban a equívocos, en donde claramente le señaló a la exfuncionaria la improcedencia de su actuar, haciendo un relato de la actuación con énfasis de que las normas en que se apoyó, su aplicación era contraria a los postulados que soportan a la legislación civil.

Lo mismo ocurrió con la liquidación ilegal que hizo la acusada, cuando la parte afectada le manifestó en el escrito del recurso que había incurrido "en ostensible error aritmético, al sumar los guarismos que señala en la parte considerativa en la suma de $ 161.205, cuando la correcta operación es de $ 138.527.00", para siempre obtener la negación de la funcionaria como simple respuesta.

Así las cosas, resulta fácil colegir que no pueden aceptarse los argumentos defensivos propuestos por la procesada y el defensor, pues ante tanta ilegalidad, denota que su actuación además de ser injusta y arbitraria, conocía que con su conducta estaba vulnerando el bien jurídicamente tutelado como era la buena marcha de la administración de justicia y acarreando con ello, un perjuicio a la parte demandada al negarle el derecho a defenderse de las pretensiones del actor.

Ningún argumento de los postulados por la defensa presenta la contundencia indispensable para modificar las conclusiones del *a quo*, que esta superioridad encuentra acertadas jurídica y probatoriamente, puesto que los aspectos objetivos y subjetivos del delito de prevaricato por acción imputado a la doctora Carmen Garzón Díaz obtuvieron plena demostración en el proceso; por lo tanto, se confirmará en su integridad la sentencia impugnada.

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

Resuelve:

Confirmar en su integridad la sentencia del 22 de junio de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, condenó a la doctora Carmen Garzón Díaz, como responsable del delito de prevaricato por acción, cometido en su condición de Juez Cuarenta y dos Civil Municipal de esta ciudad capital.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO. (SALVAMENTO DE VOTO)

Con mi habitual respeto por las decisiones de mayoría, me permito consignar las razones por las cuales consideré en la ponencia derrotada y sigo considerándolo aún, que el fallo impugnado debió revocarse para proferir uno absolutorio, en su lugar:

"En orden a establecer el mérito legal del fallo apelado y, de cara a las alegaciones de la audiencia de sustentación del recurso, conviene tener en cuenta, antes que todo, que en la demanda de lanzamiento presentada en el proceso materia de la denuncia el apoderado de la parte demandante adujo que el arrendatario demandado estaba en 'mora en el pago de los reajustes ordenados por la ley desde el año de 1963, ordenados entre otros por los Decretos 3209 de 1979 y 2221 de 1981' fl. 4 cdno. anexo 1), sin mencionar ningún otro respaldo legislativo en relación con la mora, que era el sustento fundamental del escrito. Y es de destacar que de estos decretos, el segundo nada tiene que ver con el régimen de arrendamientos porque el que lleva ese numeración y trata la materia fue expedido en 1983, lo que deja ver cómo el único decreto de los citados en la demanda, pertinente en ese momento de la actuación, en que el Juzgado servido por la exfuncionaria procesada debía decidir sobre la aceptación o no de la demanda, era el 3209 de 1979.

"La juez encontró que la demanda reunía las exigencias formales para su aceptación, y así lo declaró en auto del 22 de marzo de 1986 (fl. 10, cuaderno anexo 1) en el que ordenó el traslado de rigor. Al contestarla, el apoderado de la parte demandada proponiendo excepciones perentorias entró a discutir la legislación citada por el demandante y a explicar por qué su cliente no se hallaba en mora, a la vez que en escrito separado propuso excepciones previas (fls. 21-28, cuaderno anexo 1 y 1-2 cuaderno anexo 2). Como pruebas de las perentorias allegó más de diez (10) comprobantes de consignación, con los que en su criterio quedaban cubiertos los reajustes que la demandante exigía, todos los cuales según constancia del folio 29 del cuaderno anexo 1, fueron recibidos por el secretario del Juzgado, en la que registró solamente el faltante de un recibo de envío pero la inclusión de otro —que por la numeración correspondiente—, parece haber sido un error escriturario del apoderado del demandado.

"La restante actuación en el juicio civil revela que para decidir lo pertinente, la entonces juez, en auto del 30 de mayo dispuso que la

Secretaría le informase si 'la parte demandada ha dado total cumplimiento al artículo 434, numeral 5º del C. de P. C.', orden a la que respondió el escribiente II del Juzgado el 25 de junio subsiguiente, dándole cuenta de que en el proceso obraban tres (3) títulos, esto es, los que el apoderado de la parte demandada había allegado al Juzgado con posterioridad a la contestación de la demanda 'para acreditar el derecho a ser oído' (fls. 30, 32 y 34, cuaderno anexo 1).

"Este reporte fue transferido por el secretario del Juzgado al Despacho el 26 de junio (fl. 9, cuaderno anexo 2), y con fundamento en tales elementos de juicio la funcionaria proveyó el 1º de julio, en el primero de los autos que motivaron su compromiso penal:

> " 'En virtud de que según el informe secretarial que antecede, la parte demandada no ha dado total y oportuno cumplimiento al artículo 434, numeral 5º del C. P. C., ya que no ha consignado el valor de los reajustes ordenados por la ley, el Juzgado dispone no oírlos'.

"Notificado el apoderado del demandado del proveído anterior, interpuso recurso de reposición (fls. 18-24, cuaderno anexo 2), en escrito del 7 de julio con el que acompañó, según lo anunció en el numeral 20 del texto, nueve (9) títulos más de consignación, que sumaban ciento ocho mil pesos ($ 108.000.00); y tramitado que fue el recurso, antes de decidirlo, el 28 de julio la funcionaria volvió a solicitar a la Secretaría información sobre:

> " 'Si para cuando la parte demandada contestó la demanda, éstos habían dado total y oportuno cumplimiento al artículo 434, numeral 5º del C. P. C.',

orden que obedeció, ahora sí, directamente la Secretaria, el 4 de agosto en estos términos:

> " 'En la fecha pasa al Despacho informando que la parte demandada cuando contestó la demandada (sic) adjuntó los duplicados y recibos anunciados en la misma, aclarando que el recibo relacionado con el número 003211 no se adjuntó; se acompañó el recibo 003241. También en el momento de contestar la demanda acompañó el título 02811972 por la suma de $ 33.120...' (fl. 30, cuaderno anexo 2).

"En este informe, el secretario incluyó con exclusividad los comprobantes allegados con la demanda, pero la funcionaria al resolver en su segundo auto que consideró ilícito, el del 20 de agosto (fls. 31-33, cuaderno anexo 3), la reposición, sumó a los recibos informados por el secretario, todos los demás obrantes, y realizó un cálculo de los reajustes que debían aparecer consignados, todo ello con fundamento en el decreto que la parte demandante le había citado en la demanda para alegar mora por el arrendamiento.

"El resultado, que en las cuentas de la juez fue inferior en apenas algo más de un mil pesos a la cantidad que en su criterio y con base en el Decreto 3209 de 1979 debía haberse acreditado consignada, estuvo afecto de grave error aritmético, pues en verdad, las partidas depositadas superaban ampliamente los cálculos de la juez, de haber estado su operación correctamente totalizada, provocando esta situación la inmediata reacción de la parte demandada, que interpuso reposición evidenciando el objetivo desface, pero que recibió por respuesta el auto del 5 de septiembre, en el que la juez consideró no poder responder por no existir reposición de reposición y porque todos los puntos en discusión estaban resueltos. Este proveído fue catalogado por la Fiscalía como obvia consecuencia de las resoluciones precedentes, no como decisión ilícita independiente.

"Pues bien; el detalle de lo actuado descubre una situación que derrumba las bases de la acusación y pone en entredicho también el argumento de la defensa de que la conducta desarrollada por la funcionaria fue típica, en efecto:

"Si se recuerda que el auto del 1º de julio de 1986 se basó en el informe errado del escribiente del Juzgado, secundado por el secretario, que apenas se limitó a transferirlo a la funcionaria que lo había solicitado inquiriendo si la parte demandada había cumplido con la exigencia del numeral 5º del artículo 434 del C. de P. C., y en el cual apenas se le daba cuenta de que en el proceso obraban tres títulos de depósito de sumas en mora, fuerza es reconocer, que la providencia negándose a oír por esa circunstancia de incumplimiento al demandado, careció de la connotación de manifiestamente contraria a la ley. La Secretaría del Juzgado le había hecho ver que de los más de diez títulos de depósito anunciados por el apoderado de la parte demandada en su contestación, solamente obraban tres; entendió, con acierto la funcionaria, que los depósitos acreditados no colmaban la exigencia que abriera al demandado la posibilidad de ser oído.

"Dígase que fue negligente en la verificación del dato, lo cual debió adelantar personalmente, pero es lo cierto que tenía la facultad de ordenar a sus subalternos y razón para creerles, pues ellos, cumpliendo su mandato, habían examinado la situación, y era de suponerse que lo habían hecho correctamente, mas no lo realizaron así, y la llevaron de tal manera a la fundada creencia de que el incumplimiento de la demanda era real.

"En estas circunstancias, lo manifiesto de la contrariedad con la ley, del auto del 1º de julio, que en este específico evento habría sido el artículo 434-5 del C. P. C., no aparece configurado; y tampoco puede tomarse ese proveído como secuencia inicial de un propósito prevaricador con materialización en el auto del 20 de agosto subsiguiente, que fue la decisión —según el criterio de la Fiscalía en la resolución acusatoria, avalante de la del Tribunal en la primera instancia— que conjugó la suma de elementos del hecho punible dada la advertencia

que en el escrito de reposición la demandada le había hecho a la funcionaria de estar al día y tener derecho de ser oída porque los reajustes a que aspiraba la demandante no procedían de conformidad con el Decreto 3209 de 1979, sino en otros decretos.

"Pues bien, es criterio usual, basado en la interpretación de lo normado en el numeral 5º del artículo 434 del C. P. C., y aplicado por la generalidad de los jueces civiles, e igualmente conocido y compartido por el cuerpo de abogados litigantes, el de que, tratándose de lanzamiento por mora en las mesadas pactadas —obviamente con los reajustes que la ley de arrendamientos ha previsto— el requisito de demostración de que tales mesadas y reajustes han sido consignados al arrendador o depositados a nombre del Juzgado que conoce del juicio, se tiene por satisfecho de acuerdo con lo solicitado en la demanda, y ello se explica con el destino que les asigna el numeral 6º de la misma disposición:

> "'Los cánones depositados para la contestación de la demanda se retendrán hasta la terminación del proceso, si el demandado alega entonces no deberlos, y le serán devueltos si prospera dicha excepción; en caso contrario, se entregarán al demandante por cuenta de la deuda. Cuando el demandado no proponga oportunamente la mencionada excepción, el depósito será entregado al demandante en el momento que lo solicite'.

"El decreto citado en la demanda como fundamento de la mora que se alegaba había sido el 3209 de 1979, y la juez entendía que para la contestación de la demanda el demandado debía acreditar los depósitos que conforme a esa legislación se reclamaban, y que de no ser reclamables por la parte demandante, podían ser devueltos al demandado en el momento oportuno eventualidad esta que explicó en su injurada y es atendible. En ese momento de la actuación no le era dado pronunciarse de fondo sobre los argumentos de la parte demandada; la actuación estaba por nacer o no a la vida procesal, y la exigencia objetiva del artículo 434-5 no se hacía esperar. Con la contestación de la demanda debía colmarse; de no ser así, sencillamente, no podía oír a la parte demandada, y ello implicaba, como lo enseñan los doctrinantes, y específicamente el mencionado por el abogado defensor en la audiencia de sustentación del recurso, que a ninguna de sus peticiones podía prestar atención.

"El haber apoyado su liquidación del auto del 20 de agosto en el Decreto 3209 de 1979, que por la cuantía del canon de arrendamiento pactado —inferior a $ 5.000.00— en verdad no venía al caso no fue entonces una decisión manifiestamente contraria a la ley; su criterio se había ceñido con la petición de la demanda por efecto de la previsión del numeral 5º del artículo 434 del C. P. C. La certeza del contenido de la demanda si podía ser analizada al momento de resolver las

excepciones; pero, para oír a la parte que las proponía era menester que ésta consignara los valores reclamados.

"La conducta pues, no llegó a tipificarse, ausente como estuvo de ella el aspecto de lo manifiestamente adverso a la ley, indispensable para la conformación del hecho punible del prevaricato que se le imputó. La decisión emanó de la interpretación armónica de los elementos fácticos y legales, no del desconocimiento o de la deformación del precepto legal de forzosa acogida, pues que los decretos que podían tener esta calidad, en el momento en que se encontraba la actuación, no eran de obligado estudio y aplicación como equivocadamente llegó a entenderlo el apoderado de la parte demandada y, en la resolución acusatoria, la Fiscalía.

"Diverso aspecto —pero que en nada modifica la situación— lo constituye la equivocación numérica que sufrió la funcionaria al efectuar la operación de la liquidación en el referido auto. Aquí, de manera realmente torpe, totalizó guarismos parciales inexactos —lo que no necesariamente se debe atribuir a mala fe— y una suma global alejada de la realidad, cuyo cotejo con la que contabilizaban los comprobantes allegados por la demandada colocó a ésta en desventaja por un margen bien insignificante algo más de un mil pesos, diferencia esta que a fuerza de ser absurda, no motivó al apoderado de la demandada a consignarla para después requerir su devolución, sino que le inspiró una nueva reposición, con el resultado, obvio y correctamente asumido por la Fiscalía prohijando al Tribunal en la resolución acusatoria, de que la juez se negara a su corrección aduciendo la inexistencia de reposición de reposición —aunque podría haber corregido oficiosamente tan garrafal yerro—, en el consecuente auto del 5 de septiembre.

"El error en la operación aritmética contenida en el auto del 20 de agosto, no devino por la aplicación de un decreto impertinente, sino por la equivocación e incapacidad de verificar y probar el elementalísimo problema matemático contenido en la providencia y por omisión de la juez para acudir a alguno de sus empleados como suele hacerse, por lo demás, para que le colaborara en la facción de la operación. Por este aspecto la conducta de la juez fue atípica también, pues el desconocimiento de la legislación de arrendamientos no fue manifiesto; la observó —la que debía aplicar para el momento en que estaba la actuación— pero defeccionó en el aspecto mencionado, y de contera, no se percató de que oficiosamente podía corregir el desaguisado, exteriorizando una aparente terquedad cuando se le evidenció el error y desaprovechó la ocasión para enmendarlo, quizás con la convicción implícita de no poder oír a la parte, aún en la reposición propuesta, hasta tanto cumpliera con la consignación exigida.

"Así pues, tanto la realidad reflejada por la actuación de las partes y de la juez en el proceso de lanzamiento objeto de la denuncia, como el criterio imperante en la asunción de los problemas jurídicos

que de ella dimanaban, desdibujan la adecuación típica de la conducta desplegada por la procesada en el artículo 149 del C. P., y exigen perentoriamente su absolución, previa revocación del fallo de condena apelado".

Como otro fue el criterio de la mayoría, queda este análisis como las razones de mi disenso.

Fecha *ut supra*.

(febrero 25 de 1994).

Didimo Páez Velandia, Magistrado.

DETENCION DOMICILIARIA / DETENCION EN EL LUGAR DE TRABAJO

Es claro que el Nuevo Código de Procedimiento Penal establece varias categorías como medio de aseguramiento y por ello en el artículo 388 consagra que: "Son medidas de aseguramiento para los imputables la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso". / "El artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, emplea el término de domicilio para indicar el sitio de detención parcial cuando el sindicado deba proveer por disposición de la ley a la subsistencia de una o más personas, siempre que no tengan en su contra sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional; que se le sindique por un delito cuya pena máxima no exceda de seis (6) años de prisión y que no haya eludido su comparecencia en la actuación procesal. Así mismo la detención podrá cumplirse en el lugar de trabajo, pero en todo caso el procesado deberá regresar al establecimiento carcelario inmediatamente después que termine sus labores diurnas o nocturnas las que, de acuerdo con la disposición debe realizarlas en un sitio determinado de trabajo o en su domicilio, es decir en su casa de habitación".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 017.

Vistos:

Han llegado las presentes diligencias procedentes del Tribunal Superior de Buga, seguidas contra *Rubiela Marín Orozco viuda de*

Rayo, Exjuez 15 de Instrucción Criminal de Cartago, para conocer de la providencia de fecha 9 de diciembre de 1993, mediante la cual le negó la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria.

La providencia recurrida:

El Tribunal de primera instancia para denegar la sustitución de la medida de aseguramiento, precisó que:

"Entiende la Sala, entonces, que dos son los condicionamientos esenciales para que sea atendible la concesión del beneficio de la 'detención domiciliaria': a) Que la infracción o infracciones penales por las que se procedan tengan señalada pena mínima de 5 años de prisión o menos; y b) Que las especiales circunstancias familiares, de trabajo o de vinculación con la comunidad en que se ha desenvuelto el imputado, debidamente probadas en el proceso, den al funcionario judicial correspondiente, la convicción sincera de que él (procesado) no huirá de la justicia ni pondrá en serio peligro a la comunidad".

"En el caso concreto a estudio, no comparte la Sala el respetable criterio del profesional que solicita el beneficio en mención, por cuanto, si bien puede decirse que los ilícitos endilgados a su defendida Marín Orozco, no tienen pena mínima que supere los 5 años de prisión, las especiales circunstancias familiares, laborales o comunitarias no se dan en pro de ella y, por consiguiente, no se puede estar seguro de que comparecerá al presente proceso cuando se le requiera".

"En efecto, no hay en el procesatorio demostración fehaciente en el sentido de que serios, graves e ineludibles compromisos de naturaleza familiar laboral y/o comunitaria, harán que Rubiela Marín cumpla indefectiblemente la obligación de presentarse personalmente ante la autoridad que la juzga. Súmase a esto la gravedad de los ilícitos imputados; la calidad de dispensadora de justicia que ostentaba en la época de la ocurrencia de tales hechos; y la consideración específica de que siendo dos de los punibles atribuidos a la procesada, la pena, en caso de condena, podría ser superior a los cinco años de prisión".

La anterior decisión fue recurrida en reposición y en forma subsidiaria en apelación por la acusada, bajo las siguientes consideraciones:

Dice la doctora Marín Orozco de Rayo que la providencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, vulnera el derecho de igualdad, previsto en el artículo 13 de la Carta Política, por cuanto en ella se hacen consideraciones diferentes a las efectuadas en el proveído mediante el cual se le otorgó la libertad provisional a su compañera de causa.

Además, que no se le pueden endilgar dos delitos, como lo son el de peculado y falsedad, ya que el expediente que se extravió no servía de prueba, al punto que ella solicitó su reconstrucción y le fue negada.

Disiente igualmente de la interpretación que se le ha dado a la norma invocada para demandar la sustitución de la medida de aseguramiento, por cuanto actualmente se halla enfrentada a situaciones tristes y profundamente dolorosas como es la grave enfermedad (cáncer) que actualmente sufre su señora madre, así como el internamiento de su hijo Henry Rayo en el hospital San Juan de Dios de Bogotá, quien sufriera lesiones craneanas, quienes requieren de su atención personal.

Pone de presente que prestó sus servicios a la Rama Judicial y al Ministerio Público por 20 años, que su conducta en el centro de reclusión ha sido excelente y en cuanto a la comparecencia al proceso advierte que en el Batallón Palacé de Buga donde se encuentra recluida, goza de libertad de movimiento y confianza, pues no tiene custodia o vigilancia permanente y menos cuando considera que su inocencia se halla debidamente probada en autos.

En providencia de fecha 20 de enero del corriente año, el *a quo* mantuvo su decisión y concedió el recurso de apelación por cuanto "no entiende la Sala, ni lo explica la recurrente, el porqué argumenta que se ha violado el principio de igualdad frente a la concesión de libertad provisional de Carmen Lucía Porras Victoria, y nada tiene que ver con el beneficio impetrado por ella Rubiela Marín, con la libertad de aquella".

"Tampoco es de recibo, eso de que no le es atribuible el punible de falsedad en documento público, porque el expediente no servía de prueba, ya que la resolución de acusación así lo dispuso y en esta etapa del proceso tal pronunciamiento es indesconocible".

"Ahora, si bien es cierto que la familia de Rubiela Marín Orozco padece de seria calamidad doméstica, a juzgar por las constancias médicas que ha adjuntado, ello no demuestra con suficiencia los especiales vínculos familiares a que alude la norma, base de detención domiciliaria solicitada, puesto que sólo aparece su mera manifestación al respecto. No obra en autos prueba en el sentido de que fuese Rubiela Marín la única persona que con su trabajo con el producto económico de su profesión y, además, con sus cuidados y desvelos personales, viera por la sobrevivencia y salud de su progenitora y de su hijo accidentado. En tales condiciones los solos cuidados personales que pueda brindarles ahora, no dan fundamento sólidos a la creencia que anteriormente existía entre ella y tales consanguíneos, esos especiales vínculos familiares a que alude la ley".

"Finalmente, en cuanto que sobre la comparecencia al proceso nada debe tenerse, habida consideración de que Rubiela Marín goza de relativa libertad y confianza en las instalaciones del batallón de esta ciudad, es circunstancia secundaria que se ve menguada por el hecho que una vez dejada en libertad el 23 de octubre de 1992, luego de indagada y haber suscrito diligencia de presentación personal (fl. 632, cuaderno principal número 1) no cumplió tal compromiso, por lo que fue indispensable librarle orden de captura en la resolución acusatoria y su aprehensión efectiva se llevó a cabo el 30 de enero de 1993, por la Policía Nacional en la ciudad de Bogotá (fl. 876, cuaderno principal número 2)".

Consideraciones de la Corte:

Cuestión previa.

Informa la Secretaría de la Sala que la providencia que negó la reposición y concedió la apelación fue notificada por estado el 26 de enero del corriente año, siendo remitido el proceso el 1º de febrero siguiente "sin dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 28, inciso 3º y 33 de la Ley 81 de 1993 que modificaron los artículos 200 y 206 del Decreto 2700 de 1991".

Debe la Corte determinar si en verdad existe irregularidad en el trámite que la inhiba de conocer de la providencia recurrida o, por el contrario, la actuación se ajusta a las preceptivas antes mencionadas, en cuyo caso se procederá a la revisión de la providencia impugnada.

Enseña el artículo 28, inciso 3º de la Ley 81 de 1993, que: "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 en traslado común* 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".

Quiere decir lo anterior que el juez singular o colegiado en la providencia que deniegue el recurso de reposición, si considera viable el subsidiario (apelación), deberá concederlo y disponer el traslado a los sujetos procesales para los fines indicados en la disposición transcrita.

El artículo 33 del citado estatuto, establece que: "Cuando se trate de apelación de providencias que deciden sobre la detención o libertad del sindicado, los términos previstos en los artículos anteriores se reducirán a la mitad".

Así las cosas, por la naturaleza del provcído que ocupa la atención de la Sala (sustitución de la medida de aseguramiento), el término previsto en el inciso 3º del artículo 28 de la Ley 81 de 1993, es el que rige para el trámite del recurso, pues no se trata de una decisión que afecte a la procesada en su libertad o detención. Por ello, la recurrente contaba con seis (6) días para presentar escrito, si lo consideraba pertinente, para adicionar sus argumentos expuestos como sustento del recurso principal, los cuales corren inmediatamente se profiera el auto de concesión del subsidiario. Tan cierto es ello, que la doctora Rubiela Marín Orozco de Rayo, el 21 de enero hizo uso del traslado, anexando documentos que según ella permiten a la Corte revocar la decisión del Tribunal.

Si bien es cierto que en el proveído de fecha 20 de enero del corriente año no se ordenó el traslado, ni la secretaría del Tribunal Superior de Buga dejó expresa constancia respecto del traslado en mención, también lo es que el mismo se surtió conforme a las prescripciones legales ya que los sujetos procesales dispusieron de los días 21, 24, 25, 26, 27 y 28 para presentar sus escritos. El 31 siguiente el término ya había precluido y por ello el 1º de febrero se envió el asunto a esta Colegiatura. En consecuencia se entrará a decidir la impugnación.

El artículo 53 de la Ley 81 de 1993, modificó el 396 del Decreto 2700 de 1991, en el sentido de que la detención domiciliaria procede en aquellos casos en que el hecho punible por el cual se acusa, tenga pena mínima prevista en la respectiva disposición de cinco (5) años o menos, si se establece "que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso y no coloca en peligro a la comunidad".

En cuanto al primer requisito, los punibles por los cuales se le dictó resolución de acusación a la doctora Marín Orozco de Rayo, en su mínimo tiene prevista pena privativa de la libertad inferior a cinco (5) años, con lo cual se cumple a cabalidad la preceptiva aludida, sin que sea pertinente la afirmación del Tribunal de que "la pena, en caso de condena, podría ser superior a cinco años de prisión", dado que tal consideración sólo puede hacerse respecto del beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, pues en forma clara el legislador determinó que la detención domiciliaria procede en favor del sindicado cuando los punibles por los cuales se le investiga, tengan prevista en la respectiva disposición, sanción privativa de la libertad de cinco (5) años o menos, desde luego sin consideración al concurso de infracciones.

Ahora bien, exige la norma al juez la valoración de las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad para determinar en primer término si ellas permiten tener la certeza de que

comparecerá al proceso y, así mismo, que la sustitución de la medida de aseguramiento, no coloca en peligro a la colectividad.

Se tiene dentro del proceso que la doctora Marín Orozco de Rayo estuvo vinculada durante largos años a la administración de justicia y que por tal motivo, tuvo destacada posición en el núcleo social al que pertenecía. No existe constancia alguna que ponga de presente mala conducta anterior y, el hecho de estar acusada por delitos atribuidos durante el ejercicio del cargo de juez de la República, será en la sentencia, de ser condenatoria, cuando pueda al juzgador, dentro de los límites legales, dosificar la sanción que le pueda corresponder dadas las circunstancias específicas y genéricas que resulten comprobadas.

No pueden pasar desapercibidos para la Corte, hechos como los que se han presentado últimamente (enfermedad de su señora madre y único hijo varón), que si bien es cierto hoy no le permiten gozar de la suspensión de la detención, no por ello puede edificarse la negativa del beneficio demandado, pues en el evento de ser otorgado, se le permitiría a la acusada cumplir con sus deberes de madre e hija, los que han sido restringidos en virtud de la privación de la libertad que padece.

En cuanto se refiere a las características laborales, es claro que lo expuesto en párrafos anteriores, permite a la Corte afirmar que con excepción del hecho que motivó la presente investigación, todo parece indicar que la acusada en forma permanente ejerció su profesión a través de la judicatura y retirada de ella, en forma correcta. Por lo mismo, habrá de deducirse de lo expuesto que la procesada reúne los requisitos para ser acreedora a la sustitución de la medida de aseguramiento que demanda, pues no coloca en peligro a la sociedad.

Por último, el argumento expuesto por el *a quo*, relativo a su no comparecencia al proceso, no corresponde exactamente a lo realmente acontecido con la doctora Rubiela Marín Orozco de Rayo. Efectivamente una vez fue escuchada en indagatoria, el instructor dispuso la suscripción de diligencia de compromiso de presentarse "ante la Sala Penal del honorable Tribunal Superior de esta localidad,...cuando se le requiera y a informar todo cambio de dirección para las notificaciones que sean del caso (fl. 632), compromiso que la acusada en forma alguna incumplió, pues no aparece constancia alguna de que el Tribunal la hubiese citado a la dirección o al teléfono de su residencia, cuyos datos aparecen consignados en la diligencia correspondiente".

Una vez proferida resolución de acusación, tampoco fue citada. Se libraron sí órdenes de captura a los diferentes organismos de seguridad del Estado y si bien es cierto fue capturada en esta ciudad de Santafé de Bogotá el 28 de enero de 1993, lo fue en la Avenida de las Américas a la altura de la Avenida 68, sin que ello implique que haya cambiado de residencia sin previo aviso al Tribunal, pues tampoco podría limitársele su traslado temporal a la ciudad capital, pues, re-

cuérdese que para ese momento, ninguna medida de aseguramiento en su contra se había proferido y, además, aún en el evento de estar gozando de libertad provisional y de habérsele impuesto la obligación de presentarse periódicamente al Tribunal, su incumplimiento sólo le acarrearía la revocatoria del beneficio otorgado.

Las condiciones personales de la acusada que ya han sido objeto de análisis, permiten a la Corte así mismo, afirmar que la doctora Marín Orozco de Rayo comparecerá al proceso en el momento en que el Tribunal de instancia así lo exija, máxime que su detención continuará en su residencia, bajo el régimen carcelario, cuyo incumplimiento le acarrearía la revocatoria del beneficio, sin perjuicio de las acciones penales y disciplinarias carcelarias a que hubiere lugar.

Es claro que el nuevo Código de Procedimiento Penal establece varias categorías como medida de aseguramiento y por ello en el artículo 388 consagra que "son medidas de aseguramiento para los imputables la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso".

Como quiera que existe diversidad de criterios respecto de si los términos de domicilio y residencia son sinónimos o si por el contrario en materia penal deben aplicarse de acuerdo a la concepción civilista prevista en el Código Civil Colombiano, esta Sala en providencia de fecha 22 de octubre de 1922, precisó al respecto:

"El Código Penal consagra en su artículo 42 como penas accesorias la restricción domiciliaria la que define en el artículo 57 *ibidem*, como 'la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio o en la prohibición de residir en determinado lugar', es decir, que independientemente de la pena privativa de la libertad en el evento de la concesión de uno cualquiera de los subrogados penales previstos en los artículos 68 y 72 del citado estatuto, el juez podrá, si lo considera necesario (art. 52) disponer que el procesado no puede salir durante un determinado tiempo del municipio donde reside o prohibirle fijar su residencia en un determinado lugar".

"Por otra parte, el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal consagra las obligaciones del sindicado en los casos de libertad provisional o cuando se impone medida de aseguramiento distinta de la detención preventiva, entre las cuales se encuentra la de informar todo cambio de *domicilio*, y no salir del país sin previa autorización del funcionario. De lo anterior, podría pensarse que en efecto el legislador ha determinado como residencia la casa o sitio en que el procesado deba vivir con su familia y como domicilio la ciudad o municipio donde tenga el asiento de sus negocios o donde ejerce su actividad, profesión u oficio".

"Sin embargo, el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, emplea el término de domicilio para indicar el sitio de detención parcial cuando el sindicado deba proveer por disposición de la ley a la subsistencia de una o más personas, siempre que no tenga en su contra sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional; que se le sindique por un delito cuya pena máxima no exceda de seis (6) años de prisión y que no haya eludido su comparecencia en la actuación procesal. Así mismo la detención podrá cumplirse en el lugar de trabajo, pero en todo caso el procesado deberá regresar al establecimiento carcelario inmediatamente después que termine sus labores diurnas o nocturnas las que, de acuerdo con la disposición debe realizarlas en un sitio determinado de trabajo o en su *domicilio*, es decir, en su casa de habitación".

"...el artículo 407 del estatuto procesal penal consagra la suspensión de la privación de la libertad por tres causales y en el evento de ser procedente por cualquiera de ellas 'el funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su *domicilio*, en clínica u hospital, en el lugar de trabajo o estudio', es decir, que el término domicilio lo emplea inequívocamente referido a su residencia o casa de habitación".

"Cabe agregar que según el diccionario de la Real Academia Española por *domicilio* se entiende la *morada fija y permanente*; lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos; *casa en donde uno habita o se hospeda*".

En consecuencia, la providencia recurrida será revocada para otorgarle a la doctora Rubiela Marín Orozco de Rayo, la sustitución de la detención preventiva por la de detención domiciliaria, para lo cual deberá prestar caución por la suma de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00) que deberá consignar a favor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, detención que debe continuar en su sitio de residencia del que sólo podrá salir para los fines del proceso o a causa de permisos debidamente autorizados por el magistrado sustanciador, con las debidas seguridades que el caso amerite. No le impone a la acusada la obligación de realizar trabajo social durante el término de detención domiciliaria ni en los fines de semana.

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

Resuelve:

1. *Revocar* la providencia de fecha 9 de diciembre de 1993, proferida por el Tribunal Superior de Buga, por las razones expuestas en precedencia.

2. *Sustituir* la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria en favor de la acusada doctora Rubiela Marín Orozco de Rayo, para lo cual deberá prestar caución la suma de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00) que deberá consignar a favor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, detención que debe continuar en su sitio de residencia del que sólo podrá salir para los fines del proceso o a causa de permisos debidamente autorizados por el magistrado sustanciador, con las debidas seguridades que el caso amerite. No le impone a la acusada la obligación de realizar trabajo social durante el término de detención domiciliaria ni en los fines de semana.

3. Telegráficamente comuníquesele al magistrado sustanciador de la citada Colegiatura, doctor José Alirio Cruz Perdomo, para que proceda de conformidad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA

En el derecho procesal penal no existen pruebas privilegiadas pues todas las legalmente arrimadas a una investigación, encuéntrese ésta en cualquiera de las etapas previstas del esquema procesal vigente, deben ser valoradas en igualdad de condiciones a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, y de otra, que en esta misma materia, el legislador le ha otorgado al juez plena libertad, lo que significa que de manera oficiosa o a petición de parte, pueda ordenar y practicar las probanzas que mayores probabilidades tengan de conseguir los objetivos propuestos.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 18.

Vistos:

Se decide sobre el recurso de reposición interpuesto por el denunciante *Jaime Rafael Pedraza* contra la providencia de enero 20 del año en curso, por medio de la cual la Corporación se abstuvo de iniciar proceso penal en contra del senador *Gustavo Alberto Galvis Hernández.*

Los argumentos del denunciante:

A través del recurso de reposición que ahora se resuelve, el denunciante insiste en que se dé comienzo formal a la investigación y para rebatir los fundamentos de la decisión inhibitoria presenta los siguientes argumentos básicos:

a) Los documentos aportados con la denuncia, entre ellos, las fotocopias de los formularios de inscripción y modificación de las listas de candidatos al Senado por el Movimiento Nueva Fuerza De-

mocrática, prueban los hechos denunciados (que el senador Gustavo Alberto Galvis Hernández no cumplió con la exigencia legal de aceptación de la candidatura y la ulterior modificación de la lista) y con base en ellas debe proferirse resolución de apertura de investigación;

b) Las pruebas en que se sustenta la resolución inhibitoria, por no haber sido solicitadas por él, en su calidad de denunciante, sino ordenadas y practicadas oficiosamente, son "improcedentes" y por ende inadmisibles al tenor del artículo 250 del C. de P. P., además de "nulas", de acuerdo al artículo 29 de la C. N., por haber sido obtenidas con violación del debido proceso;

c) De acuerdo a esas pretendidas pruebas, se está encubriendo la omisión imputada al parlamentario, porque no obstante existir los documentos a que se refiere la providencia inhibitoria, ellos son "inocuos", por cuanto no prueban el cumplimiento de las normas constitucionales electorales;

d) Las elecciones del veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), estaban sujetas al Acto legislativo número 2 de la Asamblea Nacional Constituyente el cual no puede ser desconocido con invocación de decretos o leyes de inferior categoría.

Consideraciones de la Corte:

1. Se inició la presente investigación previa con base en la denuncia formulada por el ahora impugnante contra el senador Gustavo Alberto Galvis Hernández, a quien atribuye la comisión de presuntos delitos de falsedad personal y fraude procesal. La situación fáctica tiene relación exclusiva con el hecho de que el ahora senador no hubiera firmado el formulario de inscripción E-9, en señal de aceptación de su candidatura, ni tampoco aquél por el cual se lo cambió de renglón en la misma lista (E-11), circunstancia esta última que en definitiva le permitió acceder al Senado de la República.

Para el denunciante —se dijo en la resolución protestada— la falta de firma del senador en los respectivos formularios, que es exigencia legal para la inscripción y por ende para la ulterior elección, puede constituir el medio por el cual se hizo incurrir en error al registrador que aceptó la irregularidad y, aún más, puede dar origen a que la persona así elegida, se esté atribuyendo ilegalmente calidad que no le corresponde.

2. Los fundamentos de la decisión inhibitoria tienen que ver con la inexistencia del comportamiento denunciado, conclusión a la cual se llegó luego de obtener de las autoridades electorales las copias de las comunicaciones a través de las cuales se advierte que el doctor Galvis Hernández cumplió objetivamente con el requisito de la aceptación de la candidatura y el cambio de renglón. Y si bien es veraz

que no lo hizo en esta ciudad donde se realizó la inscripción de la lista del Movimiento de la Nueva Fuerza Democrática, ni tampoco mediante la imposición de su firma en los formularios E-9 y E-11, también lo es que cumplió con tales exigencias, mediante mecanismo igualmente idóneo: Comunicaciones escritas oportunamente presentadas ante los delegados del Registrador Nacional en la ciudad de Bucaramanga, en las mismas fechas en que los plazos de inscripción y modificación de listas vencían. Desde entonces, la Sala resaltó la validez de este mecanismo y la consecuencia obvia de que frente a dicha circunstancia debidamente probada era razonable concluir que el hecho denunciado no había tenido existencia alguna. Sobre el particular, anotó:

> "Aquellas —las comunicaciones, se aclara— contienen manifestaciones expresas sobre aceptación de la candidatura y sobre el cambio del renglón 17 al 8, que en definitiva ocupó el ahora denunciado y que dio como resultado su elección como senador por el Movimiento 'Nueva Fuerza Democrática'. Además, las dos comunicaciones aparecen personalmente presentadas y con exhibición del documento de identidad del candidato, según lo avala el delegado del Registrador Nacional en Santander, lo cual permite concluir que se trata de documentos con suficiente capacidad probatoria.
>
> "4. De las especificaciones contenidas al respaldo de los formularios, se concluye razonablemente que la aceptación tanto de la inscripción como del cambio de renglón no debían hacerse exclusivamente mediante la imposición en los mismos de la firma del postulante. Al contrario, lo que tales referencias indican es que existían mecanismos supletorios para cumplir los requisitos previos a la inscripción definitiva, como cuando se indica que se pueden presentar 'cartas o constancias de aceptación de los candidatos que no firman esta solicitud' (fl. 21 vto.)".

3. La anterior conclusión, que surge del proceso de raciocinio que debe emplearse en la apreciación probatoria y que se sustenta en los elementos de juicio legal y oportunamente allegados, no logra afectarse en sus consecuencias jurídicas con los argumentos expuestos por el impugnante. Fácil es observar que ningún soporte legal encuentra su inicial planteamiento de que sólo pueden tener valor probatorio los documentos aportados con la denuncia, con total desconocimiento del que intrínsecamente poseen los que de manera oficiosa se allegaron en la etapa que concluyó con la decisión inhibitoria.

En este punto debe precisarse que el recurrente olvida, de una parte, que en el derecho procesal penal no existen pruebas privilegiadas pues todas las legalmente arrimadas a una investigación, encuéntrese ésta en cualquiera de las etapas previstas dentro del esquema procesal vigente, deben ser valoradas en igualdad de condiciones a la

luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, y de otra, que en esta misma materia, el legislador le ha otorgado al juez plena libertad probatoria, lo que significa que de manera oficiosa o a petición de parte, puede ordenar y practicar las probanzas que mayores probabilidades tengan de conseguir los objetivos propuestos, que en la presente situación y dada la etapa porque se avanzaba, no eran otros que los contenidos en el artículo 319 del C. de P. P., modificado por el artículo 40 de la Ley 81 de 1993.

4. Como en este caso concreto, el ordenamiento de pruebas durante la etapa de investigación previa, se enmarcó dentro de los parámetros jurídicos generales que vienen de precisarse y dentro de los específicos contemplados en el artículo 323 del C. de P. P. ("Durante la etapa de investigación previa podrán practicarse todas las pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos" es su contenido material), ninguna tacha cabe a la incorporación oficiosa de los documentos que han evidenciado —con suficiente fuerza probatoria— que el hecho denunciado, naturalística y jurídicamente considerado, no tuvo existencia alguna. Tampoco sobre su procedencia, pues lo que la investigación pone de resalto es que se trataba de una prueba absolutamente conducente y pertinente, dado que la revisión de los documentos aportados con la denuncia, evidenció la posibilidad racional de que el requisito de la aceptación hubiera podido ser cumplido por el senador denunciado mediante algún mecanismo supletorio al cual se referían las especificaciones contenidas al reverso de uno de los formularios. Y si la prueba fue decretada con observancia de los principios que rigen la materia, y a más de ello, su conducencia y pertinencia no se remiten a duda, carente de cualquier valor y sustento queda el cuestionamiento de que se está en presencia de pruebas nulas de pleno derecho, por haber sido obtenidas con violación del debido proceso.

Al contrario, la conclusión que se impone es la de que el allegamiento oficioso de los documentos que sustentan la decisión inhibitoria, estuvo suficientemente sustentado en los principios de necesidad, conducencia y pertinencia de las pruebas. En este contexto debe resaltarse que también resulta inapropiado y carente de lógica jurídica plantear que se está frente a pruebas que deban rechazarse de acuerdo a las previsiones del artículo 250 del C. de P. P. Las probanzas a las que se refiere esta norma, son aquellas que los sujetos procesales solicitan pero que, por ser prohibidas o ineficaces, deben provocar el inmediato rechazo del funcionario judicial, pero en modo alguno a las que éstos mismos decretan y practican dentro de la órbita de dirección de las investigaciones y en desarrollo del principio de la sana crítica a que antes se hizo referencia.

5. Adicionalmente ha dicho el impugnante, que si bien los documentos presentados por el senador denunciado ante las autoridades electorales de Bucaramanga existen dentro de este diligenciamiento, se trata de "documentos inocuos" porque no subsanan la omisión

atribuida a aquél en la denuncia y tampoco prueban el cumplimiento de las normas constitucionales electorales. Ya se dijo por esta Sala —y ahora se reitera— que de acuerdo a las especificaciones contenidas al respaldo de los formularios de inscripción y modificación de listas, el requisito de la aceptación no procedía exclusivamente mediante la imposición de la firma del candidato, sino que existían para ello mecanismos supletorios, como los utilizados por el senador Galvis Hernández.

Si se acude a la preceptiva del artículo 19 del Acto constituyente número 2 de junio 30 de 1991, bien se ve, que el constituyente extraordinario dejó a la Organización Electoral la determinación, entre otros, de los procedimientos de *inscripción y modificación de candidatos*. Desarrollo de esa facultad expresa, lo constituyen las exigencias, requisitos y especificaciones que cada uno de los formularios propios de ese trámite llevan impresos, dentro de los cuales se encuentra, el que autoriza a presentar "cartas o constancias de aceptación", cuando los candidatos no firman la solicitud. Esta previsión de quien estaba facultado para hacerla, elimina la presunta "inocuidad" de los documentos que esgrime el denunciante y, por contrario, le otorga a las cartas o constancias de aceptación de la candidatura, validez para dar por objetivamente probado el requisito echado de menos por el denunciante, que es lo que tiene verdadera relevancia, en orden a concluir, para efectos penales exclusivamente, que el hecho denunciado no existió.

6. Esgrime el denunciante, como último argumento para insistir en la revocatoria de la decisión inhibitoria, el de que la única norma aplicable en este caso, para suplir la falta de la firma en los documentos de aceptación de la candidatura y modificación de listas, es la referida en el inciso segundo del artículo 7º del Acto constituyente número 2 de 1991.

Reza el acotado precepto, en lo pertinente:

> "*En caso de que no se hayan aceptado previamente las candidaturas*, no se comprueben las calidades exigidas para ser senador, representante o gobernador, o no se haya dado cumplimiento al requisito de proclamación de candidaturas, los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil rechazarán la inscripción. Contra esta decisión cabe el recurso de apelación ante el Consejo Nacional Electoral, que decidirá de plano" (Se resalta).

En criterio de la Sala, tampoco este argumento le reporta éxito al recurso, porque lo que en tal precepto transitorio se prevé es, en primer lugar, que los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil puedan "rechazar la inscripción", en los casos en que previamente no se haya aceptado la candidatura y, en segundo término, que esta decisión administrativa, tiene recurso de apelación ante el Consejo

Nacional Electoral. No que mediante este mecanismo se supla la falta de aceptación de la candidatura, como parece entenderlo el recurrente. Y sobre un eventual rechazo de la candidatura del denunciado, nada se dijo por el denunciante ni tampoco se informó por las autoridades electorales, cuando en dos oportunidades se les preguntó sobre el proceso de inscripción de este aspirante al Senado. Al contrario, la información que, en últimas, éstas suministraron, es la relacionada con el cumplimiento del requisito echado de menos por el doctor Pedraza con base en el cual se ha pregonado la inexistencia de hecho susceptible de investigación penal.

7. En compendio, no habiéndose logrado desvirtuar por el autor del recurso los fundamentos de la decisión inhibitoria, ésta habrá de mantenerse.

8. En relación con la petición final del denunciante, de expedición de copias para investigación separada de los presuntos partícipes que carecen de fuero constitucional, pronto se evidencia su improsperidad porque, ya en auto de noviembre doce (12) del año anterior, se adoptó la respectiva decisión frente a la denuncia conjunta que aquél presentó contra el senador Galvis Hernández y el Registrador Nacional del Estado Civil, Luis Camilo Osorio.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Primero. No reponer su propia providencia de fecha enero 20 último, por las razones consignadas en la anterior motivación.

Segundo. Archivar las diligencias, una vez en firme esta decisión, sin perjuicio de lo previsto en el inciso final del artículo 327 del C. de P. P.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR / CONSULTA

En la sistemática penal militar, conforme a lo prescrito en el artículo 131, todas las sentencias de primera instancia son consultables. Ello significa que, ineludiblemente, el Tribunal Superior Militar, hubiese o no recurrido el encartado, tenía la obligación de examinar la decisión tomada por el inferior, con la posibilidad de efectuar los ajustes que considerara convenientes, sin ningún tipo de limitación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 13.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el procesado *Hansen Humberto Suárez Guayara* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, confirmatoria en lo fundamental de la dictada por el Comando del Departamento de Policía de Santafé de Bogotá, mediante la cual lo halló responsable de un delito de hurto agravado, sancionándolo a purgar la pena principal de catorce (14) meses de prisión, más las accesorias de separación absoluta de la Policía Nacional e interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal. La Corporación únicamente revocó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

El diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y uno el automotor en el que viajaban Nelson González y Julieta Ruiz sufrió desperfectos mecánicos a la altura de la Avenida Boyacá con calle 13 de la capital de la República. Minutos después hizo su aparición un vehículo de la Defensa Civil en el que patrullaban el policial procesado en compañía del también uniformado Pablo Antonio González Mateus. Mientras éste requisaba a la pareja, Suárez Guayara hacía lo propio

con el vehículo, luego de lo cual ayudaron a empujar el automotor a un lugar cercano, marchándose a proseguir con su ronda. Fue en ese momento que González se dio cuenta que faltaba una pistola de su propiedad que guardaba en medio de los asientos delanteros del automóvil, hecho que lo motivó a poner el caso en conocimiento de las autoridades competentes.

Sinopsis procesal:

En los siguientes términos la sintetizó la delegada:

"El Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar de Bogotá por auto del dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa (1990) abrió la investigación y vinculó a la misma mediante indagatoria a Hansen Humberto Suárez Guayara y Miguel Antonio Montaño Quiroga. Por medio de proveído del cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991) decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de Hansen Humberto Suárez Guayara por el delito de hurto.

"El Comando del Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá, en su condición de juez de primera instancia, por auto de mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991) avocó el conocimiento de la investigación y posteriormente por Resolución número 102 de diciembre treinta y uno (31) del mismo año convocó a un Consejo de Guerra sin la intervención de vocales para que por el procedimiento señalado en el Libro II, Sección II, Título I, Capítulo II del Código Penal Militar juzgara al agente de la Policía Nacional Hansen Humberto Suárez Guayara, procesado por el delito de hurto con circunstancias de agravación punitva que define y sanciona el Código Penal Militar en su Capítulo I, Título XV, Sección II, Libro I.

"El día diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992) se llevó a cabo el correspondiente Consejo de Guerra.

"El Comando de Policía Metropolitana de Bogotá, mediante sentencia del treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), condenó al procesado Hansen Humberto Suárez Guayara a la pena principal de un (1) año y dos (2) meses de prisión como responsable del delito de hurto con circunstancias de agravación punitiva y a las penas accesorias de separación absoluta de la Policía Nacional e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal. Otorgó al condenado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional conforme

al artículo 62 del C. P. Militar. En cuanto al otro procesado Miguel Antonio Montaño Quiroga dispuso la cesación de procedimiento.

"Interpuesto el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, el Tribunal Superior Militar por providencia del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992) lo confirmó, pero lo modificó en el sentido de revocar el subrogado de la condena de ejecución condicional que otorgó el *a quo* al procesado Hansen Humberto Suárez Guayara.

"Contra la anterior decisión se impetró recurso extraordinario de casación".

La demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, contenida en el artículo 220 del C. de P. P., el recurrente plantea un único cargo, por violación directa de la ley sustancial al inaplicarse el artículo 31 de la Carta, "...por haber hecho más gravosa la pena impuesta en la segunda instancia, cuando el condenado fue único apelante".

Sustenta su aserto en la propia sentencia de primera instancia que condenó a su representado a la pena principal de un (1) año y dos (2) meses de prisión como autor del delito de hurto con circunstancias de agravación punitiva, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, por un período de prueba de dos (2) años, pese a lo cual, al surtirse el recurso de apelación, el Tribunal lo reformó al revocarle el beneficio en cuestión, haciendo más onerosa la pena impuesta al condenado. Cita al efecto, con la transcripción correspondiente, un fallo de esta Corporación en que un supuesto similar ordena corregir el entuerto.

Concepto del Procurador
Primero Delegado en lo Penal:

El representante del Ministerio Público comparte las apreciaciones del censor, recordando que el procesado fue apelante único y que si bien es cierto que no se aumentó el *quantum* de la pena impuesta, también lo es que su situación "...sí se le hizo más gravosa al haberle sido revocado el subrogado de la condena de ejecución condicional, esto es, se le tornó más severo el cumplimiento de dicha sanción punitiva". Solicita, por tanto, la casación parcial del fallo para reconocer al acusado el acotado beneficio.

La Corte:

1. La inquietud del censor, avalada por el representante del Ministerio Público, sería válida si en verdad el recurrente cumpliera con los requisitos que prescribe el artículo 31 de la Carta, salvo que la providencia no admita el grado jurisdiccional de la consulta. Obsérvese.

2. La razón de ser de la *reformatio in pejus* es que no se encuentra fundamento ninguno para que el condenado, buscando un beneficio al intentar la revisión en segunda instancia del fallo que le fuera adverso, en vez de conseguir su objetivo, vea acrecentada su condición al deteriorársele su situación punitiva. Si él es el único inconforme con la decisión y si los demás sujetos procesales (la parte civil o el Ministerio Público) la encuentran adecuada a sus expectativas, se convierte la sentencia de primera instancia en el máximo rigor que pueda sufrir el reo.

3. Como bien se ve, el artículo 31 en cita parte del supuesto de que el superior únicamente tiene la oportunidad de conocer del asunto a través del recurso de apelación interpuesto por el reo. Sin embargo, cuando el estudio del proceso se lo proporciona indefectiblemente la vía de la consulta, es obvio que no puede encontrarse limitado en su estudio, pues es todo el avatar procesal, junto con la actuación de sus protagonistas el que es objeto de su atención. De no ser así, resultaría inane la alzada obligatoria y se desnaturalizaría el mandato del legislador que ha querido, para determinados asuntos, de acuerdo con su delicadeza, importancia o trascendencia, que sean revisados *in integrum* por el superior.

4. En el caso de autos, es cierto que Suárez Guayara fue el único que recurrió en apelación ante el Tribunal por lo que, en principio, la norma del artículo 31 de la Carta lo cobijaría. Sin embargo, en la sistemática penal militar, conforme a lo prescrito en el artículo 431, todas las sentencias de primera instancia son consultables. Ello significa que, ineludiblemente, el Tribunal Superior Militar, hubiese o no recurrido el encartado, tenía la obligación de examinar la decisión tomada por el inferior, con la posibilidad de efectuar los ajustes que considerara convenientes, sin ningún tipo de limitación.

Así lo hizo. Luego de estudiar las diferentes determinaciones tomadas en la primera instancia consideró que eran correctas excepto en lo relacionado con la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Son juiciosos sus razonamientos. No basta —asegura— el cumplimiento del requisito cuantitativo que en el presente evento se satisface a plenitud pues el monto de la pena impuesta (14 meses de prisión) no sobrepasa los tres (3) años de prisión. De igual manera hay que examinar la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho punible. Al respecto así discurre el Tribunal cuando advierte:

"La confianza que la sociedad le depositaba al acusado Suárez Guayara como representante de la sociedad y en esas condiciones fue que el ofendido González Cañón, cuando su vehículo se le varó en las horas de la noche y al ver la patrulla policial de la cual hacia parte el acusado le solicitó colaboración, la cual a la larga fue negativa e inoportuna porque además de no haberle prestado la colaboración requerida le sustrajo el arma de defensa personal que llevaba en medio de los dos asientos delanteros del vehículo de su propiedad. Y para esto basta con saber quién es el procesado, pues nada menos que se trata de un agente con suficientes años al servicio de la institución, pues había ingresado desde el día 16-VI-79, como él mismo lo acepta en su injurada. Esas calidades y condiciones implicaban para él un comportamiento ejemplar, guardar lealtad a la institución que lo ha albergado en su seno durante varios años, y por lo mismo, no debería haber cometido actos como el que se le imputa. Asombra que una persona con varios años al servicio de la Policía Nacional, que conocía perfectamente las funciones que le correspondían se haya apartado de esa misión y haya cometido hechos como los que se le imputan.

"Ciertamente, la Sala, como lo dice el señor agente del Ministerio Público en su caso similar sostuvo: 'Que ni social ni institucionalmente resulta aceptable que miembros de la autoridad, de un cuerpo armado que cumple misiones de represión del delito, con sacrificio de sus hombres y dignidad en la mayoría de las acciones desarrolladas, por el contrario se aparten de esa noble misión y traicionando deberes e intereses legítimos, incurra aprovechando el cargo y funciones correspondientes en conductas como las que refieren los autos'.

"Y esta apreciación de la Sala recibió pleno respaldo de la honorable Corte Suprema de Justicia cuando en providencia del 21-XI-90 con ponencia del doctor Didimo Páez Velandia, aceptó en su integridad tales apreciaciones jurídicas, y las hizo suyas en dicho proveído".

Aunque esta decisión agravó la situación jurídica de Suárez Guayara, su apego a la normatividad no deja la menor duda. Como ya se vio, no fue únicamente el recurso de apelación la vía que le permitió a la Corporación conocer del asunto. De todas maneras, así el condenado no se hubiese mostrado inconforme, el Tribunal tenía la obligación de verificar el apego a la ley de la decisión tomada en la primera instancia. Y así lo hizo con las consecuencias anotadas.

5. Así las cosas, no teniendo el recurrente razón en el reproche presentado a consideración de la Sala, el libelo ha de rechazarse.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / SENTENCIA ABSOLUTORIA / FALSEDAD

Antes de la vigencia del C. de P. P. de 1987, la acción de revisión sólo procedía contra las sentencias, siempre que éstas fueran de carácter condenatorio. / Sin embargo, el legislador de 1987 consideró necesario y conveniente para los fines de la justicia, como un esfuerzo en su lucha contra la impunidad, extender los efectos de la revisión a las sentencias absolutorias, pero *únicamente* cuando ellas fueran el resultado de un acto delictuoso del juez o de un tercero, o se apoyaran en peritación, testimonio o cualquiera otra prueba falsa. / Al extender el legislador, la acción de revisión a los autos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación, en lógica jurídica la competencia para conocer de dicha acción, corresponde a la Corte o a los Tribunales, dependiendo siempre de que el fiscal que haya dictado las aludidas providencias sea delegado ante los jueces de un distrito o ante el Tribunal Superior. / El motivo de revisión contemplado en el numeral 5º del artículo 232 del C. de P. P., sólo procede cuando se demuestre "...EN SENTENCIA EN FIRME, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa". No es suficiente en consecuencia, con que se afirme en la demanda la posibilidad de la existencia de un elemento de prueba falsa. Es indispensable, que en sentencia en firme se haya declarado la falsedad del testimonio, peritación o documento que sirvió de sustento a la sentencia o al auto de preclusión.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 19.

Vistos:

El señor apoderado de la parte civil, ha interpuesto *Acción de revisión,* contra la decisión de la Fiscalía Primera Delegada ante el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, de fecha noviembre cinco de 1993, que confirmó el auto proferido por la Fiscalía Séptima de Delitos contra el Patrimonio Económico y mediante el cual se declaró la *preclusión de la investigación*, adelantada contra *Feliciano Pérez García*, sindicado del delito de abuso de autoridad.

Se considera:

Antes de la vigencia del C. de P. P., de 1987, la acción de revisión sólo procedía contra las sentencias, siempre que éstas fueran de carácter condenatorio.

Sin embargo, el legislador de 1987 consideró necesario y conveniente para los fines de la justicia, como un esfuerzo en su lucha contra la impunidad, extender los efectos de la revisión a las sentencias absolutorias, pero únicamente cuando ellas fueran el resultado de un acto delictuoso del juez o de un tercero, o se apoyaran en peritación, testimonio o cualquier otra prueba falsa.

En la exposición de motivos de la comisión redactora del C. de P. P., de 1987, se explica la innovación introducida a la acción de revisión con las siguientes razones:

"...En cuanto al recurso extraordinario de revisión el cambio más importante es tal vez el de institucionalizar que es susceptible el recurso de revisión contra sentencias absolutorias, cuando éstas hayan sido obtenidas mediante el delito, o cuando la sentencia se haya fundamentado en testimonio, peritación, documento o cualquier otra prueba falsa. Es un cambio rotundo en la tradición procesal, pero se considera que la majestad de la cosa juzgada, no puede acompañar jamás a las decisiones obtenidas mediante el delito, porque es tanto como la aceptación y legalización de las actividades delictivas realizadas para la obtención de la sentencia absolutoria..."

Esta inquietud de la comisión redactora quedó plasmada en los numerales 4º y 5º del artículo 231 del C. de P. P., de 1987.

El C. de P. P., de 1991, actualmente vigente, continuó con esta misma orientación y recogió las causales a que se ha hecho referencia en los numerales 4º y 5º del artículo 232 que establecen:

"Artículo 232. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas en los siguientes casos:

"1º .....

"4º Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, *mediante decisión en firme*, que el fallo fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero.

"5º Cuando se demuestre en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa..."

Pero fue más allá la voluntad del C. de P. P., de 1991, al extender los efectos de estas dos causales de revisión, también a los autos que con carácter de cosa juzgada favorecieran a los acusados, cuando la decisión estuviere determinada por un acto delictuoso del juez o de un tercero, o se apoyare en prueba falsa.

Por eso, el inciso final del artículo 232 tantas veces citado, preceptuó:

"LO DISPUESTO EN LOS NUMERALES 4º Y 5º SE APLICARA TAMBIEN EN LOS CASOS DE CESACION DE PROCEDIMIENTO Y PRECLUSION DE LA INVESTIGACION..."

Competencia:

El nuevo estatuto procedimental penal otorgó competencia para conocer de la acción de revisión, tanto a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como a la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Al señalar la competencia de la Corte, el artículo 68 del C. de P. P., dispuso, que corresponde a esta Corporación conocer de la acción de revisión cuando la sentencia ejecutoriada haya sido proferida en única o segunda instancia por esta Corporación, por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito.

Los Tribunales Superiores conocerán de la acción de revisión, contra las sentencias proferidas por los jueces de su respectivo Distrito Judicial, siempre que no hubieren conocido de ellas en segunda instancia (art. 70).

Al extender el legislador, la acción de revisión a los autos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación, en lógica jurídica la competencia para conocer de dicha acción, corresponde a la Corte o a los Tribunales, dependiendo siempre de que el fiscal que haya dictado las aludidas providencias sea delegado ante los jueces de un Distrito o ante el Tribunal Superior.

Como en el caso que se analiza, la acción de revisión se ha interpuesto contra un auto de preclusión de la investigación ejecutoriado en segunda instancia por un fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Montería, la competencia para conocer la petición corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte.

Decisión a adoptar:

En confuso escrito, el señor apoderado de la parte civil, manifiesta que interpone la acción de revisión, contra el auto que decretó la preclusión de la investigación adelantada contra Feliciano Pérez García, Alcalde de San Antero (Córdoba) a quien se le imputó un presunto delito de privación ilegal de la libertad.

Se apoya el accionante en lo dispuesto en la causal 5ª del artículo 232 del C. de P. P., pero no ofrece la más leve argumentación en relación con la causal alegada.

El motivo de revisión contemplado en el numeral 5º del artículo 232 del C. de P. P., sólo procede cuando se demuestre "...*en sentencia en firme*, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa". No es suficiente en consecuencia, con que se afirme en la demanda la posibilidad de la existencia de un elemento de prueba falso. Es indispensable, que en sentencia en firme se haya declarado la falsedad del testimonio, peritación o documento que sirvió de sustento a la sentencia o al auto de preclusión.

En el caso *sub judice*, el libelista se limita a expresar que el "error de tipo" que sirvió a los juzgadores para liberar de culpabilidad al alcalde acusado no existió, y que en la investigación se incurrió en errores de procedimiento que pudieron quebrantar el artículo 29 de la Constitución Nacional, argumentos propios de las instancias, pero inadecuados en sede de revisión, y del todo ajeno a la causal invocada. Omite en el libelo el accionante, cualquier alusión a la prueba que siendo falsa determinó la preclusión de la investigación y menos acredita, como era su deber, mediante "sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa..." Sin demostración de esa falsedad, es impertinente discutir en la acción de revisión la firmeza de la cosa juzgada, presupuesto indispensable del orden jurídico.

Estas muy breves consideraciones, son suficientes para poner en evidencia la ineptitud sustancial de la demanda de revisión presentada por el señor apoderado de la parte civil, y por ello será desechada.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, INADMITE por inepta la demanda de revisión aquí presentada por el señor apoderado de la parte civil.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DOLO / PREVARICATO

El dolo inherente al tipo penal de prevaricato consiste en el conocimiento que el funcionario tiene de que su conducta se opone manifiestamente a la regulación legal pertinente y a la voluntad de ejecutarla conforme a ese conocimiento.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 18.

Agotado el trámite legal de instancia, procede la Corte a desatar el recurso de apelación que interpusiera el defensor del procesado *Domingo Pérez Gómez* contra la sentencia condenatoria que el Tribunal Superior de Cundinamarca profiriera contra éste por el delito de Prevaricato cometido en su calidad de Juez Séptimo de Instrucción Criminal de Leticia (Amazonas).

Cuestión fáctica:

Al Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal radicado en Leticia (Amazonas), cuyo titular era el doctor Domingo Pérez Gómez, correspondió el proceso contra Jorge Armando Gómez Alonso por el delito de homicidio. En desarrollo del mismo, el juez al definir situación jurídica al sindicado referido, el 19 de noviembre de 1990, se abstuvo de proferir medida asegurativa en su contra y le dio la inmediata libertad, cuando del acopio probatorio existente entonces, se imponía la detención preventiva.

El padre de la víctima se quejó ante el Procurador General de la Nación por la actuación del funcionario mencionado, lo que originó la investigación penal de que trata el presente proceso, la cual se calificó con resolución acusatoria por el delito de prevaricato por acción. Por ese mismo hecho punible una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó al exjuez referido a la pena de quince (15) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, otorgándole

el subrogado de la condena de ejecución condicional. Inconforme el defensor del procesado, interpone y sustenta debidamente el recurso que ahora decide la Corte.

Fundamentos de la imputación de la condena:

Tanto la Sala del Tribunal que conoció del calificatorio como la Fiscalía Delegada ante la Corte que lo confirmó, en virtud de las nuevas reglas de competencia señaladas en el ordenamiento procesal vigente, consideraron que las pruebas obrantes en el proceso para el momento de definir la situación jurídica mostraban una realidad fáctica y jurídica que imponía la medida asegurativa de detención preventiva contra el imputado por el delito de homicidio, pese a lo cual el titular del juzgado con argumentos impregnados de vaguedad y generalidad llegó a una conclusión diferente, profiriendo una medida manifiestamente contraria a la ley y a esa realidad probatoria que le sirvió de fundamento. Consideraron, entonces, que los elementos estructurales del delito de prevaricato por acción se daban por lo que formularon la acusación correspondiente que el fallador de primera instancia halló conforme a los presupuestos legales para una sentencia condenatoria.

El *a quo* destaca cómo la decisión que profirió el juez imputado y que ahora se le reprocha de ser manifiestamente contraria con la ley procesal pertinente, tuvo como fundamento la oportuna atención médica que el lesionado recibió, produciéndose la muerte por los desmanes del mismo afectado, y en la posibilidad de que el propio ofendido se haya ocasionado las heridas en el forcejeo que tuvo con el sindicado, por cuanto los testigos no son veraces en señalar al autor de las mismas. Tal planteamiento lo refuta el juzgador así:

"En cuanto a la prueba que sirvió de soporte a las anteriores apreciaciones, debe resaltarse ante todo la vaguedad que caracteriza la providencia al abordar este tópico, pues la nota común en la parte referente a '*Recaudo probatorio*' es el empleo de expresiones tales como 'de las pruebas recaudadas se sabe', 'los testimonios rezan', 'entre los testigos presenciales se da cuenta', 'por lo demás también se sabe', sin indicación precisa de la fuente de sus supuestas convicciones; pero, pese a ello, alcanza a extractarse que el desconocimiento de la relación causal entre lesiones y muerte lo edificó en el dictamen pericial —lo cual no es cierto— y la autolesión la basó en la valoración parcial y amañada de la declaración de María Eugenia Salas y la propia versión del sindicado, así como en la tajante descalificación de los testimonios de los agentes Fernely Aguirre Higuita y Germán Meneses Barón, por no haber presenciado los hechos".

Fundamentos de la impugnación:

Para la defensa el fallador se equivocó porque "en el supuesto de que hubiera sido equivocada la decisión de mi defendido doctor

Domingo Pérez Gómez, en el sentido de abstenerse de proferir medida de aseguramiento contra el sindicado Jorge Armando Gómez Alonso, esa circunstancia por sí sola, como lo han pretendido los señores magistrados integrantes de la Sala de Decisión del honorable Tribunal de Cundinamarca, no es suficiente para dar por sentado, que obró de mala fe". Agrega que el delito de prevaricato "demanda para su tipificación un dolo específico, consistente en la conciencia por parte del juez o funcionario, de que está adoptando una decisión manifiestamente contraria a la ley", y que es el propio sindicado quien en la audiencia pública manifestó que cuando dictó el auto cuestionado tuvo la creencia de que el sindicado había obrado en legítima defensa y que en dicha providencia, después del análisis probatorio, consignó que el sindicado "puede ser inocente", opinión que no puede calificarse de irracional o descabellada, ya que hay elementos de juicio que la sustentan.

Al adentrarse en los referidos elementos de juicio, manifiesta que su defendido tuvo en cuenta al definir la situación jurídica no solamente las declaraciones indicativas de que el hoy extinto había injuriado y desafiado a pelear al sindicado por haberle cobrado unas vueltas del billete que había recibido, con el fin de pagar una cuenta, y los antecedentes delictivos del mismo, entre los cuales figuran sindicaciones por hurto y tráfico de estupefacientes, los cuales también consumía. Además, como dicho extinto era "una persona rebelde, belicosa y agresiva, según se desprende de haber empujado y desafiado a pelear al sindicado ...y su comportamiento en el hospital, donde se quitó el vendaje y agredió a una enfermera", no resulta ilógico sostener que su patrocinado pudo haber obrado en legítima defensa, y cita unos párrafos de testimonios que dan cuenta de tales comportamientos. Concluye demandando un fallo absolutorio y subsidiariamente, "se rebaje en forma considerable la cuantía de la caución" con el objeto de que su asistido pueda hacer uso del subrogado de la condena condicional.

Consideraciones de la Corte:

1. La inconformidad de la defensa con el fallo impugnado radica esencialmente en que para el recurrente el dolo necesario para deducir responsabilidad al sindicado por el delito que se le acusó, no ha tenido demostración toda vez que la simple equivocación no puede ser tenida como fundamento de una sentencia condenatoria.

Significa lo anterior, entonces, que al no existir reparo alguno formulado o por hacer oficiosamente con relación a la tipicidad y a la antijuridicidad de la conducta del procesado de la referencia, deducidas claramente en la sentencia objeto de análisis, la Corte se ocupará exclusivamente de las razones de la inconformidad manifestada por el impugnante.

2. El dolo inherente al tipo penal en referencia consiste en el conocimiento que el funcionario tiene de que su conducta se opone manifiestamente a la regulación legal pertinente y en la voluntad de ejecutarla conforme a ese conocimiento.

En el caso *sub lite*, la imputación que se hizo al exjuez Pérez Gómez es la de haberse abstenido de proferir medida asegurativa de detención preventiva contra un procesado que de acuerdo con la prueba existente la requería, contrariando así manifiestamente lo establecido en el artículo 414 del C. de P. P., vigente entonces que perentoriamente ordenaba al Juez de Instrucción Criminal o a quien hiciera sus veces dictar medida asegurativa "cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso".

Y el proceso respectivo ciertamente contenía la prueba que la norma requería. En efecto, el dictamen técnico legal señalaba en forma inequívoca la causa determinante de la muerte, después de describir pormenorizadamente la forma como penetró el arma y los destrozos que hizo en el cuerpo del occiso: "SHOCK HIPOVOLEMICO, CAUSADO POR HEMORRAGIA AGUDA SEVERA DEBIDO A LA SECCION DE LAS ARTERIAS SIGMOIDEANAS, DE LA VENA ESPERMATICA IZQUIERDA. LA SECCION DE UNA ARTERIA DEL MESOSEYUNO Y LAS HERIDAS INTESTINALES. POR SU ASPECTO DICHAS HERIDAS FUERON CAUSADAS CON ARMA CORTOPUNZANTE" (fl. 59, anexo 1); la prueba testimonial indicaba sin lugar a dudas, como el mismo auto cuestionado lo reconoce, que entre sindicado y víctima medió primeramente un altercado por la reclamación de unos dineros sobrantes del billete con el cual se canceló una deuda y, luego, un forcejeo entre ellos de donde resultó lesionado el obitado. Si a ello se suma la versión inicial de la compañera de farra del sindicado, María Eugenia Salas Naranjo, que compromete directamente a su compañero en el hecho, al decir que cuando subió éste al carro y se marcharon "me dijo ami (sic) que el (sic) le había metido dos puñaladas..."

Si bien es cierto esta última versión fue cambiada posteriormente para sostener que nada supo al respecto porque se encontraba embriagada, cabe destacar la inactividad del juez para tratar de aclarar la contradicción evidente entre las dos versiones de la misma testigo, ni menos para analizarlas en su proveído y poder saber los motivos por los cuales se inclinó por aceptar la segunda versión, cuando la sana crítica imponía la aceptación de la primera no sólo por la inmediatez de su recepción, sino por otras demostraciones que el proceso arrojaba, como la circunstancia de haber sido encontrada en poder del sindicado una navaja, según lo manifestado por uno de los agentes que conoció del caso.

Esta prueba, como muy bien lo destaca el Tribunal, descartaba la decisión tomada por el juez con base en los absurdos planteamientos

de una hipotética duda sobre el autor de las lesiones o de la causa determinante de la muerte, pues los indicios de tenencia del arma, existencia del móvil, oportunidad de realizar el hecho y mala justificación, sumados al testimonio de María Eugenia Salas comprometían seriamente la responsabilidad del sindicado en el actuar investigado; y, de otra parte, la claridad de la pericia técnico-legal obrante pero olímpicamente dejada de lado en el análisis probatorio, descartaba la concausa que indebidamente vislumbró el funcionario en su proveído.

3. No le asiste, por consiguiente, razón alguna a la defensa cuando frente a la evidencia anteriormente consignada pretende desconocerla, buscando fundamentos probatorios inconducentes para sostener la duda sobre el posible actuar de su patrocinado en legítima defensa. En efecto, de la circunstancia de tener el occiso una personalidad conflictiva que lo llevó a desafiar al sindicado a pelear, y de la existencia de sindicaciones por hurto e infracción a la Ley 30 de 1986, no puede en manera alguna inferirse una agresión injusta, actual o inminente que válidamente pudiese justificar el hecho de la contrareacción; y ésta ni siquiera se vislumbra frente a la imputación de autolesionamiento del obitado que hace el propio sindicado y prohija su defensa y, menos aún, del comportamiento posterior de la víctima en el hospital.

Ciertamente, como lo afirma el impugnante, que el artículo 434 del anterior ordenamiento procesal disponía la improcedencia de la medida de aseguramiento "cuando la prueba sea indicativa de que el procesado pudo haber actuado en cualquiera de las circunstancias excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad", pero, como bien lo destacó el Tribunal y ha quedado consignado en precedencia, la prueba obrante en el proceso para el momento de definir la situación jurídica, lejos de indicar alguna de dichas circunstancias, comprometía sin mayor esfuerzo la responsabilidad del sindicado en el hecho punible a él atribuido. Pero además, en la providencia cuestionada el procesado no planteó la posible justificante que mencionó en la diligencia de audiencia pública, sino que se limitó a sostener la posibilidad de que fuese inocente con base en las circunstancias que analiza: la del autolesionamiento, la de la concausa derivada del comportamiento del lesionado en el hospital y la de ausencia de prueba que directamente comprometiera al sindicado, todo lo cual ha sido rebatido plenamente por la justicia en las diversas etapas de este proceso.

Así las cosas, el haber desconocido la realidad probatoria, la vaguedad en el análisis de los medios probatorios, las omisiones y deficiencias investigativas a que se hizo referencia y las demás circunstancias que fueron destacadas en la resolución acusatoria, son demostrativas sin lugar a dudas de que el actor del exjuez procesado fue doloso y no fruto de la inexperiencia o de la buena fe que se menciona en el escrito sustentatorio de la apelación.

4. De acuerdo con lo consignado en precedencia, la confirmación en su integridad de la sentencia recurrida se impone, sin que sea dado cuestionar así haya base para ello el quantum de la pena y el otorgamiento sin excepción alguna del subrogado de la condena condicional, por prohibirlo el artículo 31 de la Carta y el 217 del actual Código de Procedimiento Penal, por ser el defensor único apelante.

No obstante, y con miras a despachar desfavorablemente la petición subsidiaria de la defensa, encuentra la Corte que el tratamiento punitivo que dio el Tribunal al presente caso fue muy benigno, pues el hecho punible atribuído, por ser su autor un juez de la República en quien ésta y la sociedad han depositado confianza, reviste especial gravedad que bien hubiera ameritado, por lo menos, excluirle del subrogado la pena no privativa de la libertad que con base en el artículo 69 del C. P., podía y debía haberse hecho. La presencia de tal evidencia que no fue tenida en cuenta en el fallo, sin embargo, ha de servir de fundamento para negar la disminución de la caución impuesta y con mayor razón cuando ni siquiera se encuentra privado de la libertad por haberle sido ésta otorgada desde el calificatorio, amén de la ausencia de prueba sobre la insolvencia económica del procesado, profesional en derecho.

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

Resuelve:

CONFIRMAR, en todas sus partes, la providencia impugnada que condenó a Domingo Pérez Gómez, Exjuez Séptimo de Instrucción Criminal radicado en Leticia (Amazonas) por el delito de prevaricato. En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen, previo informe a las partes de lo aquí sucedido.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DICTAMEN / PERITO / PERJUICIOS

La neutralidad (imparcialidad) del dictamen frente a cuestiones ajenas a su función explicativa, la garantiza el legislador prohibiéndole al perito, en todos los casos, de manera absoluta, la emisión de cualquier juicio de responsabilidad penal. / Una vez establecida la existencia del perjuicio, el juez tiene la facultad-deber de determinar su cuantía, en acatamiento del artículo 55 del C. de P. P., pues esta norma la ordena el funcionario que conoce el proceso penal liquidar los perjuicios que en él se hubieren acreditado. / El inciso 2º del artículo 106 del Código Penal para el evento de la liquidación de los perjuicios morales, señala que ésta "se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza o consecuencia del agravio sufrido", en tanto que las directrices para la liquidación de los perjuicios materiales, el inciso 2º del artículo 107 ibídem, dispone que ella "se hará teniendo en cuenta factores como 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".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 19.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por el defensor de la procesada *Stella María Reyes Neira,* Exjuez Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D. C., contra la providencia que el Tribunal Superior de este distrito judicial dictó el dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993), por medio de la cual negó la práctica de pruebas solicitadas por la defensa y

ordenó, de oficio, el avalúo de los daños y perjuicios ocasionados con los hechos punibles, a cargo de perito y asesor contable que designe el director del Cuerpo Técnico de Investigaciones para Santafé de Bogotá y Cundinamarca, de la Fiscalía General de la Nación.

Antecedentes:

Dentro del término previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el señor defensor de la acusada solicitó al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá decretar y recibir los testimonios de los doctores Teodomiro Lozada y Heriberto Caicedo "para que depongan sobre la actividad personal y procesal del señor Manuel Antonio Manrique Soriano" dentro de la acción de Concordato preventivo facultativo que instauró en el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, a cargo en ese entonces de la doctora Stella María Reyes Neira, y sobre el desarrollo del proceso de quiebra en que aquel fue "involucrado".

Con esos testimonios buscaba la defensa acreditar que en lugar de "existir una actitud desfavorable" en aquel proceso para el ahora denunciante, fue éste el que se comportó "en forma conflictiva", al punto que denunció penalmente a varios sujetos procesales que participaban en tal proceso, y "entorpeció" y por último "defraudó" a varios de sus acreedores, lo que, según el recurrente, quiso evitar la ahora procesada.

Como fundamento de su *petitum*, el impugnante cita el artículo 334.4 del Código de Procedimiento Penal (circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó el hecho).

Fundamentos de la decisión impugnada:

Considera el Tribunal que la defensa no señala la trascendencia que aquellas versiones tendrían en la omisión que se le imputa a la procesada funcionaria, consistente en no haber remitido al superior jerárquico el proceso de Concordato preventivo potestativo incoado por el denunciante Manuel Antonio Manrique Soriano con ocasión de la recusación que su apoderada le presentó el 24 de junio de 1986, la cual aquélla no aceptó (auto del 24 de septiembre siguiente), habiendo tardado considerablemente el envío del expediente al Tribunal, a pesar de que ella misma lo había ordenado en el aludido auto.

Sostuvo que sobre la actividad personal y procesal del señor Manuel Antonio Manrique Soriano como de la exfuncionaria acusada, el proceso alberga suficientes elementos de juicio, al igual que respecto de las causas de la situación conflictiva que se dio entre éstos dentro del proceso civil, además de que este aspecto no sirvió de apoyo para

el proferimiento de la resolución de acusación, habida consideración de que los cargos imputados se encuentran referidos a la conducta de prevaricato por omisión.

En esta misma providencia la Corporación de instancia dispuso *motu proprio* el avalúo de los daños y perjuicios ocasionados con el concurso de infracciones, y en observancia del artículo 264 del C. de P. P., elaboró el cuestionario, en siete puntos, que el perito único deberá absolver así:

> "1º Existe relación de causalidad entre la omisión de remitir un proceso civil al superior jerárquico para que resuelva sobre la recusación inaceptada por la señora juez y la causación de perjuicios?
>
> "2º Existe relación de causalidad entre el hecho de ejercer, sin autorización legal, el cargo de juez de la República y la causación de perjuicios?
>
> "3º ... 4º ... 5º ... 6º ... 7º ..."

La impugnación:

No está conforme la defensa con los puntos 1 y 2 del cuestionario que debe responder el perito, porque en su opinión no es de la incumbencia del auxiliar de la justicia establecer relaciones de causalidad entre la conducta omisiva y el perjuicio, así como en el ejercicio del cargo de juez y el perjuicio, si éste operó o no y su naturaleza, ya que esta función es del resorte del juez, según el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal.

En resumen, considera que al no estar comprobados los perjuicios no procede el avalúo ordenado para ellos.

En cuanto a la negación de las pruebas solicitadas, el actor afirma que el Tribunal las "descalifica" por inconducencia sin haber oído a los testigos. Y se pregunta el libelista ¿si es que entonces el delito no tiene motivo y finalidad?, o ¿si es que se prevarica o usurpa funciones públicas sin causa y propósito?

Considera que para la determinación de la verdad real que se declara en la sentencia es indispensable conocer las circunstancias que rodearon los hechos imputados, así como las de la imputación misma, en cuyo marco debe analizarse cada uno de los testimonios, calidad de la cual no escapaca el denunciante, pues de éste debe apreciarse no sólo sus condiciones personales, sino también el contenido de sus asertos y las circunstancias de percepción.

Pretende, en suma, demostrar que "el denunciante tuvo motivos diferentes a los expresados para iniciar el proceso que ahora se busca

culminar" y que la acusada actuó sin ninguna prevención. El derecho a la defensa sale mal librado con esta negación y por lo tanto reitera que se practiquen los precitados medios de prueba.

Consideraciones de la Corte:

Realmente son dos los puntos respecto de los cuales el censor enseña inconformidad o discrepancia:

En el primer caso, aduce ausencia de demostración en el proceso de perjuicios ocasionados por el concurso de hechos punibles que se le endilgan a la exfuncionaria, como también improcedencia de la inclusión que se hizo en el cuestionario dirigido por el Tribunal al perito de dos aspectos que a juzgar por su contenido no son de su incumbencia.

La Corte observa que la afirmación del actor, en el sentido de que en el proceso no se ha establecido si los hechos punibles causaron algún perjuicio, no viene acompañada del correspondiente desarrollo, como que escasamente se hace una simple enunciación al finalizar su primera parte del libelo, no obstante conocer la clara concepción del Tribunal de que los hechos punibles imputados tienen la potencialidad de generar perjuicios. Evidencia de ello se encuentra en su orden oficiosa de que fueran cuantificados por un experto.

De modo que si el actor no expresa las razones que lo asisten en aquella apreciación y en el proceso no militar ningún elemento de juicio que le imprima respaldo legal, el tema planteado queda reducido a un simple criterio personal carente de persuasión.

Y si bien los recursos ordinarios, como el aquí interpuesto, no requieren de una técnica especial en su desenvolvimiento, es lo cierto que ellos comportan la obligación de que el impugnante manifieste con claridad los argumentos que le dan fundamento a su inconformidad, conforme al principio procesal de sustentación de los recursos que desarrolla el artículo 196-A del C. P. P.

En cuanto al reparo del apelante atinente al punto del cuestionario para el perito, es decir si existe nexo causal entre el hecho de que la procesada hubiera continuado desarrollando su actividad como juez en el citado proceso civil, a pesar de estar pendiente el recurso de apelación interpuesto contra su auto que inaceptó la recusación, y el posible perjuicio y su naturaleza, es preciso anotar de una vez que el reparo corresponde a la realidad. Basta con acudir a sus contenidos para concluir que éstos no coinciden con la función de carácter explicativo que implica la tarea técnico-científica del perito —la cual versa exclusivamente sobre los hechos especiales que interesan al proceso (art. 233 del C. de P. Civil)—, y no con la actividad *valorativa* que debe emprender el funcionario judicial (juez o fiscal).

Tal carácter explicativo del peritaje viene dado por el artículo 267 del C. de P. Penal que expresa que en el dictamen "se *explicarán* los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones". La neutralidad (imparcialidad) del dictamen frente a cuestiones ajenas a su función explicativa, la garantiza el legislador prohibiéndole al perito, en todos los casos, de manera absoluta, la emisión de cualquier juicio de responsabilidad penal.

Siendo así las cosas, en el caso que se examina efectivamente le corresponde al juez auscultar si la clase de omisión que se le endilga a la exfuncionaria origina algún perjuicio (moral y/o material). De igual manera le compete a él, no al perito, establecer si entre el ejercicio que se predica como ilegítimo en la función de juez y la causación de perjuicios existe o no relación de causalidad, sin olvidar que el hecho punible en la generalidad de los casos puede ocasionar un perjuicio, postulado éste que refrenda el artículo 103 del Código Penal cuando expresa que "El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan".

Pero una vez establecida la existencia del perjuicio, el juez tiene la facultad-deber de determinar su cuantía, en acatamiento del artículo 55 del C. P. P., pues esta norma le ordena al funcionario que conoce del proceso penal *liquidar* los perjuicios que en él se hubieren acreditado y a esto debió limitarse el decreto oficioso del Tribunal, sin hacerlo extensivo a los dos puntos que objeta el libelista.

Tanto es así que el inciso 2 del artículo 106 del Código Penal para el evento de la liquidación de los perjuicios morales, señala que ésta "se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza o consecuencias del agravio sufrido", en tanto que las directrices para la liquidación de los *perjuicios materiales*, el inciso 2º del 107 *ibidem*, dispone que ella "se hará teniendo en cuenta factores como 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*" (resalta la Sala).

En conclusión, la Corte no tiene reparo qué formular al avalúo dispuesto por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, pero sí comparte con el actor el criterio de que los dos primeros puntos del cuestionario que se confeccionó para ser sometido a la consideración del perito, no encajan en su función.

En cuanto a la negación de la práctica de las pruebas pedidas por el recurrente, la Sala comparte las apreciaciones lógico-objetivas de la Corporación de instancia. La prueba inconducente debe ser rechazada en obedecimiento al artículo 250 del C. de P. Penal, según el cual no son admisibles las pruebas que *"no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso"*.

Conforme a la anterior prescripción, la conducencia de la prueba se determina por la relación que tenga con los hechos de la acusación. La prueba es conducente cuando por su particular relación con el hecho delictivo y/o la responsabilidad del procesado, puede servir como elemento de juicio al juez para resolver el asunto que tiene asignado.

El Tribunal rechaza la pretensión del recurrente por ser innecesaria e inconducente ya que los hechos que el peticionario pretende establecer con la prueba solicitada ya se encuentran suficientemente demostrados en el proceso.

En fin, bien porque los medios de prueba reclamados por el actor no son necesarios en el proceso, ora por inconducencia de los mismos ante el no señalamiento de su trascendencia, la providencia recurrida reclama la aprobación de la Sala y así se procederá.

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

Resuelve:

REVOCAR el auto de fecha, naturaleza y procedencia indicadas que se ha examinado por vía de apelación, en lo que se refiere a los numerales 1 y 2 del cuestionario sometido a la consideración del perito —parte motiva de la providencia—, CONFIRMANDOLO en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ESTAFA

Aceptar que el valor del objeto rifado sólo debe temerse en cuenta cuando siendo legal la rifa se impaga el premio, es aceptar como delito el simple incumplimiento de una obligación de hacer. Cuando en una rifa fraudulenta una boleta resulta ganadora, la cuantía es la del objeto ofrecido como premio por ser la boleta premiada título negociable por quienes desconocen el fraude.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 020.

Vistos:

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado *Jaime Hildebrando Ferrucho Escobar*, contra la sentencia emitida el 20 de octubre de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la que se le condena como autor responsable del delito de estafa agravada, a la pena principal de 16 meses de prisión y multa de veinte mil pesos y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual. Así mismo, se le impone la obligación civil indemnizatoria en cuantía de diez millones de pesos, y se adoptan otras determinaciones pertinentes.

Hechos y actuación procesal:

Durante el año de 1989, Jaime Hildebrando Ferrucho Escobar vendió cuarenta (40) boletas a un precio unitario de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00), en Santafé de Bogotá, de una rifa que jugaba con el Sorteo Extraordinario de Navidad del 22 de diciembre de ese año y que prometía como premios varios bienes, entre ellos un vehículo Chevrolet Monza 0 kilómetros. Según los volantes de propaganda la rifa estaba respaldada por una firma de nombre "Inversiones Aries Ltda.", tenía como finalidad la ayuda "Pro-educación del niño desam-

parado del municipio de San Francisco" y sólo jugaban 625 boletas o "títulos" con diversas opciones de acierto; además, exhibían un sello que aparentaba ser de la Alcaldía de San Francisco y atribuían la responsabilidad de la rifa a la mencionada firma.

Llegado el día del sorteo, Ferrucho, quien ese día y el anterior publicó dos avisos en la página de clasificados informando el aplazamiento de su rifa —pues que era él el artífice y ejecutor del plan alcatorio—, cobró a los hermanos Norberto y Noé Rodríguez la última cuota que le adeudaban de una boleta que en compañía éstos le habían comprado a plazos, sin comentarles sobre el antedicho aplazamiento; y, sucedió, que justamente uno de los números de esta boleta, coincidió con el del Sorteo Extraordinario de Navidad, para el vehículo Monza, por lo que los consocios dueños le reclamaron el pago de tal premio. Este les replicó que su rifa había sido oportunamente aplazada y comunicado el aplazamiento y que por ello no tenía en esa fecha la obligación de pagarles; fue entonces denunciado penalmente.

Luego de practicar algunas diligencias preliminares el Juzgado Veinticinco de Instrucción Criminal de Bogotá, abrió la investigación penal correspondiente, vinculó mediante indagatoria al implicado, estableció la inexistencia de permiso por parte de cualquier ente oficial para la realización de la rifa en alusión; y, calificó el mérito sumarial con resolución acusatoria inculpándolo por el delito de estafa agravada por la cuantía, debido al valor comercial del carro no entregado —la parte civil lo estimó en diez millones de pesos— (fls. 1 y ss. 28, 45, 227, 164, 232, 244-250 v. cdno. ppal. 1).

La etapa del juicio fue adelantada por el Juzgado Treinta y uno Penal del Circuito, que lo condenó por el mismo hecho punible por el que había sido enjuiciado a las penas referenciadas y le dedujo como obligación indemnizatoria por perjuicios materiales diez millones de pesos ($ 10.000.000.00). El fallo *a quo* fue apelado por la parte afectada y confirmado íntegralmente por el Tribunal Superior del Distrito, mediante el que ha sido recurrido extraordinariamente (fls. 270, 289, 296 y ss. 310-328 cdno. ppal. 1 y cdno. Tribunal).

La demanda:

El cargo único que conforma la demanda contra la sentencia de segunda instancia se fundamenta en la causal 3ª de casación, por hallarse viciado el proceso, en sentir del actor, de grave irregularidad invalidante consistente en falta de competencia de los funcionarios falladores dada la cuantía del ilícito.

Afirma el profesional que habiendo sido de treinta y cinco mil ($ 35.000.00) el valor de la boleta vendida a los denunciantes, era ésta y no otra la cuantía del hecho punible y por tanto, la competencia para investigarlo y fallarlo recaía en el Inspector de Policía. El falla-

dor se equivocó al establecer la cuantía sumando al valor de las boletas vendidas el del "premio que no percibieron los quejosos" y al condenar por daños en la cuantía del valor del premio no entregado.

Añade que los contratos aleatorios como el celebrado entre el procesado y los denunciantes carecen de acción civil según el Código de la materia —arts. 2282 y 2283—, y si éstos carecían de tal acción para reclamar el "presunto premio", el proceso debió enviarse a la autoridad competente y concluye que tampoco tenía competencia el fallador de primera instancia para reconocer la acción civil "para el juego y la apuesta".

Consecuente con sus planteamientos solicita la casación del fallo mediante su anulación para que se enderece el procedimiento y se de la libertad a su patrocinado.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa acogiendo parcialmente la tesis del demandante por lo que considera que el proceso debe ser anulado en su totalidad.

Advierte el distinguido colaborador que "las rifas constituyen un contrato aleatorio de los definidos en el artículo 2282 del C. C., que requiere generalmente de la autorización del Estado a través de oficinas administrativas encargadas de ello"; que en la rifa la esencia del juego es la expectativa para el jugador de ganar el premio; que esa expectativa ingresa al patrimonio del sujeto cuando se convierte en hecho consolidado efectivamente al darse el resultado esperado que lo hace ganador a través del azar, en virtud de las reglas del contrato. Pero, advierte el funcionario, para que esto cobre realidad, debe tratarse de "una rifa verdadera, que es la única que permite afirmar que al adquirir el boleto o número se adquiera material y jurídicamente una expectativa de ganancia".

Y es rifa verdadera la que se pacta en un contrato verdadero, no fingido o simulado "en que no puede darse consecuencia lícita alguna: ni la expectativa de ganar ni la ganancia del premio". Y como quiera que el contrato oneroso aleatorio, se sujeta a los requisitos de todo contrato lícito —arts. 1498, 1499 y 1502 C. C.—, su consecuencia es la de generar la obligación jurídica de "ofrecer una expectativa real para los apostadores o jugadores, y la de pagar el premio a quien resulte ganador"; pero si no existe el consentimiento de una de las partes, no habrá fuente obligacional en el mundo del derecho, y por lo mismo tampoco será exigible lo que no ha nacido jurídicamente por ausencia de ese elemento esencial del contrato.

Si la rifa fue presentada como artificio porque su oferente no tuvo voluntad de dar opción de ganancia, no hay contraprestación a lo que

recibe como pago de la boleta o cupón de juego "por ser un acto de trampa", y se deshace el contrato al perder sus cualidades de conmutativo y oneroso, convirtiéndose en un delito de estafa, fuente de obligaciones al tenor del artículo 1494 del C. C.

Sobre estas bases dialécticas, considera entonces, que en el caso concreto existió una estafa en la que el artificio productor del error en la víctima lo constituyó la rifa simulada, no un contrato oneroso aleatorio con las consecuencias patrimoniales propias de éste, y que en tal contrato el objeto material del cual se desprendió aquella por su propia voluntad viciada por el error fue el valor de la boleta que pagó al oferente de la ficticia rifa, es decir, $ 35.000.00, que tal es la suma en que se acrecentó ilícitamente el patrimonio del procesado y correlativamente se menguó el del ofendido. Pero como varios fueron los compradores de las boletas —cuarenta personas—, todas ellas resultaron defraudadas para una global suma de un millón cuatrocientos mil pesos ($ 1.400.000.00), suma esta con la cual deber guardar proporcionalidad la condena por perjuicios por la correlación entre proveído y daño propia de los delitos contra el patrimonio económico.

Así, de acuerdo con la cuantía precisada, la competencia para investigar y fallar el caso recae, conforme al artículo 73 del C. P. P., en los jueces municipales, y por consiguiente, el proceso debe invalidarse y ser enviado a la autoridad correspondiente mediante la casación propuesta.

Consideraciones de la Corte:

Los cuestionamientos que la demanda hace a la sentencia del Tribunal en el único cargo que la conforma, carecen de eficacia para lograr su reemplazo en sede de casación, por lo que habrá de mantenerse, no obstante las interesantes reflexiones del Ministerio Público, que también propugna por la casación aunque fundado en razones diferentes a las del censor.

La conducta desarrollada por el procesado, como se sabe, consistió en que, utilizando propaganda y boletas que mandó imprimir con leyendas que carecían de veracidad, en las que anunciaba la rifa, para el 22 de diciembre de 1989, de valiosos premios, entre ellos un carro marca Chevrolet Monza, que pericialmente fue avaluado en diez millones de pesos ($ 10.000.000.00), indujo en error a numerosas personas —cuarenta y cinco, según su indagatoria— para que le compraran boletas; y, luego, cuando dos de ellas —adquirientes de una— resultaron favorecidas al coincidir el número de su boleta con el del Sorteo Extraordinario de Navidad oficialmente autorizado con el que jugaba, negarse a pagar el premio —que lo era el automóvil—, aduciendo haber aplazado su rifa y avisado oportunamente tal cancelación.

Como artificios, el acusado empleó: afirmar que la rifa tenía autorización de la Alcaldía de San Francisco y estampado a cada

boleta un sello que aparentaba ser de ese ente municipal, sin que tal autorización le hubiera sido expedida; que estaba respaldada la rifa por "Inversiones Aries Ltda.", no obstante que no existía persona jurídica alguna con ese nombre dedicada a la realización de sorteos, rifas o similares y una firma que con ese nombre existía, tenía muy diferente objeto social y de ella no hacía parte el implicado ni como socio ni como propietario; que la rifa tenía una finalidad humanitaria como era "Pro-educación del niño desamparado de San Francisco", cuando ninguna organización de esa clase existía.

Considerando los jueces calificador y fallador, que la estafa cometida por el procesado fue una sola y en cuantía equivalente al valor del premio no entregado, así lo encausaron y condenaron, imponiéndosele en la sentencia como obligación indemnizatoria la misma mencionada cuantía.

Lo anterior es cuestionado por el demandante quien sostiene que la cuantía del delito es el valor de la boleta vendida, es decir $ 35.000.00, y que por consiguiente los jueces que lo juzgaron carecían de competencia para conocer del proceso, y más aún para imponerle como obligación indemnizatoria a su cliente el valor del vehículo que los compradores de la boleta premiada pretendían haber ganado, siendo así, el asunto es de competencia de las autoridades de policía. Además, califica de improcedente la acción civil que se tramitó simultánea con la penal porque los juegos de azar carecen de acción conforme al Código Civil.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, por su parte, parcialmente acorde con el recurrente, conceptúa que se trató de una estafa global a la comunidad, en cuantía solamente del valor de las boletas vendidas, no del valor del premio entregado.

En criterio de este funcionario, entre el vendedor de las boletas y los compradores no existió contrato aleatorio porque aquel no contribuyó a él con su consentimiento para que produjera efectos jurídicos exigibles, sino que ideó y realizó una serie de artificios con los que incurrió en estafa, para inducir en error a éstos y determinarlos a desprenderse del valor de cada boleta: $ 35.000.00, y como fueron cuarenta las boletas vendidas, disminuyendo en un monto global de un millón cuatrocientos mil pesos ($ 1.400.000.00) el patrimonio de los compradores, e incorporando ese valor ilícitamente a su propio peculio.

Si no tuvo voluntad verdadera de efectuar la rifa, tampoco la tuvo de ofrecer la expectativa que cada boleta vendida podía generar en su adquiriente de ganar el premio, y por consiguiente esa expectativa jamás entró a formar parte del patrimonio de los compradores de las boletas, porque para que ella asuma esa realidad jurídica, el contrato aleatorio ha de ser verdadero, que es el único a través del cual se puede "afirmar que al adquirir el boleto o número se adquie-

re material y jurídicamente una expectativa de ganancia en el juego de alea" —en cuyo evento la no entrega del premio jamás sería delito, sino incumplimiento de una obligación, aclara la Sala—.

Concordante con su planteamiento, estima el procurador que la condenación en perjuicios no podía sobrepasar el valor de la suma en conjunto esquilmada a los compradores de las boletas, y que por su cuantía, el ilicito correspondía investigarlo y fallarlo a un Juzgado Penal Municipal.

Pues bien: la cuestión por dilucidar se centra en la cuantía del ilícito cometido por el procesado, siendo el tema indemnizatorio y el de la competencia por completo dependientes de ella, en cuanto consecuencia civil del delito lo primero, y presupuesto procesal, lo segundo.

Se sabe por el propio acusado, que jamás adquirió los premios que ofrecía para entregarlos a los ganadores; que carecía de solvencia económica para hacerlo; que no desplegó toda la diligencia necesaria para vender las 625 boletas de que costaba el plan de rifa, omisión que atribuyó a haberse visto aquejado durante unos cinco meses, de grave dolencia física que le impidió colocar toda la boletería, lo que tampoco realizó por intermedio de empleados por carecer de medios económicos para pagarles salarios. De igual manera, se sabe que un día antes del sorteo, es decir, el 21 de diciembre de 1989 y el mismo día, el 22, publicó un aviso de aplazamiento en la sección de avisos clasificados de dos diarios de amplia circulación nacional; y, que horas antes del sorteo cobró a los denunciantes el saldo que le adeudaban del valor de la boleta —se la había vendido a plazos— sin comentarles del aplazamiento. Consta así mismo en el proceso, que el sindicado fue condenado por delito de igual naturaleza en 1986 y que en numerosas ocasiones se han solicitado antecedentes suyos a la Policía por sindicaciones de la misma clase.

La secuencia fáctica que evidencia el proceso deja al descubierto, que no fue una sino múltiples las conductas constitutivas de delito de estafa realizadas por el procesado, de las cuales sólo la que es materia de la sentencia impugnada es susceptible de reproche por parte del Estado dado el fenómeno de la caducidad que afecta las restantes (Ley 23 de 1991), en efecto:

Las maniobras engañosas del procesado se efectuaron para inducir en error a todas y cada una de las personas a quienes les logró vender boleta para su rifa, como quiera que por razón de los artificios que en cada boleta y volante de propaganda incluyó y que le daban visos de seriedad a la rifa, fue que cada comprador se desprendió voluntariamente del valor de la boleta menguando su propio patrimonio y aumentando ilícitamente el del audaz y mentiroso empresario de rifas, que sin escatimar medio alguno, esquilmó a quienes le creyeron.

Fingió autorización de la autoridad de un pequeño municipio de Cundinamarca para realizar la rifa y asegurándose de no ser descubierto sobre la falacia de esa autorización, vino a vender las boletas a la ciudad capital de la República; fingió el respaldo de una firma "Inversiones Aries Ltda.", sin tener nada que ver con entidad alguna dedicada a la actividad alcatoria; fingió que la rifa tenía un fin humanitario; estampó en cada boleta un sello que decía ser de la Alcaldía de San Francisco —el juez calificador, acertadamente ordenó expedir copias para investigar al alcalde de entonces, ante las afirmaciones del procesado—, todo ésto repetido una y otra vez en cada boleta, vale decir, que igual al número de las que vendió, fue el de infracciones a la ley penal en forma de estafa que realizó en relación con las personas que se las compraron y que no resultaron "favorecidas", siendo para cada una de ellas la cuantía del hecho punible, la de $ 35.000.000, hoy de competencia de las autoridades de Policía en calidad de contravención especial (arts. 1º-14 Ley 23 de 1991), pero cuya acción requiere querella (art. 2º *id.*) en cuanto el procesado no fue sorprendido en flagrancia en la venta de sus fraudulentas boletas, lo cual ha caducado debido a que este fenómeno jurídico requiere seis (6) meses para poner el hecho en conocimiento de la autoridad.

Contrariamente, no acaeció lo mismo respecto de la boleta "ganadora". En este caso las maniobras engañosas alcanzaron a los adquirientes para menguar su patrimonio en la cuantía del premio ganado conforme lo ofrecido pero que no les entregó el "empresario" de la rifa, aquí procesado.

Recuérdese que él nunca compró los bienes a rifar, que carecía de posibilidades económicas para hacerlo, que no vendió sino un ínfimo número de boletas en comparación a las que anunciaba en el plan —luego no podía con el producto de la venta de las boletas comprar los premios para pagarlos—; y, que viéndose afectado en su salud —aceptando esa parte de sus explicaciones de la injurada— durante tan extenso lapso de tiempo —cinco meses— no aplazó oportunamente la rifa en forma que demostrara buena fe. El aplazamiento apenas lo anunció un día antes y el día del Sorteo Extraordinario de Navidad de 1989 con un aviso incrustado en la página de los clasificados de dos diarios de circulación nacional (fls. 47, 54 y 55), de todo lo cual lo único lógico a inferirse, es que su intención era no pagar el premio prometido en su clandestina rifa en el evento de que cayese en poder de alguno de los compradores, lo que se confirma, al recibir de éstos, el mismo día de la rifa momentos antes de verificarse ésta, el valor restante de la boleta que le adeudaban, sin enterarlos obviamente del aplazamiento.

Los dos engañados compradores consocios de la boleta ganadora, inducidos en error accedieron a participar en la rifa con un interés patrimonial concreto: el alea de ser ganadores de un jugoso premio, y éste ingresó a su peculio formalmente desde el momento en que el número de su boleta coincidió con el del sorteo de la lotería oficial.

mente autorizada como era el Extraordinario de Navidad de 1989. El vendedor les prometió una ganancia si accedían a comprarle la boleta, y ellos la compraron sólo pensando en esa ganancia y plenamente convencidos que todo era legítimo, y no que existía un cúmulo de irrealidades impreso en la propaganda y la boleta. Su intención no era celebrar un contrato con todas las formalidades legales con el vendedor de la boleta sino hacerse a un premio que fácil de ganar se les hizo ver, y al resultar ganadores, lo natural era que exigieran el pago. Aceptar, como lo hace la Procuraduría, que el valor del objeto rifado sólo debe tenerse en cuenta cuando siendo legal la rifa se impaga el premio, es aceptar como delito el simple incumplimiento de una obligación de hacer. Cuando en una rifa fraudulenta una boleta resulta ganadora, la cuantía es la del objeto ofrecido como premio por ser la boleta premiada título negociable por quienes desconocen el fraude.

Pero el vendedor no tenía intención de pagar pues su insolvencia desde cuando propuso el plan era absoluta y no podía adquirir los premios que prometía; tampoco con el producto de las boletas podía comprarlos porque sólo vendió 45; pero, ello no desnaturaliza el hecho pues su riesgo de jugador —como que para idear y ejecutar proyectos de la índole de que es materia de la investigación descubre una personalidad proclive a esa actividad— lo llevó a confiar que el premio no quedara entre los compradores de sus boletas y a no pagar con el ardid del aviso clasificado en caso de que su cálculo fallara, y así sucedió; vale decir, el dolo antecedió al incumplimiento del pago.

Así pues, la estafa que cometió respecto de los denunciantes, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala para casos como el aquí examinado, lo fue en cuantía del valor del premio impagado —diez millones de pesos ($ 10.000.000,00)— que resolvieron acertadamente las instancias; no del valor de la boleta vendida a los ganadores como lo sostiene el actor, ni del precio global de todas las boletas vendidas como lo afirma la Procuraduría, por lo que la competencia para el asunto no ha de sufrir variación en cuanto el proceso se tramitó por la autoridad legalmente indicada.

Y consecuencia de la cuantía del hecho punible, el monto de la indemnización por daños a los ofendidos, es el del valor del premio no pagado que las instancias le dedujeron.

No prospera entonces, el cargo de la demanda, ni puede acogerse la sugerencia de la Procuraduría.

En mérito, 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 expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Scavedra Rojas, con salvamento de voto; *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz*, salvó el voto; *Gustavo Gómez Velásquez*, *Didimo Páez Velandia*, *Juan Manuel Torres Fresneda*, *Jorge Enrique Valencia Martínez*.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ESTAFA (SALVAMENTO DE VOTO)

La doctrina de manera muy uniforme ha sostenido que en este delito (estafa), el daño patrimonial que sirve para determinar su cuantía, se establece comparando el patrimonio económico de la víctima antes y después de la intervención punible del estafador, para fijar su diferencia cuyo monto, es la medida de la cuantía.

I. Cuando una persona se presenta a reclamar el premio a que se hizo acreedor por tener en su poder la boleta ganadora de una rifa, y éste no le es cubierto por el responsable de la misma, se pueden presentar varias situaciones:

1. Que sólo se trate de un problema eminentemente civil, si es que todo se reduce al simple incumplimiento de la obligación contraída, caso en el cual serán los jueces de esta especialidad los encargados de dirimir el conflicto.

2. Que el reclamante haya sido víctima de una estafa. En este caso es preciso distinguir dos hipótesis:

a) Cuando los "artificios y engaños" que contempla el artículo 356 del C. P. tuvieron por finalidad el fingimiento de la celebración del sorteo, porque desde que se planeó el delito y se principiaron a vender las boletas era claro para el estafador que éste jamás se llevaría a cabo. Es decir, cuando no existe posibilidad de que alguno de los suscritos a la rifa pueda resultar ganancioso, ya que sólo se les vendió una ilusión, la de que podrían ganarse un premio, que ni existía, ni se pretendía sortear jamás;

b) Cuando los "artificios y engaños" tuvieron por finalidad desconocer el premio que realmente sí se sorteó, esto es, cuando se engaña al ganador haciéndosele creer que a pesar de que la suerte lo favoreció, el premio no puede serle entregado por alguna circunstancia mentirosa o falsa, convenciéndolo, por ejemplo, de que la boleta es espuria, o equivocado el número que como ganador registraron los medios de comunicación.

A pesar de que en estas dos hipótesis se presenta un delito de estafa, éste no tiene las mismas características en ambas.

En la primera, los sujetos pasivos del delito son todos y cada uno de los compradores de boleta, ya que a todos ellos se les hizo creer, engañosamente, que iban a participar en un sorteo que jamás se efectuaría y que en consecuencia nunca podrían ganarse. El delito quedaría consumado en el momento mismo de hacerse la disposición patrimonial (cancelación de la boleta), que es también el momento a tenerse en cuenta para determinar la cuantía del ilícito; la fecha anunciada para el fingido sorteo no tendría ninguna trascendencia para la estructuración del delito, pudiendo servir en algunos casos, a lo sumo, como indicio de responsabilidad. Si antes de llegar el día de la rifa se descubre toda la patraña, es claro que el ilícito estaba consumado en relación con todos los adquirentes de la boletería, por lo cual, reiterarse, la anunciada fecha del sorteo es del todo indiferente al ilícito cometido. El valor del premio o premios ofrecidos tampoco tiene incidencia alguna en la estructura del delito, ni en la determinación de su cuantía, como que éstos jamás existieron ni se pensaron sortear, constituyéndose, por tanto, sólo en un incentivo más, engañosamente dispuesto por el estafador para atraer a sus víctimas. La cuantía de la estafa, en este caso, sería el valor total de las boletas vendidas, que fue lo que el sujeto activo del delito "obtuvo", con el correlativo perjuicio económico que sufrieron los adquirentes de los boletos.

En la segunda hipótesis, en cambio, el único sujeto pasivo de la estafa es el tenedor del boleto ganancioso, puesto que a los demás en nada se les engañó: Se les vendió la oportunidad de concurrir a un sorteo y efectivamente en él participaron, pero no ganaron. No sucede lo mismo con el triunfador. El también participó en el sorteo y por este aspecto tampoco sufrió defraudación alguna. Pero en cambio sí vio afectado su derecho al premio porque a pesar de que resultó favorecido, mediante engaños y artificios se lo convenció de que no tenía derecho a él. Aquí la fecha del sorteo sí tiene alguna significación, en el sentido de que es preciso que dicha fecha llegue para que pueda presentarse la estafa. Y la cuantía del delito también en esta hipótesis es distinta a la del caso anterior. En este evento lo que se obtiene del ganador, mediante artificios y engaños, desde luego, es que buenamente acepte que a pesar de serlo, no tiene derecho a reclamar el premio del cual se hizo ilícitamente el estafador, en detrimento, obvio, del patrimonio económico de la víctima, que se ve disminuido en la misma medida en que el del primero se incrementa. En este caso el ganador es "despojado", por decirlo de alguna manera, del premio merecido, constituyéndose, por tanto, su valor, en la cuantía del delito, para efectos de determinar la competencia y dosificar la sanción.

II. La situación fáctica planteada en este proceso corresponde, inequívocamente, a la primera hipótesis, esto es, a la venta de la ilusión, por expresarlo en alguna forma, como se desprende con claridad de la simple lectura del fallo de casación, en el cual se insiste en que el procesado Ferrucho Escobar jamás tuvo la intención de cancelar el premio:

"Pero el vendedor no tenía intención de pagar pues su insolvencia desde cuando propuso el plan era absoluta y no podía adquirir los premios que prometía; tampoco con el producto de las boletas podía comprarlos porque sólo vendió 45; pero, ello no desnaturaliza el hecho pues su riesgo de jugador —como que para idear y ejecutar proyectos de la índole de que es materia de la investigación descubre una personalidad proclive a esa actividad— lo llevó a confiar que el premio no quedara entre los compradores de sus boletas y a no pagar con el ardid del aviso clasificado en caso de que su cálculo fallara, y así sucedió; vale decir, *el dolo antecedió al incumplimiento del pago*".

Sin embargo, la mayoría de la Sala en la sentencia, confundió y refundió en una sola las dos hipótesis que nosotros distinguimos y por ello llegó a una solución que estimamos equivocada, injusta y contradictoria.

Equivocada, porque al concretar como cuantía del delito el valor del premio que se tenía intención de no pagar jamás, se acudió a un criterio que no consulta ni el desmedro patrimonial sufrido por las víctimas, ni tampoco el "provecho ilícito" obtenido por el procesado, que como se sabe son correlativos y constituyen el quantum de la estafa. Al respecto es conveniente recordar que la doctrina de manera muy uniforme ha sostenido que en este delito, el daño patrimonial que sirve para determinar su cuantía, se establece comparando el patrimonio económico de la víctima antes y después de la intervención punible del estafador, para fijar su diferencia, cuyo monto, es la medida de la cuantía.

La decisión mayoritaria, en nuestro sentir, se apartó equivocadamente de este acertado parecer doctrinario, porque en relación con la estafa cometida en detrimento del patrimonio económico de los tenedores de la boleta ganadora, equiparó el valor del premio a la cuantía, no obstante reconocerse expresamente que el procesado padecía una "insolvencia absoluta" que le hacía imposible obtener los premios ofrecidos, los cuales jamás tuvo la intención de adquirir ni mucho menos sortear. Si se compara el patrimonio de los hermanos Rodríguez antes y después de la intervención punible del acusado, la diferencia es de $ 35.000.00, que fue el valor de la boleta comprada, y no de $ 10.000.000.00 (valor del automóvil que se anunciaba engañosamente como premio mayor). Ni siquiera teniendo en cuenta la totalidad de lo recaudado por la venta de la boletería podría llegarse a una cifra aproximada a ésta última, pues si sólo se vendieron cuarenta (40) boletas a un costo unitario de $ 35.000.00, es obvio que el procesado únicamente esquilmó a todas sus víctimas en un total de $ 1.400.000.00, que fue la suma global de lo que éstas perdieron por el comportamiento punible del procesado. Sin embargo, la mayoría de la Sala lo condenó como autor de una estafa por valor de $ 10.000.00.00, sin explicar de

dónde salió este dinero, pues el procesado jamás lo recibió, ni lo tenía (padecía de "insolvencia absoluta", reconoce el fallo), ni sus víctimas tampoco nunca se desposeyeron de él.

La injusticia que produce la aplicación de la tesis que no compartimos, es evidente, y se realza aún más si se considera que como ordinariamente todo el que decide efectuar una rifa espera obtener una utilidad de ella, es obvio que el valor total de la boletería exceda al del premio o premios ofrecidos. En consecuencia, si Ferrucho Escobar hubiera logrado vender las 625 boletas que ofrecía, el valor de lo estafado habría ascendido a un total de $ 21.875.000.00. De conformidad con la decisión mayoritaria su responsabilidad sería menor de la que realmente le correspondería, y hasta se vislumbra la posibilidad de que hubiera que devolverle lo que sobrara después de deducir el valor de los premios no cubiertos.

También nos parece contradictoria la posición mayoritaria cuando en relación con unos estafados deduce una cuantía, ella sí acertada en nuestro criterio (el valor de la boleta en relación con todos aquellos que no adquirieron la boleta ganadora), y otra muy distinta se determina respecto de los hermanos Rodríguez (los aparentemente ganadores), no obstante que todos, unos y otros, fueron víctimas del mismo engaño, en virtud del cual dispusieron en favor del procesado de la misma cantidad de dinero, tal como se reconoce por la Corte:

> "Las maniobras engañosas del procesado se efectuaron para inducir en error a *todas y cada una de las personas a quienes les logró vender boleta para su rifa*, como quiera que por razón de los artificios que en *cada boleta y volante* de propaganda incluyó y que le daban visos de seriedad a la rifa, *fue que cada comprador* se desprendió voluntariamente *del valor de la boleta* menguando su propio patrimonio y aumentando ilícitamente el del audaz y mentiroso empresario de rifas, que sin *escatimar medio* alguno, esquilmó a quienes le creyeron".

Las razones que acabamos de consignar, coincidentes con las manifestadas por el Procurador Primero Delegado en lo Penal en su concepto, son las que nos llevan a *separarnos* de la decisión mayoritaria.

Para nosotros también se trata de un delito único, con un sujeto pasivo masa o colectivo, pues claro está que el acusado buscaba un lucro global, de ahí la unidad patrimonial del objeto, sin importarle de qué personas proviniera, ya que a todas inducía en error con un mismo y único engaño. Atomizar la conducta del acusado como lo hace la mayoría de la Sala, para llegar a sostener la concurrencia de una ilicitud penal respecto de cada uno de los compradores de boleta, nos parece una decisión equivocada, que por lo mismo no podemos

compartir, pues ello implica tener como acción, lo que para nosotros no son más que fragmentos de ella.

En consecuencia, consideramos que se debió decretar la nulidad del proceso para que fuera calificado por el funcionario competente por razón de la cuantía ($ 1.400.000.00), que lo es el juez municipal.

Dejamos así consignadas las razones que no nos permitieron compartir la decisión tomada por la mayoría de la Sala.

Guillermo Duque Ruiz, Magistrado; *Edgar Saavedra Rojas*, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

ACCION DE REVISION

La acción de revisión por su naturaleza, presupone una competencia privativa que descarta la segunda instancia de las providencias interlocutorias que se profieran en su trámite y de la sentencia que pone fin a la misma. Ello emerge diáfano, no sólo en relación con las que son de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia (art. 68, numeral 2º del Decreto 2700 de 1991), si no también en relación con aquellas cuyo conocimiento se asigna a los Tribunales Superiores de Distrito (art. 70, numeral 3º del precitado decreto). Nótese como el artículo 70 a que hace mención, al determinar las competencias de los Tribunales, bajo los numerales 3º, 4º y 5º y con clara diferenciación de los numerales 1º y 2º donde relaciona los asuntos de su competencia en segunda y primera instancia, determinan que conocerán también de la "acción de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces de su respectivo distrito", de las solicitudes de cambio de radicación dentro del mismo distrito, y de las colisiones de competencia que se presente entre jueces del circuito del mismo distrito, asuntos todos estos que se identifican en cuanto su trámite es de única instancia.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 20.

Vistos:

Decide la Sala sobre la procedencia del recurso de apelación interpuesto como subsidiario del de reposición, por el agente del Ministerio Público, en contra de la providencia de noviembre 29 de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva negó la práctica de algunas pruebas dentro de la acción de revisión promovida a nombre del procesado *Benjamín Gasca,* condenado por el delito de homicidio.

Objeto de la alzada:

Dentro del término legal (art. 237 del C. P. P.), el Procurador Ciento Treinta y Seis en lo Judicial de Neiva, presentó ante la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, petición de pruebas, relacionando, entre otros, los testimonios de Arturo Calderón Collazos, Mariela Torres y José Vicente Babativa, cuya recepción denegó el Tribunal por *impertinencia*, según se lee en la providencia de noviembre 29 de 1993 (fl. 128, cuaderno principal). De esa decisión recurrió el señor Procurador Ciento Treinta y Seis en reposición y subsidiaria apelación; denegado que fue el recurso principal, concedió el Tribunal la subsidiaria alzada —providencia de enero 19 de 1994, fls. 132 y ss. del cuaderno citado—, por cuya vía llega el asunto al conocimiento de esta Corporación.

Consideraciones de la Sala:

1. La acción de revisión por su naturaleza, presupone una competencia privativa que descarta la segunda instancia de las providencias interlocutorias que se profieran en su trámite y de la sentencia que pone fin a la misma. Ello emerge diáfano, no sólo en relación con las que son de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia (art. 68, numeral 2º del Decreto 2700 de 1991), sino también en relación con aquellas cuyo conocimiento se asigna a los Tribunales Superiores de Distrito (art. 70, numeral 3º del precitado decreto). Nótese cómo el artículo 70 a que se hace mención, al determinar las competencias de los Tribunales, bajo los numerales 3º, 4º y 5º y con clara diferenciación de los numerales 1º y 2º donde relaciona los asuntos de su competencia en segunda y primera instancia, determina que conocerán también de la *"acción de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces del respectivo distrito"*, de las solicitudes de cambio de radicación dentro del mismo distrito, y de las colisiones de competencia que se presenten entre jueces del circuito del mismo distrito, asuntos todos estos que se identifican en cuanto su trámite es de única instancia.

2. Ya en oportunidad anterior y con ocasión de un recurso de apelación interpuesto en contra de la providencia que resolvió sobre la admisibilidad de una acción de revisión ante Tribunal Superior de Distrito, tuvo oportunidad la Sala de hacer las siguientes precisiones, que se acomodan en rigor al objeto de esta decisión. Se dijo entonces:

> "1º 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 supe-

rior, 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 conocimeinto 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.

"2º 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 deniegue el recurso de casación'. Queda excluido por tanto, el auto por el cual, los Tribunales de Distrito, inadmitan la acción de revisión.

"3º 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.

"4º 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" (providencia de febrero 10 de 1993, magistrado ponente doctor Valencia Martínez).

Tan evidente situación, releva a la Sala de mayores consideraciones, por lo que proveerá absteniéndose de dar curso a la apelación interpuesta, ordenando en su lugar la inmediata devolución del asunto al Tribunal de origen a fin de que prosiga el trámite ordinario que corresponde.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Presidente; *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Correño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

REHABILITACION / PENA ACCESORIA

En desarrollo del precepto constitucional, hoy artículo 98 inciso 2º, el Código Penal prevé la de las penas señaladas en el dicho estatuto con la única excepción "la expulsión del territorio nacional" (art. 92) y con el cumplimiento de las exigencias allí indicadas. / Con todo, el legislador al señalar los mecanismos de procedimiento para la efectividad del derecho, con buen criterio, estableció dos clases de rehabilitación: La que opera "ipso jure" porque ha tenido cumplimiento o se ha extinguido, siendo suficiente para su logro lo dispuesto en el artículo 71 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986); y la rehabilitación propiamente dicha, que presupone obviamente la vigencia de la pena y la decisión judicial correspondiente (arts. 526 y ss. C. de P. P.). / El artículo 55 del C. P. señala la forma como han de cumplirse las penas accesorias así: "Se aplicarán de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ellas. Cumplida ésta, empezará a correr el término señalado para aquellas en la sentencia, salvo lo dispuesto en el artículo 68". / Significa esto, entonces, que si en la sentencia se otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional sin la excepción señalada en el artículo 69 ibídem, ya no hay lugar a ella porque se extinguió con el debido cumplimiento del período de prueba fijado en el respectivo fallo. / Aspecto diferente es, cuando al otorgarse el subrogado, se exceptúa de éste la pena accesoria, en cuyo evento ha de considerarse esa pena accesoria como no concurrente con la principal, y para su rehabilitación ha de tenerse en cuenta la regla del inciso final del artículo 92 del Código Penal que dice: "Si no concurrieren con pena privativa de la libertad, la rehabilitación no podrá pedirse sino dos años después de ejecutoriada la sentencia en que ellas fueron impuestas". / Si en la sentencia no se otorgó el subrogado, el término de la pena accesoria se empezará a contar desde el día siguiente a aquel en que se dio como cumplida la pena privativa de la libertad y si hubiere lugar a la rehabilitación deberá solicitarse dentro del término señalado en el artículo 92 del C. P., inciso 2º o en la forma indicada en el Código Electoral, una

vez se haya cumplido, y aún de oficio, como lo prevé el inciso final del artículo 55 del C. P.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado Acta número 020.

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el procesado contra el auto interlocutorio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, mediante el cual se negó la rehabilitación pedida de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a que fuera condenado por sentencia debidamente ejecutoriada.

Antecedentes inmediatos:

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en sentencia de mayo 8 de 1990, condenó al Exjuez Segundo de Instrucción Criminal de dicha ciudad, *Joaquín Rodríguez Ibargüen*, a la pena principal de dos (2) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas como autor del delito tipificado en el artículo 39, inciso segundo, de la Ley 30 de 1986 y le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional, sin excepción alguna, determinación que fue confirmada por la Corte mediante fallo de noviembre 13 del mismo año, excepto lo relacionado con la "suspensión de la condena de la pena no privativa de la libertad la que deberá, en consecuencia, pagar".

Pasados los dos años del período de prueba, en agosto de 1993, el procesado solicitó al Tribunal la extinción de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación de la condena a la "interdicción de derechos y funciones públicas" que por el término de dos años también le fuera impuesta.

El Tribunal declaró la extinción de la pena principal y por mayoría negó la rehabilitación solicitada. Contra esta última determinación recurrió en apelación el interesado, sustentando el recurso oportunamente.

Consideraciones de la Corte:

1. En desarrollo del precepto constitucional, hoy artículo 98, inciso segundo, el Código Penal prevé la rehabilitación de las penas señaladas

en dicho estatuto con la única excepción de "la expulsión del territorio nacional" (art. 92) y con el cumplimiento de las exigencias allí indicadas.

Con todo, el legislador al señalar los mecanismos de procedimiento para la efectividad del derecho, con buen criterio, estableció dos clases de rehabilitación: La que opera *"ipso jure"*, porque ha tenido cumplimiento o se ha extinguido, siendo suficiente para su logro lo dispuesto en el artículo 71 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986); y la rehabilitación propiamente dicha, que presupone obviamente la vigencia de la pena y la decisión judicial correspondiente (arts. 526 y ss. del C. de P. P.).

2. El artículo 55 del C. P. señala la forma como han de cumplirse las penas accesorias, entre las cuales se cuenta la referida en el caso presente, así: "Se aplicarán de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ellas. Cumplida ésta, empezará a correr el término señalado para aquellas en la sentencia, salvo lo dispuesto en el artículo 68". Significa esto, entonces, que si en la sentencia se otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional sin la excepción señalada en el artículo 69 *ibidem*, ya no hay lugar a ella porque se extinguió con el debido cumplimiento del periodo de prueba fijado en el respectivo fallo. En este evento es donde opera el principio de lógica que cita el recurrente: "Lo accesorio sigue a lo principal".

Aspecto diferente es, cuando al otorgarse el subrogado, se exceptúa de éste la pena accesoria —que fue lo ocurrido en el presente caso—, en cuyo evento ha de considerarse esa pena accesoria como no concurrente con la principal, y para su rehabilitación debe tenerse en cuenta la regla del inciso final del artículo 92 del C. P. que dice: "Si no concurrieren con pena privativa de la libertad, la rehabilitación no podrá pedirse sino dos años después de ejecutoriada la sentencia en que ellas fueron impuestas".

Ahora, si en la sentencia no se otorgó el subrogado, el término de la pena accesoria se empezará a contar desde el día siguiente a aquél en que se dio como cumplida la pena privativa de la libertad y si hubiere lugar a la rehabilitación deberá solicitarse dentro del término señalado en el artículo 92 del C. P., inciso segundo; o en la forma indicada en el Código Electoral, una vez se haya cumplido, y aún de oficio, como lo prevé el inciso final del artículo 55 del C. P.

3. Como la Corte al revisar el fallo excepcionó la pena de interdicción de derechos y funciones públicas del subrogado que el *a quo* le había otorgado al procesado respecto de todas las penas impuestas —lo que podía hacer por ser consultable la providencia y además, muy anterior a la vigencia del artículo 31 de la Carta—, es evidente que no podía extinguirse dicha pena con la extinción de la pena privativa de la libertad, como lo pretende erróneamente el impugnante, pues tenía que cumplirse aquella, como lo dispuso la Corte.

Significa lo anterior, entonces, que el condenado empezó a cumplir su pena de interdicción de derechos y funciones públicas de dos años a partir del 14 de noviembre de 1990, fecha de la ejecutoria de la sentencia —y no como equivocadamente lo entendió la Sala mayoritaria del Tribunal, que debía empezarla a pagar después del período de prueba, ya que éste nada tenía que ver con dicha pena—, terminando de pagarla el 14 de noviembre de 1992, operándose así su rehabilitación por ministerio de la ley a partir del 15 de noviembre de dicho año.

En tales condiciones no requería de rehabilitación judicial, por sustracción de materia. El punto impugnado de la providencia será revocado, en consecuencia, para disponer en su lugar que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en su calidad actual de Juez de Ejecución de Penas en este caso, de cumplimiento al inciso final del artículo 55 del C. P., sin perjuicio de que el interesado acuda al Código Electoral en lo pertinente.

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

Resuelve:

Revocar la providencia impugnada, únicamente en cuanto denegó la rehabilitación solicitada. Para en su lugar, disponer que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, Sala Penal, en su calidad de Juez de Ejecución de Penas, de cumplimiento al inciso final del artículo 55 del Código Penal.

En firme esta determinación, regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

JURADO DE DERECHO

El artículo 110 de la Constitución Nacional, atribuyó de manera exclusiva a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, el Congreso de la República, los Tribunales y jueces de la Justicia Penal Militar, la función de administrar justicia. Estableció además, que excepcionalmente los particulares podían ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, pero únicamente en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o equidad. / Ante la claridad del anterior precepto, la institución denominada de los Jurados de Derecho, como particulares agregados a los jueces de Circuito en la labor de administrar justicia, en determinados procesos, no encaja en forma alguna dentro de la voluntad del constituyente sobre la organización judicial, ni se adecúa a los taxativos casos en que los particulares pueden administrar justicia. Así lo entendió la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, cuando mediante Acuerdo del 27 de mayo de 1992, se abstuvo de elaborar y remitir las listas de dichos jurados de derecho por considerar su establecimiento dentro del C. de P. P. como contraria a la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 20, febrero 24 de 1994.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Alvaro Hernández Ramirez* y su apoderado, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué de

fecha noviembre cinco de 1992 por la cual se confirmó en su integridad la del Juzgado Noveno Penal del Circuito de la citada ciudad, que condenó al acusado a la pena principal privativa de la libertad de diez años, dos meses de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio en la persona de Humberto Beltrán Rey y porte ilegal de armas de defensa personal.

Hechos y actuación procesal:

Los hechos que dieron origen a la investigación vienen resumidos así en la sentencia recurrida:

"...La verdad procesal apunta a evidenciar que hacia la media noche del domingo 15 de septiembre de 1991, presentes en el bar 'Ibanasca' en Cajamarca, el señor Alvaro Hernández Ramírez, sin motivo claro desenfundó su arma de fuego —revólver— y disparó en dos ocasiones hacia la humanidad de Humberto Beltrán Rey, haciendo blanco el primero y fallando el segundo, siendo suficiente para acabar con la vida del citado quien en vano fue trasladado al hospital de dicha localidad.

"Consumado el hecho, en medio de la confusión dos hombres salieron de inmediaciones del bar y emprendieron veloz carrera, siendo observados y seguidos con timidez por Alejandro de Jesús Cardona Valencia (24 vto.) y su hijo William Cardona Baquero (30), dueños de 'Ibanasca' y quienes casi de inmediato enteraron a los agentes de la Policía Nacional que providencialmente estaban por el lugar, siendo éstos los que lograron la captura de los fugados que resultaron ser Alvaro Hernández Ramírez, reputado como el homicida y Jorge Saúl Robayo Pedraza, desvinculado del caso por haberse probado su ajenidad" (fl. 237, cuaderno 1º).

Por los anteriores hechos se profirió en contra del procesado la resolución de acusación de fecha noviembre 28 del año de 1991 por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas.

En firme la anterior decisión, se abrió el juicio a pruebas y practicadas aquellas que fueron solicitadas por los sujetos procesales, se señaló la hora de las ocho y treinta de la mañana del día diecinueve de mayo de 1992 para dar comienzo a la audiencia pública dentro de la causa, diligencia que fue aplazada a solicitud de la defensa.

Nuevamente, mediante auto del veinte de mayo del citado año se señaló para la práctica de la aludida diligencia el día nueve de junio del mismo año, acto que no se pudo realizar ante la solicitud de aplazamiento por parte de la defensa, fijándose como nueva fecha la del seis de agosto de 1992.

En este momento y mediante auto del 15 de julio de 1992, el Juzgado del conocimiento consideró inaplicables por ser manifiestamente contrarias a la Constitución Nacional, las disposiciones contenidas en los artículos 458 y siguientes del C. de P. P. (Decreto 2700 de 1991) que disponían el juzgamiento con intervención de los jurados de derecho, en los procesos adelantados por los Juzgados del Circuito por el delito de homicidio. Acorde con este modo de pensar, dispuso el Juzgado que la causa continuara y el juzgamiento se efectuara sin la intervención del jurado de derecho.

Realizada la audiencia pública en las condiciones anotadas, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias, que ahora son objeto de impugnación.

La demanda de casación:

Sostiene el casacionista, que en el presente caso se profirió sentencia condenatoria en un proceso viciado de nulidad.

Un solo cargo formula el recurrente al amparo de la causal 3ª del artículo 220 del C. de P. P. Dicho reproche se hace consistir, en que la etapa de juzgamiento se realizó sin la intervención de los jurados de derecho.

Para fundamentar el cargo expresa el recurrente, que al proceso que se adelantaba contra Alvaro Hernández Ramírez por el delito de homicidio, le eran aplicables las normas contenidas en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) por disponerlo así el artículo 13 transitorio del citado estatuto.

Que dentro de dichas normas estaban comprendidas las que disponían el juzgamiento con la intervención de los jurados de derecho, disposiciones de obligatorio acatamiento que el juez de la causa no aplicó, alegando que eran contrarias a lo dispuesto en la Constitución Nacional. Que con esta omisión, se quebrantaron las formas propias del debido proceso lo cual constituye causal de nulidad.

Como corolario de lo anterior, concluye el casacionista solicitando a la Corte decretar la nulidad de lo actuado en este proceso, a partir del 1º de julio de 1992.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones de la demanda y en jurídico y bien fundamentado concepto sugiere a la Corte no casar el fallo recurrido.

Entre las razones que el señor procurador aduce para afirmar la legalidad del juicio y la inexistencia del quebranto a las formas pro-

pias del debido proceso en la actuación adelantada por el juez de la primera instancia, merecen considerarse las siguientes:

a) Advierte la delegada, que cuando entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, ya que se había agotado toda la tramitación de la causa con sujeción a lo dispuesto en la ley procesal anterior, faltando únicamente llevar a efecto la diligencia de audiencia pública, que no se había realizado por las reiteradas solicitudes de aplazamiento elevadas por el abogado encargado de la defensa;

b) Que en estas condiciones, no obstante que el juez dio aplicación al nuevo C. de P. P. desde el momento en que éste comenzó a regir, no realizó el juzgamiento con la presencia de los jurados de derecho, por ser ésta una institución manifiestamente contraria a los mandatos de la Constitución Nacional. Según la Procuraduría, no fue interés del constituyente incluir el jurado de derecho de "origen particular" en la estructura permanente o transitoria de la administración de justicia. Que excepcionalmente la Carta sólo permite la intervención de particulares en funciones de árbitros o de conciliadores. Y agrega la delegada:

"...Así las cosas, si la disposición del C. de P. P. resulta inconstitucional para el caso concreto, mediante la declaración de inaplicación tomada por el juez, para lo cual está plenamente facultado por mandato constitucional y además el juicio de inaplicabilidad resulta correcto frente a los mejores criterios de la doctrina y la jurisprudencia, es evidente que no se debe pregonar una falta al debido proceso...". Por eso conceptúa la delegada, que "...absurdo sería esgrimir el quebrantamiento del debido proceso, como garantía y derecho fundamental contemplado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, partiendo del supuesto de no haber respetado una norma inconstitucional. En otros términos, el debido proceso exige, como presupuesto *sine qua non*, la constitucionalidad normativa sobre la cual se edifica...";

c) Que con anterioridad a la celebración de la audiencia, ya la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se había abstenido de elaborar y remitir a los Juzgados las listas de los jurados de derecho, por considerar dicha institución como contraria a la Constitución, luego había para el Juzgado la imposibilidad de celebrar la audiencia pública con la intervención de dichos jurados;

d) Finalmente expresa la Procuraduría que la Corte Constitucional mediante sentencia del 17 de junio de 1993 declaró violatoria de la Carta la regulación legal de los llamados jurados particulares de derecho y que la Ley 58 del 23 de julio del mismo año, derogó expresamente las disposiciones que reglamentaban el juzgamiento de las causas mediante los jurados de derecho, existiendo en la actualidad la imposibilidad de que pueda realizarse una audiencia con intervención del jurado.

Consideraciones de la Corte:

Es innegable, como con acierto lo sostiene la Procuraduría, que el presente proceso se adelantó con total sometimiento a las normas que regulaban su trámite, sin que se desconociera en forma alguna el debido proceso o el principio de favorabilidad.

La afirmación del recurrente, en el sentido de que el Juzgado no dio aplicación al nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), carece de todo fundamento, es un criterio muy personal del actor pero alejado de la realidad procesal.

En efecto: Los hechos que motivaron la investigación tuvieron ocurrencia en el mes de septiembre de 1991 y por ello la investigación se adelantó de conformidad con lo preceptuado en el C. de P. P. vigente, o sea el de 1987. Bajo dicha ritualidad se profirió la resolución de acusación, se abrió el juicio a prueba, se practicaron las solicitadas por las partes. Agotada esta etapa de la causa y cuando sólo faltaba para su culminación la celebración de la audiencia públic, entró a regir el nuevo estatuto procesal, que el Juzgado aplicó desde su vigencia, con la sola excepción a la intervención de los jurados de derecho, ya que la normatividad que los regulaba fue considerada por el juzgador como contraria a los mandatos de la Constitución Nacional. Se dio en el proceso por medio de auto motivado, aplicación a la excepción de inconstitucionalidad.

Ningún error, ninguna inconsistencia, ni omisión irregular encuentra la Sala en la actuación procesal y en lo resuelto por el juez. Era innecesario a todas luces retrotraer una actuación que se había adelantado con total sometimiento a las normas legales sobre la materia, y en la que el procesado había ejercitado a plenitud todos sus derechos.

Y en relación con la excepción de inconstitucionalidad, expresamente declarada por el juzgador para prescindir de los jurados de derecho que el código contemplaba, la decisión es acertada y jurídica en todo sentido.

El artículo 116 de la Constitución Nacional, atribuyó de manera exclusiva a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, el Congreso de la República, los Tribunales y jueces y la Justicia Penal Militar, la función de administrar justicia. Estableció además, que excepcionalmente los particulares podían ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, pero únicamente en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o equidad.

Ante la claridad del anterior precepto, la institución denominada de los jurados de derecho, como particulares agregados a los jueces

de Circuito en la labor de administrar justicia, en determinados procesos, no encaja en forma alguna dentro de la voluntad del constituyente sobre la organización judicial, ni se adecúa a los taxativos casos en que los particulares pueden administrar justicia. Así lo entendió la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, cuando mediante acuerdo del 27 de mayo de 1993, se abstuvo de elaborar y remitir las listas de dichos Jurados de Derecho por considerar su establecimiento dentro del C. de P. P. como contraria a la Constitución Nacional. Así lo declaró de igual modo el juez de la presente causa, al aplicar la excepción de inconstitucionalidad y prescindir de dichos jurados para el juzgamiento.

Al actuar el funcionario en la forma como lo hizo, se limitó a adecuar su conducta a lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta, que establece que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Este principio de supremacía constitucional, fundamento del orden jurídico, hace que ante toda incompatibilidad de la Constitución con la ley, prevalezca la primera y que el juez que se vea enfrentado a esta situación la dirima, mediante la inaplicación de las normas contrarias a la Carta y que no se sujeten a ella.

Esta evidente contrariedad entre los artículos 458 a 466 del C. de P. P. que reglamentaban los jurados de derecho y los preceptos de rango superior, llevó al órgano especial encargado del control constitucional, a retirar del ordenamiento jurídico dicho articulado mediante sentencia del 17 de julio del presente año.

En estas condiciones, la omisión atribuida al juez, lejos de ser censurable y constitutiva de nulidad procedimental, es un verdadero acierto, pues la institución de los jurados de derecho no podía ser tenida en cuenta para realizar el juzgamiento. Debe concluir entonces la Sala, que el cargo formulado en la demanda, es improcedente, carece de todo fundamento y lleva a su desestimación.

Agréguese a todo lo anterior, que el Congreso de la República mediante la Ley 58 del 23 de julio del presente año, derogó expresamente el articulado del C. de P. P. que regulaba el juzgamiento mediante el sistema de jurados de derecho, convirtiendo en imposible la pretensión del demandante de que se realicen en el futuro audiencias públicas con intervención del jurado.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en total acuerdo con el meritorio concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casa la sentencia recurrida a favor del procesado Alvaro Hernández Ramírez, de fecha, origen y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

EXTINCION DE LA PENA /

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / COMPETENCIA

La Sala Penal de la Corte conserva la competencia para extinguir la pena de acuerdo al contenido del artículo 15 transitorio del C. de P. P. habida cuenta de que en su momento y con la competencia que le otorgaba el numeral 8º del artículo 68 del Decreto 050 de 1987, profirió la sentencia de condena.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 20.

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre la petición elevada por el condenado *José Antonio Velásquez García*, relacionada con la restitución de sus "derechos electorales y cualquier otro del que se le hubiera privado", así como la devolución de la caución prendaria que garantizó el cumplimiento de las obligaciones propias de la suspensión de la ejecución condicional.

Antecedentes:

1. Esta Corporación, mediante sentencia de mayo 4 de 1990, condenó al Excomisario Especial del Vaupés, José Antonio Velásquez García, como autor responsable del delito-tipo de que trata el artículo 146 del Código Penal, a la pena principal de un (1) año de prisión, multa de $ 50.000.00 e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso similar al de la pena privativa de la libertad.

2. Al sentenciado le fue concedido el subrogado de la condena de ejecución condicional frente al lleno de las exigencias del artículo 68 del Código Penal, ratificándosele la libertad de que venía gozando y

teniendo en cuenta para garantizar el compromiso de las obligaciones referidas en el artículo 69 *ibidem*, entre ellas, y la de presentarse ante esta Corporación cada 30 días, la misma caución prendaria que con anterioridad —cuando se le otorgó libertad provisional— había constituido. La diligencia de compromiso se suscribió el 31 de mayo de 1990 (fl. 134).

3. En esta oportunidad, el condenado solicita de la Corporación la restitución de sus "derechos electorales y cualquiera otro del que haya sido privado", así como la devolución de la caución prestada. Todo, por considerar que están cumplidas las obligaciones impuestas en la sentencia de condena.

La Corte:

1. La solicitud del condenado Antonio Velásquez García, referida en el acápite anterior, se relaciona directamente con situaciones propias del segmento de ejecución de la pena impuesta por esta Corporación, que como tal debe entenderse lo relativo a la extinción de la condena, y a los aspectos que de ella se derivan, como la restitución de sus "derechos electorales" y la devolución de la caución prendaria con la cual garantizó el cumplimiento de las obligaciones anejas al subrogado de la condena de ejecución condicional, que en oportunidad legal le fue concedida.

2. En atención a que pronunciamientos de esta naturaleza hoy están específicamente atribuidos al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, por virtud de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 75 del Decreto 2700 de 1991, se hace prioritario precisar si aún, frente a esta previsión legislativa de carácter general, la Corporación conserva competencia para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

Así, se tiene:

a) La competencia para adoptar la decisión judicial que declare la extinción de las penas, se atribuyó privativamente a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, tal como surge del taxativo señalamiento de funciones que contiene el artículo 75 del C. de P. P., que, en lo pertinente, reza:

> "Artículo 75. *Competencia de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.* Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en ejercicio de su facultad de ejecución de las sentencias proferidas por los jueces penales, conocen:
>
> "1. De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja

de penas, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, *y extinción de la condena*" (Subraya la Sala).

b) Coetáneamente el mismo Decreto 2700 de 1991, a través de sus normas transitorias, dejó a salvo cualquier vacío de competencia que pudiera esgrimirse por la falta de implantación y funcionamiento simultáneo con la vigencia del mismo, de tal categoría de jueces. Así, por virtud del artículo 15 de este conjunto de disposiciones, dejó el cumplimiento de las funciones del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, en cabeza del juez que hubiera proferido la sentencia de primera instancia, con la condición que allí mismo se contiene, cumplida la cual cesará su limitada existencia. Prescribe dicha norma:

"Artículo 15. *Jueces de Ejecución de Penas*. Mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de Jueces de Ejecución de Penas, las atribuciones que este código les confiere *serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia en primera instancia*" (Se resalta).

3. Así las cosas, como en este momento procesal no han sido designados los jueces a quienes corresponde pronunciamiento como el que solicita el condenado Antonio Velásquez García, fuerza es concluir que la Sala Penal de la Corte conserva la competencia para ello, de acuerdo al contenido de la norma transcrita en precedencia, habida cuenta de que en su momento y con la competencia que le otorgaba el numeral 8º del artículo 68 del Decreto 050 de 1987, profirió la sentencia de condena.

4. Ya en cuanto a la especial situación a resolver, se tiene que de acuerdo a la preceptiva del artículo 71 del Código Penal, transcurrido el período de prueba propio de la condena de ejecución condicional sin que el beneficiado incurra en nuevo delito o viole las obligaciones impuestas, "la condena queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine".

Conviene resaltar, en primer término, que al conceder el subrogado tantas veces referido, no se hizo uso de la facultad discrecional contenida en el artículo 69 del C. de P. P. de exigir el cumplimiento de la pena no privativa de la libertad. Por ello, es razonable concluir que al igual que la pena de prisión quedó suspendida la de interdicción de derechos y funciones y que, por tanto, ahora debe ser partícipe de los efectos propios del cumplimiento de las obligaciones impuestas.

En el caso del peticionario Antonio Velásquez García, resulta del proceso que durante el período de prueba, y al no haberse fijado para el mismo término expreso, debe entenderse como tal el mínimo legal previsto en el artículo 68 del Código Penal, tracto que cumplió suficientemente con las obligaciones impuestas sin que obre constancia alguna de que mientras ésto transcurría, hubiera incurrido en nuevo delito. Además, la Secretaría de la Sala incluyó en el folio 149 un

informe en cuanto a que las presentaciones personales se cumplieron con la periodicidad indicada en la sentencia. También el condenado canceló la multa que en tal oportunidad se le impuso, según constancia del folio 137.

Cumplidos suficientemente los requisitos de la norma atrás indicada, deviene procedente la declaratoria expresa de extinción de la totalidad de la pena, que apareja como consecuencias procesales: La devolución de la caución prendaria con la cual se garantizó el cumplimiento de las obligaciones propias del subrogado penal y la inmediata comunicación de la extinción a las mismas autoridades a quienes se había enterado de la sentencia de condena condicional, consecuencias éstas a las cuales se refiere el artículo 521 del Decreto 2700 de 1991.

5. En lo relativo a la restitución de los "derechos electorales" a que expresamente se refiere el peticionario, surge claro que habiendo transcurrido el período de prueba propio de la condena de ejecución condicional, en las condiciones ya precisadas de observancia de las obligaciones impuestas, ningún pronunciamiento jurisdiccional diferente a la declaratoria de extinción de esta pena interdictiva corresponde adoptar. Bastará, entonces, en cuanto a este punto, con informar a la Registraduría Municipal del domicilio del peticionario José Antonio Velásquez García que esta pena ya se extinguió, para que puedan adoptarse los mecanismos que materialicen la rehabilitación *ipso jure* a que se refiere el artículo 71 del Decreto 2241 de 1986 (Régimen Electoral Colombiano).

6. Resta señalar que en los supuestos en que se concede la condena de ejecución condicional se tiene por satisfecha la totalidad de la pena impuesta, y consecuentemente, extinguida la potestad punitiva del Estado respecto de la misma, al vencimiento del período probatorio con la observancia plena de las obligaciones anejas y sin que el beneficiado haya delinquido nuevamente. Jurisprudencia y doctrina han considerado este fenómeno jurídico como una forma de extinción en concreto de la punibilidad.

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

Resuelve:

Primero. *Declarar extinguida* la pena impuesta al Excomisario Especial del Vaupés, José Antonio Velásquez García —privativa de la libertad e interdicción de derechos y funciones públicas— por cumplimiento de la misma, en las condiciones señaladas en la anterior motivación.

Segundo. *Comunicar* lo relativo al cumplimiento de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, al Registrador Municipal del domicilio del peticionario José Antonio Velásquez García, para los efectos previstos en el artículo 71 del Decreto 2241 de 1986 (Régimen Electoral Colombiano).

Tercero. *Ordenar* la devolución en su favor de la caución prendaria constituida mediante el título judicial número 119006291. En consecuencia, oficiar al Banco Popular de la ciudad —Sección de Depósitos Judiciales— para el trámite subsiguiente.

Cuarto. *Comunicar* la declaratoria de extinción a las mismas autoridades a quienes se informó el fallo condenatorio.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / EXTORSION

Sobre la competencia para conocer de los delitos de extorsión, las normas que en definitiva quedaron derogadas por la expresa previsión legislativa, son aquellas especiales adoptadas como legislación permanente y que, la Ley 81 de 1993, queda como única fuente jurídica de inmediato y obligatorio cumplimiento en esa materia en tanto que no vulnera el principio constitucional del favor rei, a cuyos parámetros de competencia deben ajustarse los procesos en curso y los por iniciarse a partir de su vigencia. / Frente a los parámetros de la Ley 81 de 1993, se tiene que la cuantía "cuando se trate de delito de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 20.

Vistos:

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia suscitada entre los Juzgados 21 Penal del Circuito y Regional, ambos de la ciudad de Medellín, a propósito del conocimiento del proceso que por el delito de extorsión se adelanta contra *Santiago de Jesús Pérez Herrera* y *Orlando Rodríguez Custaño.*

Antecedentes:

1. De autos se sabe que el 18 de febrero de 1992, Hernando de Jesús Quintero Villegas recibió en su residencia de la calle 55 número 48-39 de Itagüí, una llamada extorsiva, de personas desconocidas, quienes le exigían la inmediata cancelación de $ 10.000.000.00, suma que uno de sus hermanos, fallecido diez años atrás, los había quedado

debiendo. Desde entonces se le dijo que de no acceder a lo pedido debía atenerse a funestas consecuencias. Noticiadas de este hecho las autoridades policivas lograron, el 2 de marzo siguiente, aprehender a Santiago de Jesús Pérez Herrera, en el momento mismo en que telefónicamente reiteraba la exigencia de dinero.

2. Como desde su aprehensión Pérez Herrera señaló a otra persona como su compañero de delincuencia, se dispuso a partir de los datos entonces suministrados, vincular a esta investigación mediante indagatoria a Orlando Rodríguez Castañeda, quien a la sazón se encontraba detenido en la Cárcel de Varones de Bellavista (fl. 99).

3. Los dos sindicados fueron afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por tentativa de extorsión, agravada por la cuantía. Se tuvieron en cuenta, al efecto, las normas pertinentes del Decreto 2790 de 1990, adoptadas como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, y los artículos 22 y 372 del Código Penal (fls. 23 y 121).

4. Con posterioridad, la situación procesal de cada uno de los sindicados tuvo tratamiento diferente: Santiago de Jesús Herrera ya fue condenado mediante sentencia que aceptó el acuerdo contenido en audiencia especial verificada por petición suya en la etapa instructiva. Orlando Rodríguez Castaño está pendiente del pronunciamiento judicial que acepte o rechace lo acordado en diligencia similar, cumplida en la etapa de la causa.

5. Precisamente, cuando el Juez Regional de Medellín se aprestaba a proferir el fallo respectivo, encontró que ello no era legalmente posible, en razón a la pérdida de competencia originada en las modificaciones introducidas por el artículo 9º de la Ley 81 de 1993. Remitió, en consecuencia, las diligencias al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de dicha ciudad para la continuación del proceso.

6. El Juzgado Veintiuno Penal del Circuito, no aceptó la competencia y dispuso el regreso del informativo al Juez Regional remitente, provocándoles desde entonces colisión negativa de competencia. Tras un prolijo recuento de los cambios normativos referidos exclusivamente al conocimiento de los delitos de extorsión, señala como razón única para declinarla y considerar que ella continúa radicada en aquél despacho judicial, el hecho de que la misma ley contenga una cláusula general de competencia en relación con la cuantía —artículo 11 de la Ley 81 de 1993, modificatorio del artículo 73 del C. P. P.—, que determina que "el competente es quien tenga la competencia en el momento de la comisión de los hechos".

7. El Juez Regional, al insistir en su inicial punto de vista relacionado con su incompetencia sobreviniente, originada exclusivamente en la vigencia de la Ley 81 de 1993, parte del principio general de que

las normas que fijan jurisdicción y competencia son de aplicación inmediata y obligatorio cumplimiento y agrega:

a) Si bien el Decreto 2700 de 1991, asignó en el artículo 71 a los Jueces Regionales la competencia para conocer de los delitos de extorsión cuando la cuantía era o excedía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos, las normas que efectivamente se aplicaron, luego de la interpretación jurisprudencial contenida en providencia de esta Colegiatura, de fecha septiembre 2 de 1992, de la cual fue ponente el honorable magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, fueron las señaladas en la legislación especial adoptada como permanente por el Decreto 2271 de 1991;

b) Por tanto —continúa—, al reiterar ahora la Ley 81 de 1993, que el límite de cuantía para el conocimiento por parte de los Juzgados Regionales de los delitos de extorsión, es el de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales, lo que queda claro es que el legislador insiste en que este sea el quantum único a tener en cuenta hacia el futuro, ya que, además, por virtud de su artículo 63 se derogaron expresamente las normas contrarias contenidas tanto del C. de P. P. como en los decretos especiales.

La Corte:

1. La jurisdicción se encuentra frente a un comportamiento extorsivo, por el cual, Santiago de Jesús Pérez Herrera y Orlando Rodríguez Castaño resultaron vinculados a este proceso, habiendo soportado ya el primero sentencia de condena mediante el mecanismo de la terminación anticipada del proceso, estando pendiente el pronunciamiento de rigor luego de que el segundo aceptara en audiencia especial los cargos. Los hechos a partir de los cuales se consideró estructurado dicho delito tuvieron ocurrencia el 18 de febrero de 1992, y según lo refirió bajo juramento el sujeto pasivo, la suma entonces exigida fue de $ 10.000.000.00, la que se tiene como factor determinante de competencia, al tenor del artículo 295 del C. de P. P.

2. Durante el trámite del presente proceso se han dado sustanciales cambios legislativos sobre la atribución del conocimiento de los procesos por delitos de extorsión, atendiendo exclusivamente al factor cuantía. Aquellos cambios, en el pasado dieron lugar a fricciones de similar naturaleza a la que ahora se debe dirimir. Ahora aparecen como el sustrato único del conflicto que es materia de decisión. Un rastreo normativo en materia de competencia de los delitos de extorsión, permitirá cumplir con la labor docente que a la Colegiatura corresponde, a la vez que hará de más fácil intelección el tema que los funcionarios judiciales colisionantes han consignado en las decisiones a través de las cuales declinan el conocimiento de esta causa.

Véase:

a) Para el momento en que los hechos tuvieron ocurrencia —febrero 18 de 1992— se encontraba en plena vigencia el artículo 9º del Decreto 2790 de 1990, modificado por el artículo 3º del Decreto legislativo 1676, adoptado como legislación permanente por el artículo 6º del Decreto 2271 de 1991, que prescribía:

> "A los Jueces de Orden Público corresponde conocer en primera instancia:
>
> "2. De los procesos por delitos de extorsión en todas sus modalidades, así como del concierto para cometerlos, su encubrimiento y la omisión de denuncia o del informe de que trata el artículo 7º, cuando la cuantía sea o exceda de *cinco millones de pesos*, o cuando cualquiera de las conductas anteriores busque facilitar actos terroristas, sin importar su cuantía".

b) Luego, a partir del 1º de julio de 1992, comenzó a regir el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), que por su carácter general abarcó todos los temas relativos a la distribución de competencia dentro de las especialidades de la jurisdicción que allí mismo se establecieron. Reza su artículo 71:

> "*Competencia de los jueces regionales*. Los jueces regionales conocen:
>
> "En primera instancia:
>
> "4. De los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, de los delitos contra el régimen constitucional y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio. *Cuando se trata del delito de extorsión y conexos, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales*".

c) La coexistencia jurídica de las normas a que se ha hecho referencia en los literales anteriores, que sobre un mismo punto contenían decisiones diversas —la legislación especial que fijaba en $5.000.000.00 la cuantía a partir de la cual el conocimiento de los procesos por extorsión correspondía a los jueces regionales y el C. de P. P., que como norma general, señalaba en ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales tal límite— dio origen a aparentes conflictos de normas que enfrentaron a las distintas especialidades de la jurisdicción y que propiciaron pronunciamientos de la Corte contenidos, entre otros, en la providencia de septiembre 2 de 1992 de la cual fue ponente el honorable magistrado doctor Didimo Páez Velandia, que zanjó la situación dando prevalencia a la primera normatividad, en acatamiento al principio de hermenéutica, conocido como de especialidad.

d) Ahora, con la expedición de la Ley 81 de 1993, el tema de la competencia de los delitos de extorsión por el factor cuantía, ha vuelto a ser tocado por el legislador, cuando en el artículo 9º preceptúa:

> "El artículo 71 del Código de Procedimiento Penal quedará así:
>
> "Artículo 71. *Competencia de los jueces regionales.* Los jueces regionales conocen:
>
> "En primera instancia:
>
> "4. De los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio.
>
> "Cuando se trate de *delito de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales*".

Esta misma ley en su artículo 63, expresamente derogó y subrogó todas las normas que le fueran contrarias, estuvieran contenidas en el Código de Procedimiento Penal o en los decretos adoptados como legislación permanente conforme a lo establecido por el artículo 8º de la Carta Política.

3. La anterior secuencia normativa propicia dos conclusiones inmediatas: Que sobre la competencia para conocer de los delitos de extorsión, las normas que en definitiva quedaron derogadas por la expresa previsión legislativa, son aquellas especiales adoptadas como legislación permanente y que, la Ley 81 de 1993, queda como única fuente jurídica de inmediato y obligatorio cumplimiento en esta materia, en tanto que no vulnera el principio constitucional del favor rei, a cuyos parámetros de competencia deben ajustarse los procesos en curso y los por iniciarse a partir de su vigencia. Sobre estos particulares aspectos, ya esta Colegiatura fijó las siguientes pautas sobre las reales consecuencias y repercusiones de dicha ley en el caso concreto de los delitos de extorsión, en providencia de la cual fue ponente el honorable magistrados Pácz Velandia. Allí se hizo la siguiente precisión, a partir de la derogatoria y subrogatoria expresa que dicha ley hizo de las normas que le fueran contrarias, contenidas en el C. de P. P. y en los decretos adoptados como legislación permanente y luego de considerar que el artículo 71-4 del Decreto 2700 no sufrió variación alguna:

> "Si como se observa, ninguna modificación introduce la ley al artículo 71-4 del código respecto de la cuantía de esa competencia —ambos la fijan en ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales—, es evidente que la deroga-

toria sobre el particular está dirigida al decreto convertido en legislación permanente en virtud del artículo 8º transitorio de la C. N., sin perjuicio de su categoría de norma especial, que la Corte le había reconocido en providencias del 22 de julio y 2 de septiembre de 1993, al dirimir conflictos de la misma naturaleza del que aquí se estudia pero contando entonces con presupuesto legislativo diferente, como que para entonces ninguna derogación con la amplitud de la del artículo 33 de la Ley 81 de 1993 se había hecho.

"Significa entonces la situación, que la competencia para los delitos de extorsión se halla sometida, en el caso que se resuelve a la legislación hoy vigente" (Auto de enero 24 de 1994, magistrado ponente doctor Páez Velandia).

4. Regresando al caso de la especie, se precisa que fueron acertados los argumentos del Juzgado Regional acerca de los efectos de la Ley 81 de 1993 sobre procesos por extorsión ya iniciados y, en particular, sobre la derogatoria de las normas especiales que con anterioridad regularon su competencia. Pero erró al concluir que el conocimiento de este proceso, que versa sobre un delito tentado de extorsión en cuantía de $ 10.000.000.00 ocurrido el 18 de febrero de 1992, debe desplazarse hacia los Juzgados Penales del Circuito. Es que, precisamente, frente a los parámetros de la Ley 81 de 1993, se tiene que la cuantía del presente proceso supera el límite de los ciento cincuenta (150) salarios mínimos, con la obvia consecuencia de que, por ello, el conocimiento continúa en los Juzgados Regionales, aún frente al cambio legislativo.

Véase:

Para el año de 1992 el salario mínimo legal vigente era de $ 65.910.00. La operación matemática de multiplicar esa suma por la cantidad de salarios señalados por la Ley 81 de 1993 —ciento cincuenta (150)—, arroja un total de $ 9.778.500.00 pesos, que es inferior a la cuantía del presente proceso ($ 10.000.000.00).

Trasladada la situación a este campo, en la anterior referencia matemática se sustenta la atribución de competencia para continuar conociendo de este proceso en el Juzgado Regional de Medellín.

5. Importa precisar, finalmente, que así la radicación de competencia recaiga en el Juzgado Regional, no puede ser de completo recibo el argumento central del Juzgado 21 Penal del Circuito, según el cual "el competente es quien tenga la competencia en el momento de la comisión del hecho". Una conclusión tal llevaría al absurdo de que ni siquiera el legislador luego de una fijación de competencia pudiera introducir cambios en ella, lo cual riñe incluso con lo ahora acontecido, pues precisamente por virtud de la Ley 81 de 1993, el legislador abordó ese tema de la competencia, por el factor cuantía, con

los efectos que ello apareja y a los cuales ya la Corporación se refirió en la providencia cuyos apartes pertinentes se transcribieron en precedencia. Al principio general de competencia referido por el Juzgado del Circuito colisionante, contenido en el aparte del artículo 73 del C. de P. P., tal como fue modificado por el artículo 11 de la citada ley cuya preceptiva es del siguiente tenor: "La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales, vigentes al momento de la comisión del hecho", se ha acudido para precisar el monto con base en el cual se realizó la operación matemática que arrojó los resultados conocidos.

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

Resuelve:

Atribuir al Juzgado Regional de Medellín trabado en el conflicto, la competencia para conocer del presente proceso.

Comunicar al Juzgado 21 Penal del Circuito de la misma ciudad, la anterior determinación, con remisión de copia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / SECUESTRO EXTORSIVO

Los jueces regionales conocen de dos clases de secuestro: a) Del secuestro extorsivo sin necesidad de que concurra ninguna circunstancia específica de agravación; y, b) Del secuestro simple cuando se presente cualquiera de las circunstancias citadas en el artículo 71 numeral 5º. / Los jueces penales del Circuito sólo conocen del delito de secuestro simple, cuando no concurra ninguna de las circunstancias de agravación antes señaladas. / No se pase por alto que de acuerdo con la Ley 40 de 1993 (por la cual se adopta el estatudo nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones), artículo 3º, existen agravantes tanto para el secuestro extorsivo que define en su artículo 1º, como respecto del secuestro simple (parágrafo), que tipifica en el artículo 2º. / En este sentido y con la precisión de que la "o" que utiliza el referido numeral 5º de la Ley 81 es disyuntiva y no copulativa se resolverá el conflicto.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dos de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 22.

Decide la Sala sobre la colisión de competencias negativa surgida entre un Juzgado Regional de Cali y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Popayán, en este proceso seguido contra *Jaime Imbachi Imbachi* y *Albeiro Daza Bolaños*, por el delito de secuestro.

Antecedentes:

1. Los hechos objeto de este proceso fueron resumidos en la resolución acusatoria que una Fiscalía Regional de Cali dictó contra los procesados Jaime Imbachi Imbachi y Albeiro Daza Bolaños el 9 de agosto de 1993, de la siguiente manera:

"El 9 de septiembre de 1991 en Popayán formuló denuncia penal el ciudadano Alvaro Muñoz Bolaños, informando que el 7 de ese mes cuando se desplazaba en bus desde La Plata (Huila) al llegar al sitio denominado 'Cruce de la Mina' un individuo le apuntó con arma de fuego, indicándole se apeara hecho aquello le llevaron a un monte donde ya observó cuatro sujetos y le explicaron que se trataba de un secuestro debiéndoles colaborar con diez millones de pesos.

"Como quiera que la víctima apenas les propuso iniciar con $ 450.000.00, estuvieron de acuerdo y contactaron la esposa en Popayán, lugar donde fueron aprehendidos los dos citados en momentos que recibieron un paquete conteniendo la plata acordada como adelanto.

"El retenido Imbachí quien a la autoridad dijo llamarse Javier Ortega Muñoz fue el encargado de llevar el grupo de inteligencia hasta el lugar de cautiverio del señor Bolaños obteniéndose su liberación sano y salvo, aunque los cuidanderos alcanzaron a huir" (fl. 310).

Dicha Fiscalía acusó por los delitos de secuestro extorsivo (art. 268 del C. P.) y hurto (art. 349 *ibidem*).

2. Ya el proceso en el Juzgado Regional y abierto el juicio a pruebas, el Procurador Judicial para Asuntos Penales manifestó en escrito dirigido al juez: "El Ministerio Público encuentra que de conformidad a (sic) lo establecido por el artículo 9º de la Ley 81 de 1993 que modificó el canon 71 del Código de Procedimiento Penal, se perdió por parte de su despacho la competencia para continuar el trámite de este proceso, toda vez que conforme con el numeral 5º de la referida ley entratándose del delito de secuestro extorsivo se es competente cuando concurren los agravantes de los numerales 6º, 8º o 12 del artículo 3º de la Ley 40 del año de 1993" (fl. 355).

Opinó igual cosa el Fiscal Regional Delegado, quien agregó que la referida norma de la Ley 81 "no hizo excepciones y en ese orden de ideas como quiera que el fin perseguido por los plagiarios fue económico, sin que obre en el expediente prueba sobre la calidad del sujeto ofendido o fines terroristas de la Ley 40, debemos atender la literalidad, y deducir que la competencia se ha perdido" (fl. 357).

3. El Juzgado Regional de Cali, por auto del 5 de enero del presente año (fls. 359 y ss.), admitió los criterios anteriores, anotando que "la Ley 40 de 1993 dejó sin agravantes al secuestro simple y, precisamente por ello, aumentó la penalidad de esa conducta típica" (fl. 360).

Alude al numeral 5º del artículo 9º de la Ley 81 de 1993, para precisar que "sólo queda entonces atender a la literalidad de la norma y ella indica a todas luces que la 'o' viene a ser explicativa o reiterativa

y debe interpretarse en el sentido de que sólo cuando el secuestro extorsivo sea agravado por las causales previstas en los literales 6º, 8º y 12 del artículo 3º de la Ley 40 de 1993, deviene la competencia de los Juzgados Regionales" (fl. 361).

4. El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Popayán aceptó la colisión propuesta y envió el proceso a esta Sala para que dirimiera el conflicto (fls. 360 y ss.). Las razones esenciales que adujo para rechazar su competencia, pueden sintetizarse así:

En primer término, dice no estar de acuerdo con las conclusiones del juez, fiscal y procurador regionales de Cali, "en atención a que la historia de la legislación de estado de sitio, convertida luego en legislación permanente, informa el deseo del legislador de sacar de la órbita de la justicia ordinaria aquellos delitos que más conmoción social han causado y siguen causando, atribuyendo su competencia a los funcionarios que por su estructura logística están mejor dotados en materia de seguridad a efectos de conjurar la crisis" (fl. 374).

Aduce que las circunstancias agravantes del artículo 3º de la Ley 40 de 1993 no son aplicables sólo al secuestro extorsivo sino también al secuestro simple, y dice:

> "En mi criterio, lo que hizo la Ley 81 de 1993 fue concretar la órbita de competencia de los jueces regionales para determinar que además del secuestro extorsivo (y extorsivo agravado), los jueces regionales conocen del secuestro (simple) agravado por cualquiera de las circunstancias citadas en los numerales 6º, 8º y 12 del artículo 3º de la Ley 40 de 1993.
>
> "A nuestro juicio entonces la Ley 81 de 1993 sacó de la competencia de los jueces del Circuito el secuestro simple agravado por las circunstancias ya citadas, casos en los cuales la competencia es de los jueces regionales" (fls. 375 y 376).

Se procede, pues, de plano, a resolver la cuestión.

Se considera:

El artículo 9º de la Ley 81 de 1993 (por la cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal), señala:

> "El artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:
>
> "Artículo 71. Competencia de los jueces regionales. Los jueces regionales conocen:

"En primera instancia:

".....

"5º De los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6º, 8º ó 12 del artículo 3º de la Ley 40 de 1993 y homicidio agravado según el numeral 8º del artículo 324 del Código Penal".

O sea que, según la redacción de esa norma, los jueces regionales conocen de dos clases de secuestro: a) Del secuestro extorsivo sin necesidad de que concurra ninguna circunstancia específica de agravación; y, b) Del secuestro simple cuando se presente cualquiera de las circunstancias citadas en dicha disposición.

Entonces, baste recordar que en el presente caso se procede por secuestro extorsivo, para que no haya duda de que la competencia radica en los Juzgados Regionales.

En tal orden de pensamiento, los jueces penales del Circuito sólo conocen del delito de secuestro simple, cuando no concurra ninguna de las circunstancias de agravación antes señaladas.

No se pase por alto que de acuerdo con la Ley 40 de 1993 (por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones), artículo 3º, existen agravantes tanto para el secuestro extorsivo que define en su artículo 1º, como respecto del secuestro simple (parágrafo), que tipifica en el artículo 2º.

En este sentido y con la precisión de que la "o" que utiliza el referido numeral 5º de la Ley 81 es disyuntiva y no copulativa, se resolverá este conflicto.

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

Resuelve:

Declarar que la competencia para conocer de este proceso radica en los Juzgados Regionales. En consecuencia, vaya este asunto al Juzgado Regional correspondiente de la ciudad de Cali e infórmese de esta decisión al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Popayán, acompañando copia del presente auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / JUEZ DE CIRCUITO / PORTE ILEGAL DE ARMAS

En torno a la munición blindada la misma era considerada como de uso privativo de las Fuerzas Militares, según el artículo 4º del Decreto 2003 de 1982. / El artículo 2º del Decreto 3664 de 1986 (adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), sancionaba con tres a diez años de prisión a quien, sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte dicha clase de munición. / Entonces teniendo como base esa normatividad, la competencia para conocer de lo atinente a la munición citada, sería del Juzgado regional, a tenor del artículo 71-4 del C. de P. P., justamente por ser considerada esa munición como de uso privativo de las Fuerzas Militares. / Empero, el 17 de diciembre de 1993, el Gobierno nacional dictó el Decreto 2535, "por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos", cobijando en sus 111 artículos todo lo relacionado con la materia. / Por parte alguna de ese decreto se dispone, como lo hacía el estatuto derogado, que la munición de tipo blindado sea de uso privativo de las Fuerzas Militares. En efecto el artículo 8º define y clasifica las "armas de guerra o de uso privativo de Fuerza Pública", incluyendo en su literal j) "las municiones correspondientes al tipo de armas enunciadas en los literales anteriores" dentro de los cuales no se relaciona la pistola calibre 7.65 mm. / Lo referente a la munición blindada queda, pues, regulado por el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986 hoy artículo 1.1. del Decreto 2266 de 1991.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dos de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 22.

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín y un Juzgado Regio-

nal de la misma ciudad, en el proceso que por infracción al Decreto 2266 de 1991 (porte ilegal de armas y municiones) se adelanta contra *Francisco Antonio Monsalve Henao*.

Antecedentes:

1. En la madrugada del 10 de febrero de 1991, una patrulla del Batallón número 4 de la Policía Militar, capturó a Franciso Antonio Monsalve Henao, Alex Fernando Muñoz Ruiz e Iván Darío Monsalve Montoya, integrantes de las denominadas milicias populares. A Monsalve Henao se le encontró una pistola calibre 7.65 mm., marca Walther y 7 cartuchos para la misma, de "tipo blindado" (fl. 21), y a Monsalve Montoya se le decomisó un revólver calibre 38 largo, que portaba.

2. A Monsalve Henao se le dictó auto de detención por infracción al artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, es decir por ser la munición blindada de uso privativo de las Fuerzas Militares (fls. 66 y 67).

3. Mediante providencia del 30 de agosto de 1993 (fls. 87 y ss.), la Fiscalía Sesenta y tres Delegada calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria contra Monsalve Henao. Aunque no menciona el artículo del Decreto 3664 de 1986 (que logró permanencia legislativa a través del Decreto 2266 de 1991) por el cual acusó, dice que las armas encontradas son de "defensa personal" y que la sanción adscrita es prisión de uno a cuatro años, lo que indica que alude al artículo 1º de ese decreto. Nada dice la acusación en lo que atañe a la munición encontrada.

En relación con Monsalve Montoya, se precluyó la investigación, y en cuanto a Muñoz Ruiz, quien había sido dejado en libertad por el Juzgado de Orden Público (fl. 8), se ordenó insistir en su captura.

4. El Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, teniendo en cuenta que los proyectiles son blindados, sostuvo, mediante auto del 28 de septiembre de 1993, que la competencia para conocer del proceso era de la justicia regional, adonde remitió las diligencias, proponiendo la respectiva colisión de competencias (fls. 96 y ss.).

El Juzgado Regional, por medio de auto del 29 de octubre (fls. 112 y ss.), no aceptó las razones del Juzgado Trece, motivo por el cual dispuso el envío del expediente a esta Sala de Casación, a fin de que se dirima el asunto.

Las razones expuestas por este juzgado fueron en esencia las siguientes:

"Cómo puede un juzgado declararse incompetente cuando en la resolución de acusación no se ha calificado el delito que se le imputa al procesado?

"La resolución aludida (fls. 87 a 93) presenta esa grave falencia y, en estricto derecho, antes de proceder a pronunciarse sobre su incompetencia, ha debido —en parecer de este despacho— retornarla a la Fiscalía o declarar la nulidad —si fuere factible— de la decisión para así devolver la actuación a su cauce *idem*.

"¿Cómo, nos preguntamos, asumir o no la competencia si no sabemos qué se le imputa a Monsalve Henao?

"Aún si aceptáramos en gracia de discusión, que dentro del expediente reposa prueba acerca de la tal montada munición blindada y por ende de uso privativo de las Fuerzas Militares, cómo aceptar la competencia si —se repite— no existe una debida calificación del ilícito?

"... ... ..."

Se considera:

Si se lee con atención la providencia que calificó el mérito del sumario, se constata que allí se dejó de considerar lo relacionado con la munición de tipo blindado para la pistola Walther calibre 7.65 mm., centrándose únicamente la acusación en las armas de defensa personal. Dice al respecto el citado proveído: "La acción se imputa (sic), *y por ello se acusa*, al señor Francisco Antonio Monsalve Henao, respecto de la pistola calibre 7.65, marca Walther, de fabricación alemana, con número 119166" (fl. 91. Se subraya).

Además, como atrás se dijo, apenas se habla de armas de defensa personal y se hace remisión a la pena traída para esta clase de conductas. Luego, así calificado el hecho *sí resulta competente el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín.*

Ahora bien: en torno a la munición blindada que se dictaminó a folios 21 del proceso, la misma era considerada como de uso privativo de las Fuerzas Militares, según el artículo 4º del Decreto 2003 de 1982.

A su vez, el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986 (adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), sanciona con 3 a 10 años de prisión a quien, sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, repare, almacene ,conserve, adquiera, suministre o porte dicha clase de munición.

Entonces, teniendo como base esa normarividad, la competencia para conocer de lo atinente a la munición citada, sería del juzgado regional, a tenor del artículo 71-4 del C. de P. P., justamente por ser considerada esa munición como de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Empero, el 17 de diciembre de 1993, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2535 "por el cual se expiden normas sobre armas, municio-

nes y explosivos", cobijando en sus 111 artículos todo lo relacionado con la materia.

Por parte alguna de ese decreto se dispone, como lo hacía el estatuto derogado, que la munición de tipo blindado sea de uso privativo de las Fuerzas Militares. En efecto, el artículo 8º define y clasifica las "armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública", incluyendo en su literal j) "las municiones correspondientes al tipo de armas enunciadas en los literales anteriores", dentro de los cuales no se relaciona la pistola calibre 7.65 mm.

Lo referente a la munición blindada queda, pues, regulado por el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986 (hoy art. 1.1 del Decreto 2266 de 1991), en el cual se ancló la conducta de Monsalve Henao, con respecto al arma de defensa personal que le fue hallada.

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

Resuelve:

DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín. Infórmese de esta decisión al juzgado regional correspondiente, acompañando copia de este auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA / NULIDAD

No practicar una prueba sustancial es motivo de nulidad si el casacionista demuestra la incidencia trascendental de esa omisión probatoria.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dos de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 22.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 30 de marzo de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a *Carlos Daniel García Chaparro* y *Jairo Alfonso Galeano Sarmiento* a la pena principal de 24 meses de prisión, al declararlos responsables del delito de homicidio (culposo).

Antecedentes:

1. En Santafé de Bogotá, al comenzar la mañana del 13 de julio de 1989, Jairo Alfonso Galeano Sarmiento conducía por la calle 77-A el taxi de placas SE-2936, en el cual iban como pasajeros en la parte trasera, Wiston Cañón Peña y Gladys Esther Infante García. Cuando ese vehículo llegó al cruce de la carrera 81, no hizo "el pare" debido, siendo golpeado desde atrás y en su parte derecha por el bus de placas SB-8029 que pilotaba Carlos Daniel García Chaparro por la mencionada carrera 81, vehículo que, para pasar en el referido cruce a una buseta que dejaba pasajeros, había ocupado el carril contrario.

Como resultado de esa colisión falleció Cañón Peña, e Infante García sufrió lesiones que la incapacitaron por 8 días.

2. Por esos hechos el Juzgado Cuarenta y cinco de Instrucción Criminal de esta ciudad inició sumario, escuchó en indagatoria a los mencionados conductores (fls. 43 y ss. 1), practicó otras pruebas y cerró investigación, la que calificó con reapertura respecto de los dos sindicados (fls. 131 y ss. 1). Practicadas otras pruebas, clausuró de nuevo investigación, calificándola con resolución de acusación para los procesados García Chaparro y Galeano Sarmiento, por el delito de

homicidio culposo. Así mismo, dispuso su detención preventiva. En relación con las lesiones causadas a Gladys Esther Infante García, ordenó cesar procedimiento por prescripción de la acción.

Los defensores de los acusados apelaron ese proveído, siendo confirmado mediante auto del 11 de agosto de 1992 por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca (fls. 20 y ss. 2).

Según la acusación, el conductor del taxi obró culposamente al pasar a gran velocidad la carrera, sin hacer el correspondiente pare que le indicaba la señal. En cuanto al conductor del bus, consideró la resolución acusatoria que también había sido imprudente al adelantar en un cruce a otro vehículo que se encontraba estacionado dejando pasajeros, destacando, además, que transitaba igualmente a excesiva velocidad.

3. El Juzgado Treinta y dos Penal del Circuito celebró audiencia pública el 29 de enero de 1993 (fls. 249 y ss. 1), y, en armonía con la acusación, dictó sentencia del 16 de febrero (fls. 265 y ss.), mediante la cual condenó a los procesados a la pena principal de 24 meses de prisión, a multa de $ 20.000.00 cada uno, a la suspensión en el oficio de conducir por el término de dos años, y al pago de los perjuicios. A los procesados se les otorgó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por los defensores de los acusados, el Tribunal, por medio del suyo que recurrió en casación el defensor de García Chaparro, lo confirmó, pero redujo la multa a $ 10.000.00 (fls. 3 y ss. 3), que es el máximo previsto en la norma que se consideró violada (art. 329 C. P.).

La demanda:

En ella, el defensor de García Chaparro (fls. 20 y ss. 3), dice inicialmente: "Censuro la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, con base en la causal primera del artículo 220-1 del C. de P. P., por el otorgamiento inferior (sic) al apreciar medios de prueba" (fl. 23).

Señala que el sentenciador les otorgó a los testimonios de Alfonso Barbosa y Ramiro Mogollón "un valor muy inferior al que realmente deben tener", y precisa:

"Aduce el Tribunal que dichas deposiciones son contradictorias entre sí, cuando la verdad es que son unívocas en lo fundamental y si entre ellas se anota alguna deficiencia ella obedece al grado de percepción que tuvieron los testimoniantes, dadas las circunstancias de ubicación en que se encontraban al momento de los acontecimientos, es de concluir que si ellas fueran concordantes en todos los detalles se predicaría que eran de calco, precisamente al realizar la crítica de las mismas debe tomarse en consideración varios elementos cuales son la

posición que ocupaban dentro del rodante, lo que hubiere sido fácil de concluir por parte del juzgador si se hubiese realizado la diligencia de inspección judicial recomendada por la Fiscalía de segundo grado, dentro de la que se hubiera situado a los deponentes en los asientos que ocupaban para a partir de allí afirmar la veracidad con que constaban sus versiones, pero como ello no se hizo el análisis debe realizarse bajo parámetros críticos de las afirmaciones que realizaron bajo la gravedad del juramento, las, que como ya lo manifesté son unívocas en lo fundamental.

"Los dos testimonios constituyen plena prueba de la prudencia con que conducía García y de la manifiesta imprudencia y negligencia con que actuó el otro conductor al no obedecer el pare a que estaba obligado y que precipitó la ocurrencia del nefasto hecho investigado, razón por la que dicho conductor es el único responsable del resultado" (fl. 24).

Luego anota: "La maniobra realizada por García es la normal y corriente en los casos como en el que se encontraba debido a la quietud con que se encontraba estacionada la buseta que le obstaculizaba su normal transcurrir. García debía tomer (sic) en cuenta era si venía en sentido contrario otro automotor y como así no sucedía podía y tenia la vía quien debió hacer el pare debió ser el taxi, pero así no lo hizo" (fl. 25).

Insiste en que los referidos testigos "coinciden en cuanto a la señalización del pare", que no obedeció el taxista, y en que el fallador no analizó integralmente el material probatorio que obra en el proceso.

Manifiesta que la "alta velocidad" que le atribuye el Tribunal al bus no existió, pues el peritaje dictaminó que éste transitaba aproximadamente a 35 kilómetros por hora, y que los aludidos testigos también dan cuenta de esa poca velocidad "a más que aseguran la prudencia con que conducía su automotor, puesto que eran algunos de los pasajeros que venían en el automotor. De la misma frenada se deduce ésto y para nada se toma en consideración para ello el peso y volumen del rodante, simplemente para criticar a los testimoniantes al respecto se pretende sin argumentación técnica decir que era superior a reglamentaria (sic) su velocidad" (fl. 26).

Solicita, pues, que se case el fallo y se absuelva al procesado.

Concepto de la delegada y consideraciones de la Sala:

1. Le endilga el Procurador Segundo Delegado en lo Penal a la demanda una serie de fallas técnicas, por lo que dice que se trata de un simple alegato de instancia, en el cual ni siquiera se señalan los errores que se le atribuyen al fallador, aparte de que no se indica qué norma sustancial se violó y el concepto de esa transgresión.

Apenas se infiere —agrega— que lo alegado es un error de derecho por falso juicio de convicción, de no posible admisión ante la falta de tarifa legal, y la adopción del criterio de la sana crítica como manera de valorar las pruebas.

En concepto de la delegada, la falta de la inspección judicial argüida por el actor encajaría en otro motivo de impugnación que indebidamente mezcló con este cargo. Además, culmina el procurador, los "juicios enteramente personales" del libelista "acerca del valor probatorio que en su criterio ameritan los comentados testimonios", no pueden "oponerse a las conclusiones del fallo... dada la doble presunción de acierto y de verdad que ampara las sentencia judiciales" (fl. 13).

Cita apartes correspondientes del fallo impugnado y sugiere a la Sala no casarlo.

2. A lo dicho correctamente por la delegada cabe agregar que en verdad el actor no señala los errores que a su juicio cometió el fallador en la apreciación de los testimonios de Alfonso Barbosa y Ramiro Mogollón, pasajeros del bus conducido por el procesado García Chaparro. Se limita a reiterar que se les concedió un "valor inferior" sin decir inferior a qué, y olvidando que en el Código de Procedimiento Penal no existe tarifa legal en la valoración probatoria.

También es cierto que el casacionista no menciona la norma sustancial que debió estimar como violada por aplicación indebida, y que sería el artículo 320 del Código Penal.

Además y tal como lo destaca la delegada, no practicar una prueba sustancial es motivo de nulidad si el casacionista demuestra la incidencia trascendental de esa omisión probatoria; de suerte que el censor no podía argüir la no práctica de una inspección dentro del único cargo que hizo por la vía de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Debió hacerlo en capítulos separados (art. 225.4 *ibídem*).

De todos modos y para hacer ver que los razonamientos del juzgador en orden a la condena de García Chaparro no resultan ilógicos ni irracionales, en primer lugar recuérdese que en el auto de acusación de segunda instancia se anotó, luego de hacer un resumen probatorio, que con base en él se podría colegir "que el bus en su maniobra de adelantamiento debió invadir la calzada en sentido contrario, o sea de norte a sur, haciendo por lo tanto un desplazamiento en contravía" (fls. 23-2).

Y respecto de la velocidad que llevaba el bus cuando chocó con el taxi, punto también debatido por el casacionista de manera igualmente vaga, precisó el auto mencionado: "Desde ya debemos descartar el experticio de la Secretaría de Tránsito y Transportes (fls. 153 ss.), por cuanto la determinación de la velocidad se hace respecto de con-

diciones normales, con piso seco, y sin tomar en cuenta que el taxi pudo haber ayudado a detener la marcha del bus". Se destaca además en dicho proveído, que el artículo 136 del Código Nacional de Tránsito prohíbe hacer lo que hizo el conductor del bus: adelantar otro vehículo en un cruce, máxime que en este caso la calle es angosta, y de esta manera el bus "invadió el carril que iba en sentido contrario" (fls. 26-2).

En la sentencia de primera instancia, luego de decirse que el conductor del taxi no hizo "el pare" debido (aserto que apoya precisamente en las declaraciones de los testigos citados por el casacionista), señala que el bus, al adelantar la buseta que dejaba pasajeros "salió para tomar otro carril, quedando en contravía, violando de esta manera los reglamentos señalados en el Código Nacional de Tránsito..." (fls. 282-1).

Al revisar en segunda instancia ese fallo, dijo el Tribunal: "Sin lugar a dudas, García Chaparro violó una clara disposición de tránsito que le prohibía desplazar el automotor en contravía... justo en una intersección donde debía preveer que otros vehículos podían estar efectuando el cruce por la calle 77-A o inclusive encontrarse de manera frontal con otro vehículo que se movilizara por el carril invadido..." (fls. 7-3).

Señala luego que el bus iba a más velocidad de la calculada por el perito (35 km/h), como se puede deducir del croquis y de las placas fotográficas obrantes en el proceso (fls. 93 y ss. 1), pudiéndose entonces constatar que "el taxi fue literalmente arrastrado por el bus hasta la esquina diagonal... Por último, pensar en acogerse al concepto del perito técnico de tránsito obrante a folios 153, tampoco es posible, pues en él se partió de una huella de frenada de '3.20', como si hubiera sido única, cuando en el croquis y en la inspección judicial con claridad se señaló la de 5.90 de la llanta delantera izquierda, no olvidando además que la tabla de correlación entre huella de frenada y velocidad posible adjunta, es aplicable sólo para pavimento seco; y en autos consta que para el momento de los hechos aquél se hallaba húmedo, implicando a la vez que mayor cuidado debían tener los conductores" (fls. 8-3).

Para demeritar el valor de los testigos Barbosa y Mogollón (a los cuales acudió el casacionista para sustentar parte del reproche), que pretenden fijar exclusivamente en el conductor del taxi la responsabilidad, el Tribunal consideró "que entre ellos mismos son contradictorios y aún, como en el caso del primero, se atrevió a asegurar que el pavimento estaba seco, circunstancia que está desvirtuada incluso por el mismo García Chaparro. Este deponente describe también que la víctima quedó aprisionada por el cuello con el bómper del bus, hecho que, con la simple observación de la necropsia, resulta falso. Es que ni siquiera pudieron llegar a un acuerdo sobre el número de pasajeros que llevaba el bus" (fls. 8 infra y 9-3).

Todas esas consideraciones, como se sabe, están amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad, que el casacionista, con esos simples y generales ataques, está muy lejos de derrumbar.

Así las cosas, el fallo no se casará.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION / SENTENCIA / SEGUNDA INSTANCIA / HOMICIDIO CULPOSO

El delito de homicidio culposo sin circunstancias específicas de agravación punitiva, tiene una pena máxima de seis años de prisión, según el artículo 329 del C. Penal. / La sentencia de segunda instancia por no hallarse ejecutoriada, al ser el recurso de casación un medio impugnativo de efecto suspensivo, no interrumpe el proceso de prescripción.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 22.

Vistos:

Mediante sentencia del dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y dos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, revocó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito contra *Jaime Hernández Camacho* por el delito de *Homicidio culposo*, y lo absolvió de toda responsabilidad.

Contra esta sentencia absolutoria, se interpuso en oportunidad el recurso extraordinario de casación por parte del señor apoderado de la parte civil.

Durante el trámite propio del recurso se dispuso el traslado de rigor al Ministerio Público y el señor procurador devuelve el expediente, con la solicitud de que se decrete la cesación de procedimiento por hallarse prescrita la acción penal.

Para resolver, se considera:

El hecho por el cual fue juzgado Jaime Hernández Camacho (homicidio en accidente de tránsito) tuvo lugar el tres de septiembre de 1986.

Adelantada la correspondiente investigación, con fecha tres de agosto de 1988, se calificó su mérito mediante resolución de acusación, por el delito de homicidio culposo, sin que se dedujera en contra del acusado circunstancia alguna específica de mayor punibilidad. Dicha decisión cobró ejecutoria el 10 de agosto del mismo año de 1988.

Adelantado el proceso sufrió innumerables demoras permaneciendo inactivo inexplicablemente por un lapso aproximado de tres años, terminando la primera instancia con sentencia condenatoria del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito de fecha noviembre 3 de 1991. Recurrida esta sentencia, fue revocada por el fallo del Tribunal impugnado en casación.

La acción penal se extingue por prescripción en un tiempo igual al máximo de la pena fijado en la ley si fuere privativa de la libertad; pero interrumpida la prescripción por la resolución acusatoria, empezará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad señalado para la prescripción del delito en la etapa sumaria, pero en ningún caso por un término inferior a cinco años (art. 84 del C. P.).

En el caso que se analiza, la prescripción de la acción penal empezó a contabilizarse desde el 10 de agosto de 1988, fecha de ejecutoria de la resolución de acusación y por un término de cinco (5) años, ya que el delito de homicidio culposo sin circunstancias específicas de agravación punitiva, tiene una pena máxima de seis años de prisión, según el artículo 329 del Código Penal.

La sentencia de segunda instancia por no hallarse ejecutoriada, al ser el recurso de casación un medio impugnaticio de efecto suspensivo, no interrumpe el proceso de prescripción.

Como ha transcurrido desde la fecha de la ejecutoria de la resolución de acusación hasta el momento, un lapso muy superior a los cinco años, la acción penal se encuentra prescrita y así debe declararlo la Sala ordenando la cesación de todo procedimiento.

Como se observa que el proceso permaneció en inactividad, desde el 31 de julio de 1989, hasta el 9 de marzo de 1992, es decir, por un lapso aproximado de tres años, se dispondrá poner este hecho en conocimiento de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Neiva (Huila), para los fines pertinentes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal—, obrando de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, DECLARA PRESCRITA la acción penal adelantada en este proceso contra Jaime Hernández Camacho por el delito de homicidio culposo, y dispone a su favor la cesación de todo procedimiento.

Tómese copia de la actuación pertinente, con destino a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Neiva (Huila).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO POR ACCION

El tipo penal actual de prevaricato por acción no requiere para su estructuración de ninguna de las circunstancias mencionadas por la defensa u otra análoga (mala fe, odio, dádivas, promesas, amistad), le es suficiente que la decisión sea manifiestamente contraria al derecho aplicable. Basta pues, que conociendo el precepto regulador del caso se niegue el funcionario a aplicarlo o lo aplique torcidamente, para que la contrariedad entre su actuar y la ley resulte manifiesta y por ende, sea prevaricadora; es que todo funcionario y muy particularmente quien exhibe la calidad de juez, como lo ordena la Constitución, "sólo está sometido al imperio de la ley", siempre que esa ley sea válida o conforme con la Carta Política. Ello, sin embargo, no indica que el juez no pueda interpretar el precepto cuando éste ofrece imprecisión en su sentido y que en ese juicio pueda equivocarse de buena fe; es el error invencible que como causal de inculpabilidad trae nuestra legislación penal en su artículo 40.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado Acta número 023.

Decide la Corte el recurso de apelación que la defensa interpusiera contra la sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, por medio de la cual impuso a la doctora *Doris Verbel Vergara* 14 meses de prisión como autora material del delito de prevaricato por acción en concurso sucesivo y homogéneo, cometido cuando se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de Riosucio (Chocó), y como penas accesorias la pérdida del empleo, interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad. Estas dos últimas, por término igual al de la pena principal, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal:

El cuatro de abril de 1988, Josús Bernardo Molina formula denuncia ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Riosucio (Chocó), a cargo de la doctora Doris Verbel Vergara, por cuanto de una bodega por él administrada y de propiedad de Daniel Baldrich se habían sustraído cinco cajas de aceite para cocinar, las que fueron recuperadas con posterioridad en poder de Libardo Ortiz Londoño. Sindica como autor de la sustracción a Roberth Rovira Ayala y como receptador al mencionado Ortiz Londoño. Agrega el denunciante que en anteriores oportunidades había sido víctima de hurtos de jabones, cigarrillos, etc.

El 11 de abril de 1988 se ratificó la denuncia y el 12, se abrió la correspondiente investigación penal; el 3 de mayo se libran órdenes de captura y el nueve se oye en indagatoria a Rovira Ayala, resolviéndole la situación jurídica el 13 del mismo mes, con detención preventiva por el delito de hurto calificado; el 10 de mayo había recibido indagatoria a Ortiz Londoño, considerándolo autor de receptación le define situación jurídica con auto de detención pero le otorga el beneficio de excarcelación caucionada de conformidad con el artículo 419 del C. de P. P. Contra los autos de detención solicitaron revocatoria ambos procesados, petición que les fue denegada.

A Clemente Rovira Mercado, otro de los sindicados, se le oye en indagatoria el 26 de mayo y no obstante considerarlo cómplice del delito de hurto calificado, le resuelve su situación jurídica con medida de conminación de conformidad con los artículos 416 y 443 del C. de P. P., dándole en la misma providencia su libertad.

Rovira Ayala vuelve a solicitar la revocación de la medida asegurativa siéndole denegada nuevamente pero como se interpusiera el recurso de apelación, el superior declaró la nulidad de las declaraciones de Rovira Ayala y Rovira Mercado rendidas ante el Inspector de Policía de Venecia y revocó el auto de detención, ordenando la libertad de Rovira Ayala. Como consecuencia de esta determinación el *a quo* dispuso la cancelación de la caución impuesta a Ortiz Londoño. Fue cuando el padre de Rovira Ayala formuló la denuncia contra la titular del juzgado.

El Tribunal después de una indagación preliminar dispuso la apertura de investigación sumarial, se le oyó en indagatoria y se calificó el sumario con resolución acusatoria que fue confirmada por la Sala Penal de la Corte en lo fundamental, precisando sí que se trataba de un delito de prevaricato por acción en concurso material, homogéneo y sucesivo.

En la etapa del juicio se recepcionaron los testimonios de la secretaria del juzgado para la época de los hechos y el del médico del Municipio, Pertuz Bolaño, una diligencia de inspección judicial al despacho de la juez procesada y similar diligencia a la Caja Nacional de

Previsión Seccional Chocó, se celebró audiencia pública y se dictó la sentencia objeto de la impugnación.

Consideraciones de la Corte:

1. A la exjuez de la referencia se le reprocharon dos conductas específicas: el haber proferido el auto de mayo 13 de 1988 otorgándole libertad caucionada al sindicado Libardo Ortiz Londoño invocando el artículo 419 del C. de P. P., entonces vigente siendo que le definía situación jurídica como autor del delito de receptación; y el haber proferido el auto de mayo 30 de 1988 definiendo la situación jurídica del procesado Clemente Rovira Mercado con conminación a quien se le imputó el delito de hurto calificado en calidad de cómplice, con invocación expresa de los artículos 416 y 443 del C. de P. P., vigente para ese momento.

2. La razón fundamental del reproche radicó en que las normas tomadas como fundamento jurídico de las decisiones no permitían arribar a dichas conclusiones. En efecto, tal como lo señaló la Corte en su oportunidad, respecto a lo primero "mal podía con fundamento en el artículo 419 del C. de P. P., proceder como lo hizo porque le bastaba leer la norma que citaba para darse cuenta de que 'La caución es juratoria o prendaria y se aplica en relación con los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos (2) años de prisión, EXCEPTO LO PREVISTO EN EL NUMERAL SEGUNDO DEL ARTICULO 421' —mayúsculas de la Sala—, e ir entonces, como estaba obligado a hacerlo, a la consulta de esta última disposición, para percatarse, sin esfuerzo, dada la claridad meridiana del artículo, de que en el evento que tenía entre manos lo que la ley mandaba y manda era la DETENCION PREVENTIVA. Y, ahí sí, preguntarse si tenía o no derecho a libertad provisional, garantizada bajo caución prendaria o juratoria, lo que la forzaba a consultar los artículos 439 (causales de libertad provisional) y 441 del C. de P. P. (prohibiciones de libertad provisional), encontrándose entonces con que esta última norma recogía el caso que tenía a estudio.

"Por parte alguna de la providencia de la juez, se aprecia que mencione siquiera estas últimas disposiciones; su auto se limita a 'DECRETAR LA DETENCION DEL SEÑOR LIBARDO ORTIZ LONDOÑO EL BENEFICIO DE EXCARCELACION DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 419' (sic). Evitó, pues, enfrentar la problemática que plantea el artículo 441; dicho de otra manera, lo suyo no fue una interpretación muy personal, aunque equivocada, de la ley, en la cual se den todos los elementos de examen y se puntualice la argumentación adecuada que permita a la juez tomar medidas liberadoras (caución prendaria) que no prevé ni consagra el estatuto procedimental aplicable. No es factible, por sustracción de materia, pensar en un yerro de apreciación. La contrariedad con el precepto, el que debió tener en cuenta, aflora de modo significativo, a los fines de una resolución acusatoria, advirtiéndose, entonces, la intencionalidad de su proceder.

"Insistiendo en el punto, si por parte alguna presentó las razones por las cuales excarcelaba, la norma que invoca como fundamento de su determinación, conduce a cuestión bien distinta. Ahora, si su criterio doctrinario y jurisprudencial era de que a pesar de la prohibición, hay eventos en los cuales la libertad provisional se impone, ha debido presentar los argumentos que lo sustentaban; pero no actuar como lo hizo, en donde lo advertible es la voluntariedad y hasta el capricho de la acusada".

Y en cuanto a lo segundo, puntualizó la Corporación en su oportunidad: "El artículo 421-1 del C. P. P., señala los eventos en que procede la detención preventiva y es así como indica: 'Cuando el delito que se imputa al procesado tenga prevista pena de PRISION cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años...' Obsérvese bien que no se verifica ningún distingo entre autor y cómplice y, como es sabido, donde el legislador no lo hace no le es dado al intérprete introducir subjetivas diferencias. O sea que si se procedía por un delito de HURTO CALIFICADO, al resolver la situación jurídica la única alternativa era hablar de PRISION y de DETENCION PREVENTIVA, cualquiera fuere el grado de participación en el delito. Extraña entonces, y no de cualquier modo, que, siendo diáfano el artículo que se viene de mencionar, igual que lo es el 416, y demandando éste que para poder aplicarse la de CONMINACION se debe proceder por delito sancionado 'con ARRESTO o PENA NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, se disponga esta medida cuando se procede por delito de *hurto calificado*'.

"Se pregunta pues la Corte qué raciocinio jurídico le permitía a la acusada trocar la pena de prisión que era la imponible en el delito por el que procedía, por la de arresto o pena no privativa de la libertad, para así poder cobijar al procesado con medida de conminación y la respuesta que de inmediato surge es su inexistencia porque lo único que explica tal comportamiento es el haber querido de manera consciente y voluntaria burlar la ley.

"La juez adoptó una medida de aseguramiento que la desviaba de la cuestión que debía enfrentar y resolver. Cuando el artículo 419 exhibe notable claridad, aquella lo hace servir a fines distintos e improcedentes. Corta pues así de raíz y sin explicación alguna toda problemática interpretativa. Porque ha de entenderse que si lo suyo hubiese sido en verdad la presentación, con el mejor deseo de acertar, de un criterio hermenéutico, obvio que por atipicidad de la conducta no se estaría procediendo en su contra, así aquel fuera equivocado. Pero es que la juez por parte alguna verificó mención de las razones por las cuales disponía la libertad del cómplice del hurto calificado y las normas que mencionó, recálquese, no eran aplicables al caso. Así es como el DOLO toma entidad y traduce conocimiento y voluntad de ir contra derecho, con propósito de realizar el acto típico y antijurídico".

No queda, pues, duda alguna de la existencia de los comportamientos desarrollados por la exfuncionaria juzgada lesivos de la administración de justicia ni de la contrariedad de los mismos con claros y precisos mandatos legales.

3. A instancias de la funcionaria acusada, en la etapa del juicio se recepcionaron las siguientes pruebas con miras a demostrar el volumen de trabajo y las condiciones de salud en que se encontraba la titular del juzgado para el momento de producirse las decisiones que se le reprochan de prevaricadoras: 1. Declaración de la secretaria del juzgado, señora Alcira Gil Mena, quien da cuenta que por aquella época en que era titular la juez aquí procesada el juzgado recibía muchas comisiones civiles y penales del Juez Promiscuo del Circuito de la misma localidad, a las cuales hay que sumar los asuntos que iniciaba el juzgado directamente, a veces siete procesos por mes, siendo que trabajaban solamente la juez y ella como secretaria, que la titular del juzgado estaba embarazada y su estado anímico no era el mejor por las relaciones tirantes que mantenía con el titular del Juzgado del Circuito que la comisionaba 'con términos descorteses e imperativos teniendo en ocasiones que dejar de atender ciertos negocios pendientes que tenía por atender las comisiones impartidas'; 2. Declaración del médico Enrique Pertuz Bolaño quien dice haber atendido a la aquí procesada en varias oportunidades por constipación crónica, problemas dermatológicos y por amenaza de aborto y agrega: "le dí una incapacidad relativa, porque no podía montar a caballo, ni estar yendo a las veredas porque podría perder la criatura"; 3. Inspección judicial a las dependencias de la Caja Nacional de Previsión Social, en donde se pudo constatar que para agosto 10 de 1988 se remitió a Cartagena a la exfuncionaria para tratamiento ginecológico especializado; y 4. Inspección judicial al juzgado del cual era titular la aquí procesada en donde se lee: "se procedió a observar en forma minuciosa dicho archivo, encontrándose en la carpeta de estadística de procesos penales, una existencia de 487 procesos al comenzar el mes de abril (de 1988) y al culminar el mismo habían 495; igualmente se observó la carpeta de estadística de procesos civiles, y existían para dicho mes 105 y al terminar el mismo 87 procesos..." (el paréntesis, fuera de texto).

Las pruebas anteriormente referidas no conducen ciertamente a desvirtuar la doble imputación que por prevaricato activo se le ha formulado a la exjuez de la referencia. En efecto, la cuestión emocional que irritó en tal grado a la paciente que puso en serio peligro su proceso de gestación obedeció fundamentalmente a las comisiones que en materia civil recibía periódicamente del Juzgado del Circuito y que le implicaban desplazamientos considerables a caballo. Eso es lo que se desprende de la versión del propio galeno que la asistió: "le dí una incapacidad relativa, porque no podía montar a caballo, ni estar yendo a las veredas porque podría perder la criatura" (fl. 363); y el pliego de cargos no hace referencia alguna a diligencias de

esa naturaleza, ni a demoras que pudieran haber determinado un prevaricato omisivo, para lo cual sí sería pertinente hablar de la conducencia de dichas pruebas.

Pero, si lo que se quiere destacar con ellas ahora es un estado mental tal que impedía el cabal entendimiento de los preceptos que el legislador expidió para regular la actividad judicial, tampoco resultan conducentes, pues el momento más crítico lo fue en los meses de abril y agosto de 1988 —los autos prevaricadores fueron proferidos en el mes de mayo—, según se desprende de las pruebas recepcionadas en referencia y en el auto que la procesada dictó en septiembre y que obra a folios 366 y siguientes, en donde al hacer el recuento de la problemática se refleja el deseo de justificar omisiones sin que se mencione problema mental alguno de tales proyecciones; y la misma incapacidad que se le dio, no los menciona; se limita a destacar su carácter de "relativa" para determinada actividad física, descartándola implícitamente para función intelectual alguna.

Y tan cierto es esto que con gran lucidez, y eso que dentro del período crítico, glosó la providencia del juez de Circuito que anuló las declaraciones de los sindicados Rober y Clemente Rovira. En efecto dijo, en auto de agosto 12: "Al leer los fundamentos jurídicos en que se basa el *A-quem* (sic) para dictar su providencia declarando la nulidad de las declaraciones de los sindicados Robert y Clemente Rovira, ante el inspector de policía, procediendo de igual forma a revocar el auto de detención de fecha 13 de mayo del año en curso, emanado de este despacho, se observa que el *ad quem* desconoció las otras pruebas recepcionadas o arrumadas al proceso, incluyendo la indagatoria de los mismos procesados donde incurren en numerosas contradicciones anotadas por este despacho en sus diferentes providencias, alegando que sólo el despacho consideró las declaraciones de los mencionados señores ante el inspector, trayendo a colación lo expuesto por los doctores Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre, en su obra el proceso penal ...sobre nulidad por el factor objetivo, en el caso de iniciarse sumario por orden de autoridad de policía, como se observa a través del proceso, éste no fue iniciado por ninguna autoridad de policía sino por la suscrita, allegándose al proceso unas declaraciones de parte (extraproceso por parte del señor Inspector de Venecia), tomadas como meros indicios, y no como confesión extraprocesal o procesal, que unidas a las demás pruebas (declaraciones, testimonios e indicios), conformaron el indicio grave, que sirvió de cimiento para sustentar el auto de detención del 13 de mayo del presente año" (fl. 260 cdno. de copias).

Además, es de destacar cómo en la diligencia de descargos no hizo alusión alguna a esta problemática y menos a la incidencia que ella pudo haber tenido en las decisiones adoptadas. Se limitó a decir que fueron el fruto del cuidadoso estudio y análisis que de dichos preceptos hiciera, para concluir en la simple disparidad de criterios sobre la

aplicación de la ley, lo cual, con sobradas razones, le fue refutado por las instancias desde la resolución acusatoria.

4. La defensa dice en el escrito sustentatorio de la impugnación: "...no hay ninguna circunstancia probada, en el proceso, que permita concluir, que la procesada actuó de mala fe, impulsada, por odio, dádivas, promesas, amistad. Ante por lo tanto (sic) hay que concluir que desafortunadamente, erró, si se quiere garrafalmente, en la aplicación de la aplicación de las normas (sic), pero jamás puede decirse, o asumirse con absoluta certeza que su intención fue la de cometer el delito de prevaricato".

Ha dicho reiteradamente esta colegiatura que el tipo penal actual del prevaricato por acción no requiere para su estructuración de ninguna de las circunstancias mencionadas por la defensa u otra análoga, le es suficiente que la decisión sea manifiestamente contraria al derecho aplicable. Basta pues, que conociendo el precepto regulador del caso se niegue el funcionario a aplicarlo o lo aplique torcidamente, para que la contrariedad entre su actuar y la ley resulte manifiesta y por ende, sea prevaricadora; es que todo funcionario y muy particularmente quien exhibe la calidad de juez, como lo ordena la Constitución "sólo está sometido al imperio de la ley", siempre que esa ley sea válida o conforme con la Carta Política. Ello, sin embargo, no indica que el juez no pueda interpretar el precepto cuando éste ofrece imprecisión en su sentido y que en ese juicio pueda equivocarse de buena fe; es el error invencible que como causal de inculpabilidad trae nuestra legislación penal en su artículo 40.

Pero es que en el caso *sub examine*, no ha existido error alguno de esa naturaleza. Se trató simplemente de que la juez conociendo el derecho aplicable en ambos casos se apartó manifiestamente de él para caprichosamente aplicar lo inaplicable en cada uno de ellos. En efecto: en cuanto al primer comportamiento, sabía por su ya larga experiencia judicial y profesional que para otorgar una excarcelación se requiere que esté demostrada en el proceso alguna de las causales que la ley señale para el efecto y aquí, sin analizar ninguna de ellas, concede la libertad provisional caucionada. La discusión interpretativa que plantea con base en el precepto invocado es sobre la naturaleza de la caución más no sobre la libertad misma, que es lo que se le reprocha. Para poder siquiera plantearse la discusión sobre si hubo o no errónea interpretación, se tendría que haber invocado por lo menos los preceptos que hablan de la libertad provisional; pero no lo hizo así, luego mal puede hablarse de error de esa naturaleza. Simplemente, dio por sentado que se imponía la libertad, sin saberse por qué razón o motivo. La contrariedad manifiesta con los preceptos aplicables (arts. 439 y 441 C. de P. P. de 1987) está, entonces, en que prohibiendo expresamente la ley excarcelar en el caso por el cual había proferido auto de detención (receptación), excarceló, sin que real-

mente importe la clase de caución impuesta, pues no era esa la problemática jurídica que afrontaba.

Y en cuanto al segundo hecho imputado, resulta aún mayormente manifiesta esa contrariedad entre el precepto aplicable y lo decidido, pues sabía de una parte que el artículo 421 del estatuto procesal entonces vigente señalaba en qué casos había que proferir detención preventiva y de otra, que el 416 *ibidem*, indicaba los únicos casos en que era viable la conminación (pena de arresto o pena no privativa de la libertad), luego al considerar al procesado incurso en un delito de hurto calificado en calidad de cómplice, tenía que saber que la pena a imponer en ese evento no era una de arresto, ni menos una no privativa de la libertad, y sin embargo profirió medida de conminación, dejándolo consecuentemente libre.

Es verdad que se ha dicho que en este particular caso se llegó a esa solución porque se consideró el precepto que habla de la complicidad. Pero si se examina esa norma, el artículo 24 C. P., se encuentra que tampoco la tuvo en cuenta, pues dispone ésta una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo "*de la pena señalada para el delito consumado*", y la pena señalada en éste es *la de prisión*, no la de arresto ni una no privativa de la libertad. En tales condiciones no puede hablarse de error invencible, sino de manifiesta contrariedad con la ley aplicable.

Así las cosas, fuerza concluir en que los comportamientos de la exjuez procesada no solamente son típicos y antijurídicos de prevaricato por acción, sino igualmente culpables, en grado de culpabilidad doloso ciertamente, imponiéndose la confirmación de la sentencia en este punto.

5. Encuentra sí la Corte algunas incorrecciones de orden legal en fallo impugnado, a saber: a) El artículo 149 del C. P., por el cual se condena, trae como pena principal, además de la de prisión, la de interdicción de derechos y funciones públicas, y en forma inexplicable el Tribunal le impone ésta última como accesoria, lo cual afecta la legalidad de las penas que por ser inherente al derecho fundamental del debido proceso, se impone su corrección en esta instancia, sin que ello pueda considerarse desconocimiento al principio de no agravación de la pena referido en el artículo 31 de la Carta Política por ser la parte condenada la única apelante, pues se procede únicamente en defensa del orden legal, no en perjuicio real del recurrente, quien conserva la misma sanción y por el mismo término, sólo que en forma principal.

b) Condenó accesoriamente a la pérdida del empleo lo cual es incorrecto conforme lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corte, en consideración a los preceptos legales correspondientes. En efecto, si la pena de interdicción de derechos y funciones públicas tiene una cobertura inhabilitante mayor que la señalada para la pérdida del

empleo (arts. 50 y 51 del C. P., respectivamente), resulta ilógico imponer la segunda cuando se ha impuesto la primera y aún mayormente lo es, cuando el término fijado ha sido el mismo y se ha reconocido el subrogado de la condena de ejecución condicional para todas ellas; aspecto éste que resulta inmodificable, así lo quisiera la Corte como suele hacerse en estos casos, por ser la parte condenada único recurrente.

c) También le impuso el Tribunal como pena accesoria la suspensión de la patria potestad sin señalar la más mínima razón para ello, pues no se trata de una de las penas accesorias que sigan inexorablemente a la principal. Su aplicación, si bien el artículo 52 del C. P., dice ha de ser discrecionalmente impuesta por el juez, exige la debida fundamentación para saber si el comportamiento por el cual se le condena tiene incidencia en forma alguna con el derecho que las leyes civiles le dan para ejercer la patria potestad. En el presente caso, no ve la Corte razón alguna para suspender ese derecho a la exjuez sentenciada, ni motivo alguno para temer que los hijos resulten seriamente afectados en su salud y moralidad por el delito deducido a su progenitora.

Se revocarán entonces las penas accesorias impuestas en primera instancia. Y en cuanto a la de interdicción de derechos y funciones públicas, por considerarla el legislador para estos eventos pena principal, con ese carácter se le dejará en la sentencia recurrida, adicionándose el fallo en tal sentido.

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

Resuelve:

1. ADICIONAR el numeral primero de la parte resolutiva del fallo recurrido, en el sentido de que le corresponde como pena principal a la exfuncionaria condenada además de la allí señalada, la de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena de prisión.

2. REVOCAR el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, relacionado con las penas accesorias impuestas por el *a quo*.

3. CONFIRMAR, en todo lo demás, la sentencia condenatoria recurrida impuesta a la doctora Doris Verbel Vergara, en su calidad de Exjuez Promiscuo Municipal de Riosucio (Chocó), por el concurso homogéneo y sucesivo del delito de prevaricato por acción.

En firme, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, salvamento de voto; *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez,* salvo mi voto.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO)

1. Ante todo debo consignar lo que fue inicial ponencia por parte del suscrito, en la parte pertinente de las consideraciones y que la Sala, por mayoría, no acogió:

> "Cuando esta Corporación confirmó el llamamiento a juicio de la exjuez Doris Verbel, se estimó como improcedente el tratamiento favorable que le dio al procesado Clemente Rovira Mercado, a quien no obstante haberlo ubicado como cómplice del hurto calificado, le resolvió la situación jurídica imponiéndole la benévola medida de conminación, y no la que jurídicamente le correspondía, que era la detención preventiva, según lo preceptuado por el artículo 421-1 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 350 del Código Penal que fija para el mencionado delito una pena de 2 a 8 años de prisión.
>
> "En esa ocasión también mereció reparos la forma como dicha exfuncionaria le resolvió la situación jurídica a Libardo Ortiz, a quien le impuso medida de aseguramiento de detención como era correcto, pero concediéndole la excarcelación en contra de la expresa prohibición consagrada en el artículo 441-4 del Código de Procedimiento Penal y sin hacer motivación alguna.
>
> "Para entonces, del acervo probatorio no surgían elementos suficientes que permitiesen conocer y valorar adecuadamente las condiciones reales bajo las cuales hubo de tramitarse el proceso penal en el que se cometieron las equivocaciones comentadas. De ahí que se hubiere llegado a descartar el error de tipo o la ignorancia invencible como circunstancias excluyentes de la culpabilidad, en consideración a que la misma doctora Verbel explicó en su injurada que las decisiones cuestionadas las tomó luego de efectuar una interpretación armónica de los artículos 421 y 439 del Código de Procedimiento Penal, pero orientándose por el principio establecido en el nuevo Código de Procedimiento Penal, conforme al cual respecto de los procesados por la justicia ordinaria, su libertad será la regla general y su detención será la excepción.
>
> "Sobre este tópico la Corte consideró que las normas aplicables al caso eran claras y, por tanto, no admitían interpretaciones distintas al contenido que expresan".

Empero, la situación que se advierte hoy día es bien distinta de la que reinaba para la época del calificatorio, pues el esfuerzo de la defensa hizo posible recaudar nuevas pruebas durante el juicio que señalan otro derrotero a seguir.

"En efecto, se escuchó en declaración a Alcira Gil Mena, secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Riosucio para la fecha de los hechos, quien ilustra el expediente sobre el gran volumen de trabajo que soportaba ese despacho judicial, merced a las comisiones civiles y penales que ordinariamente le hacía el Juzgado Promiscuo del Circuito de la misma localidad. Informa también que la situación de la doctora Verbel para la época en que se tramitó el proceso penal motivo de esta investigación, era bastante tensa y difícil, primero por las malas relaciones que sostenía con su superior jerárquico, el Juez Promiscuo del Circuito, y segundo, por encontrarse en estado de embarazo y sufriendo complicaciones de salud derivadas de éste.

"También se escuchó en declaración al médico Enrique Pertuz Bolaño, quien manifestó que como servidor de CAJANAL atendió a la doctora Verbel durante su embarazo, encontrándola muy tensionada y con amenazas de aborto por problemas de tipo emocional, razón por la cual le otorgó incapacidad relativa durante veinte (20) días.

"Se practicó inspección judicial al despacho regentado por la acusada, estableciéndose el gran cúmulo de trabajo que soportaba para la época de los hechos, al punto que para finales del mes de abril de 1988 se encontraban en trámite 495 procesos penales y 105 procesos civiles. En dicha diligencia se pudo constatar un mayor rendimiento laboral en los asuntos civiles y la existencia de enfrentamientos entre la exjuez Verbel y su superior jerárquico (Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio) de entonces, debido a la gran cantidad de comisiones que este último le impartía dentro de la misma sede laboral, las que eran rechazadas por la primera con fundamento en la ley, pero también por su estado de dificultad de embarazo que le impedía movilizarse continuamente a las veredas donde debía cumplir dichas comisiones.

"Finalmente, en el período probatorio del juicio se llevó a cabo diligencia de inspección judicial a las instalaciones de la Caja Nacional de Previsión Social, ubicadas en Quibdó, concretamente a la sección de citas médicas y remisiones, estableciéndose que durante los meses de abril y mayo de 1988, la doctora Doris Verbel fue remitida a la Seccional de la Caja de Cartagena para tratamiento ginecológico especializado".

Los anteriores medios probatorios coinciden en la demostración de algunos hechos a saber:

> "1. El Juzgado Promiscuo Municipal de Riosucio (Chocó), soportaba para la época en que se profirieron las decisiones acusadas un gran cúmulo de trabajo, siendo evacuados con mayor propiedad y prontitud los asuntos civiles que los penales.
>
> "2. La doctora Doris Verbel, para la época de los hechos, sufría quebrantos de salud originados en un complicado embarazo con amenaza de aborto, por lo que debió desplazarse en varias ocasiones a la ciudad de Cartagena donde fue sometida a tratamiento ginecológico especializado.
>
> "3. Para la época de los hechos investigados, la doctora Verbel se encontraba emocionalmente alterada debido a sus complicaciones de salud por el embarazo y al enfrentamiento que mantenía con su superior jerárquico por razones de trabajo".

Los nuevos elementos de juicio con que se cuenta ahora, explican las anomalías cometidas por la acusada y desvirtúan el elemento intencional deducido en el calificatorio de lo que entonces se consideró como el simple actuar caprichoso de la exjuez, al haber omitido la debida motivación en la excarcelación de Libardo Ortiz y al haber realizado la desacertada interpretación que la llevó a fijarle medida de conminación a Clemente Rovira.

A la anterior conclusión se llega luego de analizar que no existe en el plenario demostración alguna que permita deducir interés de la procesada en favorecer a Clemente Rovira y Libardo Ortiz. No existe ningún indicio de que la acusada hubiere actuado por motivos innobles o con ánimo parcializado, y, en consecuencia, deberá dársele crédito a las explicaciones dadas a lo largo de su intervención en el proceso, conforme con las cuales sus contradictorias decisiones se produjeron con absoluta buena fe y motivadas por el ánimo de acertar y de ser justa, aunque bien distinto hubiere sido el resultado conseguido, tal vez por no haber encontrado, por su estado de salud, condiciones propicias para realizar un estudio más de fondo y documentado de la situación procesal comentada.

Además, para la Sala queda claro que las dos decisiones erróneas que se censuran a la acusada, fueron producto de su impericia en materias penales, reprochable a título de culpa por la falta del deber de cuidado y preparación que le eran exigibles como juez de la República, pero no a título de dolo como se requiere para la configuración del prevaricato.

Sobre el particular, de tiempo atrás, ha sostenido la Corte lo siguiente:

"...si la interpretación indebida de las normas o de las pruebas se efectúan sin tener conciencia de un actuar ilícito, por más que resulte opuesta al derecho, no existe delito de prevaricato por acción ya que, desde el punto de vista subjetivo, no es posible considerar que el actor entendió como manifiestamente contrario a la ley su comportamiento" (casación penal, junio 5 de 1985, M. p. doctor Calderón Botero).

Se reitera que las decisiones judiciales que se fundamentan en un error, o en la ignorancia, o en la ligereza, descartan de manera total la existencia del prevaricato, precisamente por ausencia del elemento intencional, imprescindible para poder predicar su consumación. Por ello es tan citada la frase de Soler: "El prevaricato no consiste en la discordia entre el derecho declarado y el derecho objetivo; sino entre el derecho declarado y el conocido; no está en la proposición afirmada, sino en la relación entre esa proposición y el estado de creencia en la mente del juez".

A este respecto bien vale la pena recordar lo dicho por esta Corporación en caso semejante:

"...Es cierto que en principio es difícil pensar que un juez pueda desconocer la ley, puesto que se supone un conocimiento especializado por razón de su oficio, pero lo cierto es, como lo sostiene el recurrente, que no es dable para nadie suponer el conocimiento de todo el derecho, ni siquiera de una rama especializada del mismo, porque es evidente que existe una contradicción entre la realidad y la presunción legal, pues de acuerdo a esta última se presume de hecho que el ciudadano conoce el derecho, pero esta presunción como se remarcaba con anterioridad, riñe con la realidad.

"Cada día el hombre y el juez se equivocan, guiados por erróneas apreciaciones o por ignorancia de hechos o circunstancias que se suponían conocidas. Eso es lo cotidiano y al juez no se le puede proyectar como un conocedor de todo lo jurídico porque además de no ser cierto, se incurre en grave yerro que atenta contra la justicia" (M. p. Edgar Saavedra Rojas, junio 24 de 1986).

2. Pese a la naturaleza de la resolución acusatoria, nuevas reflexiones sobre la misma y lo aportado a la investigación, me llevaron a cambiar de opinión y a patrocinar una decisión final absolutoria.

Las razones de la sentencia aprobada por mayoría, no me conmueven al punto de mudar este criterio, porque, si bien las respeto, juzgo que no constituyen una réplica exitosa de la interpretación que por último auspicié.

3. Quiero insistir en algunos aspectos que la providencia de la cual me aparto no enfrenta, o lo hace muy tangencialmente, u ofrece una valoración inadmisible, al menos para el suscrito.

a) No deja de ser una tremenda paradoja que la acusación contra la exjuez Doris Verbel, surgió porque el padre del procesado Roberto Rovira Mercado (el autor del hurto agravado consumado en el depósito "Macken", de Luis Bernardo Molina), consideró que no se le debía haber privado de libertad. Pero a la postre la condena se produce no por este hecho, que se justiprecia como correcto, sino porque a quienes pudieron ser sus cómplices (Clemente Rovira —caución juratoria—, por pobre) o receptador (Libardo Ortiz —caución prendaria—), se les dejó libres. Total que se mira no lo que de bueno hizo, que cubría al principal protagonista de ese hecho delictuoso, sino lo que le faltó de perfección en su pronunciamiento, aunque en aspecto que no tenía la trascendencia de aquél y que, seguramente, el aspecto probatorio se mostraba inseguro para esos dos tratados benignamente, y que con la ulterior indagación bien podían ser considerados en forma más severa.

b) Y, resulta también sublime paradoja jurídica, que se le sanciona porque no fue más errada en su determinación y causó mayores perjuicios al abstenerse de privar a Clemente Rovira y a Ortiz, de su libertad. Esto se afirma porque el Tribunal, al conocer de la apelación, revocó esa definición de situación jurídica, porque la prueba allegada a los autos no revestía la exigible legalidad. Entonces, si los elementos de convicción no daban sustento al proveído, por qué mirar con tan extremo rigor la decisión que devino, así fuera de manera eventual o inconsciente, en afortunada y justa decisión, ya que no se privó de la libertad a los dos mencionados sindicados?

3. La procesada, en su indagatoria (fls. 306 y ss.) detalla los motivos que tuvo para imponer la caución prendaria y la juratoria. Afirma, en síntesis, que siguiendo a un doctrinante que acertadamente distingue la autoría de la complicidad, que son entidades jurídicas autónomas, independientes, que ni jurídica ni ontológicamente pueden asimilarse o tenerse por idénticas, equivocó la consecuencia de este presupuesto y entendió que podía asumirse en cuanto a excarcelación, un disciplinamiento diferente, máxime cuando la pena del receptador estaba por debajo de los dos años y la tendencia de la legislación era la de dar mayores márgenes para gozar de la libertad.

Se ofreció, pues, un razonamiento que así no se comparta, tiene visos de explicación atendible (en cuanto a fundar un comportamiento de buena fe, errado sí, pero no delictuoso), máxime cuando el propósito no era mostrarse indiferente a la severidad de la ley penal para el autor, a quien privó de su libertad, y, de contera, se trataba de una juez ubicada en región poco menos que inaccesible, sustraída

de la constante y calificada información de los rumbos jurisprudenciales y legales, se encontraba aquejada de quebrantos de salud y, finalmente, no era del todo indemne a la inconsistencia de nuestra legislación (que pasma aún a expertos y estudiosos) que se mostraba, en opinión general, tendiente en casas calendadas por disminuir los estragos de las restricciones de libertad. Que no supo filtrar todo ésto, puede aceptarse, pero ello no implica desconocerle sus personales motivaciones y vicisitudes intelectuales ni menos cerrarle el paso a la realidad de una equivocación o desacierto asumidos con sinceridad y rectitud.

4. Así no se trate de un prevaricato omisivo (faltar a diligencias por no poder montar a caballo, rendir deficientemente en su labor, etc.), no puedo recibir la argumentación de la Mayoría de la Sala sobre la enfermedad de la procesada ni de las difíciles circunstancias en que evacuaba su trabajo. La sentencia es demasiado matemática y bordea constantemente la insensibilidad. Nadie puede negar que se trata de una persona diabética, con problemas ginecológicos graves (amenaza de aborto, feto en posición indeterminada) que tuvo que ser asistida médicamente en Cartagena y que en los meses de abril a mayo se dieron oficios remisorios de la paciente (ver fls. 363, 396, 397). Entonces, si para estos dos meses abril, mayo es cuando se produce la providencia prevaricadora (que sólo es parcial falta de excelencia y perfección), y, además, el juez de circuito no daba pausa con comisiones ilegales que había que cuestionar constantemente, fuera de ser la procesada más vocacionada y capacitada en asuntos civiles que penales, qué de ilógico tiene qué se vea en ello la causa de un desliz de hermenéutica, o de una torpeza, o de un descuido, o de una incoherencia en lo accesorio que no en lo fundamental (autoría)? Poco ha faltado para que la Sala exigiera una precisa comprobación de haberse visto la juez, al *momento* de proferir la providencia, tratando de controlar un espasmo abortivo o cuantificando una subida de azúcar. El suscrito se basa, más bien, en apreciación más generalizada; llega a vislumbrar, así el sexo no le permita vivencias personales directas, que un embarazo dificultado, más si se trata de persona diabética, produce un estado constante, indefinido, prolongado y azaroso, de alteración que repercute en la concentración y eficiencias de las habituales labores. Pero si alguien tiene opinión contraria a esta tesis, que considero razonable, pues..., pues es otro modo de reflexión, muy personal, como singular es que la Sala, cuando detecta un esfuerzo de la procesada por defender la detención del autor de hurto, contra lo dicho por su Tribunal, tenga ello como síntoma de perfecta salud y de raciocinio ajeno a sufrimientos. Pero la sentenciada, en la causa, destacó toda su adversidad, real y poderosa e influyente en la providencia que la ocasional mayoría de la Sala ha tomado poco menos que como colapso jurídico nacional, lo que apenas fue parcial desfase de una enferma juez del olvidado sitio de Riosucio —Chocó—.

Bueno, cada uno ha ofrecido su propia visualización del asunto. La condena ha resultado el pronunciamiento triunfante y como tal lo

acato, no sin dejar de cumplir la obligación de consignar los motivos de mi disentimiento.

Con toda atención y respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO)

Adhiero a las consideraciones expuestas por el doctor Gómez Velásquez en su significativo salvamento de voto para absolver a la juez acusada. Sin dar demasiadas vueltas a las cosas entiendo que sus proposiciones y asertos, traducen —fiel a su tema y a las realidades que lo circundan— la interpretación más justa y exacta de la verdad procesal consignada en los autos. Su opinión, rica en excelentes, es la mía. Esto está muy bien y me parece muy exacto participar de todas sus ideas. A mí me basta con esto para mostrar abiertamente mi disentimiento con el criterio de la mayoría.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia Martínez, Magistrado.

Fecha ut supra.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / NULIDAD

La discordancia entre el fallador y el demandante para efectos de la casación, debe provenir de comprobados yerros de apreciación de la prueba en la sentencia, no de la visión que la parte demandante asuma de la misma en su propio natural interés, pues que ello atentaría contra el principio de seguridad de los fallos judiciales y comportaría el desconocimiento por el juez de casación, de la facultad que asiste al de las instancias para valorar racionalmente los elementos de juicio allegados a la investigación. / Si de errores de procedimiento en el trámite correspondiente se trata, no es a través de la causal 1ª, sino de la 3ª de casación que ha de efectuarse el reclamo porque apunta a la invalidación procesal, mientras que la 1ª reconoce su validez pero cuestiona la formación del juicio en el sentenciador, sea por fallas de evaluación probatoria, o de selección, o de interpretación normativa.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 023.

Conoce la Corte del recurso de casación incoado por la defensa de los procesados *Oswaldo Alberto Díaz Rodríguez* y *Jorge Reinel Chivatá Ruiz* contra la sentencia dictada el 2 de octubre de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, con reformas a la de primera instancia se les condena, al primero a la pena principal de 61 meses de prisión y multa de diez salarios mínimos legales, como autor responsable de delito contemplado en la Ley 30 de 1986 en concurso con el de hurto agravado y calificado y, al segundo, a la pena principal de 48 meses de prisión y multa de diez salarios mínimos legales como autor responsable de delito contemplado en la Ley 30 de 1986 y a ambos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad.

En el mismo fallo se condena a Elpidio F. Angulo, Roberto Trujillo y Pedro Julio Meneses por los mismos hechos punibles que se imputaron a Díaz y, a José Alvaro Martínez, por el mismo que se le imputó a Chivatá. De igual manera, se declara la nulidad de lo actuado en relación con el delito de receptación que se había atribuido a este procesado recurrente en casación.

Hechos y actuación procesal:

En síntesis que recoge el Tribunal lo esencial de los hechos materia de la investigación, se tiene:

"Enterado José Reinel Chivatá Ruiz que José Alvaro Gómez Martínez tenía guardada en su residencia de la carrera 48 número 174A-38 de Santafé de Bogotá, sustancia estupefaciente, informó de ello a los sujetos Oswaldo Alberto Díaz Rodríguez, Elpidio Fidencio Angulo Jiménez, Roberto Trujillo Díaz y Pedro Julio Meneses Bravo, entonces detectives del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), quienes se dirigieron al lugar el 25 de marzo de 1987, penetrando clandestinamente a la casa de habitación, donde después de encañonar a sus habitantes, procedieron a sustraerse electrodomésticos, joyas y un revólver así como dos (2) bolsas contentivas de sustancia pulverulenta, una de las cuales arrojó resultado positivo para el estupefaciente cocaína con un peso bruto de 167.9 gramos.

"Parte de los elementos fueron entregados para su aseguramiento al procesado Jorge Reinel Chivatá Ruiz, a quien se le capturara en la misma fecha, en su residencia, hallándosele los elementos entregados y las bolsas con la sustancia pulverulenta, persona esta que por sus informaciones condujo a la captura de los cuatro detectives del DAS que participaron en el golpe" (fl. 39, cuaderno 2 del Tribunal).

La investigación fue iniciada por el Juzgado 34 de Instrucción Criminal de Bogotá, que vinculó mediante indagatoria a Jorge Reinel Chivatá Ruiz, José Alvaro Gómez Martínez, Elpidio —Fidencio— Angulo, Roberto Trujillo, Pedro Julio Meneses y Oswaldo Alberto Díaz; y, en calidad de persona ausente a Diana María Rosero, a todos los cuales comprometió en juicio en providencia del 18 de marzo de 1988. El Juzgado 37 Penal del Circuito, al revisar, por control de legalidad conforme a la legislación entonces vigente tal proveído, declaró la nulidad parcial del proceso, incluida la resolución acusatoria, que el instructor volvió a proferir el 2 de mayo de 1990, adicionándola el 9 de julio del mismo año al advertir la omisión en la inclusión de uno de los procesados en la parte resolutiva correspondiente. Más tarde, el 26 de agosto de 1991, el mismo Despacho hubo de reponer parcialmente la resolución, quedando en definitiva llamados a juicio así: Elpidio Fidencio Angulo, Roberto Trujillo, Pedro J. Meneses y el recurrente Oswaldo A. Díaz por delito tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 en concurso con hurto calificado y agravado; Diana María Ro-

sero y José Alvaro Gómez, por delito tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986; y, Jorge Reinel Chivatá Ruiz por receptación y delito tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Apelado que fue el pliego acusatorio, el Tribunal Superior del Distrito lo confirmó en su integridad el 18 de octubre de 1991.

Meses más tarde, encontrando el Juzgado de la causa, que para la fecha de los hechos la procesada Diana María Rosero sólo tenía 16 años de edad, ordenó la remisión de lo actuado en relación con ella, al Juzgado Penal de Menores.

Surtida la fase de la causa, el fallador de primera instancia emitió sentencia de condena contra todos los implicados de su competencia, por los mismos delitos de la resolución acusatoria, la cual fue modificada, por el Tribunal en el fallo que es objeto de este recurso extraordinario, quedando las penas tal como se ha indicado al comienzo de esta providencia (fls. 1 y ss., 14 y ss., 42, 47, 56, 72, 82, 263, 631, 702-729, 764, 851-858, 870-870 vto., 951-958, cuaderno principal 1; cuaderno principal 2; cuadernos 1 y 2 del Tribunal).

Las demandas:

1. A nombre de Oswaldo Díaz Rodríguez.

Su defensor formula un cargo con fundamento en la causal 3ª y dos con base en la 1ª, del artículo 220 del C. P. P., así:

Cargo primero. Causal tercera. La sentencia de segunda instancia se profirió en juicio viciado de nulidad, por desconocimiento de las garantías del debido proceso y de defensa.

Explica que el juez de la causa, en la misma constancia que dejó sobre la no realización de la audiencia pública el día en que estaba inicialmente señalada, fijó como nueva fecha para la diligencia el 23 de abril de 1992, consignando así de irregular manera este ordenamiento, contra el cual interpuso recurso de reposición uno de los defensores y, aunque el funcionario dispuso el trámite de rigor, en definitiva no resolvió, transgrediendo la garantía del debido proceso y el derecho de defensa de los procesados. Además, en el acta de audiencia se dejó una constancia contraria a la realidad, en el sentido de que la diligencia se inició a las nueve de la mañana, cuando el inicio apenas ocurrió pasadas las diez, debido a la ausencia de uno de los defensores.

Fuera de lo anterior, dos irregularidades más, de orden sustancial se produjeron en la actuación, pues al procesado Chivatá Ruiz en los fallos de las instancias se le cambió el nombre, porque en vez de "Jorge" como es su primer nombre, se le mencionó como "José"; y, habiendo declarado el Tribunal la nulidad de lo actuado desde la finalización de la audiencia pública en relación con este mismo procesado

en vez de ordenar la reposición de lo invalidado, simplemente modificó el fallo de la primera instancia. Con las referidas irregularidades, se transgredió el artículo 449 del C. P. P. y el deber de individualizar por su correcto nombre a uno de los sentenciados, resultando con el cambio de nombre de que se le hizo objeto, condenada una persona que no fue procesada.

Cargo segundo. Causal primera. La sentencia de segundo grado es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial —los artículos 350 y 351 del C. P. y el 33 de la Ley 30 de 1986— y además, del artículo 29 de la Constitución por desconocimiento de la garantía del debido proceso.

Afirma que no existió la circunstancia calificante del delito de hurto que se le atribuyó a su patrocinado relativa a la violencia sobre las personas o las cosas porque el denunciante y también coprocesado Gómez Martínez no dio cuenta de ello, puesto que lo único que refirió fue que tres individuos, "revólver en mano" penetraron a su residencia ordenándole a él y a su compañera tenderse en el suelo, permanecer quietos y decirles en dónde guardaban las armas, a la vez que se apoderaron de bienes por valor aproximado a los setecientos mil pesos.

Considera que del relato del denunciante no aparece el elemento violencia; pero como además éste no merece credibilidad "por sus condiciones personales y sociales que son de un reconocido expendedor de basuco...", el Tribunal no podía emitir sentencia condenatoria por hurto calificado como lo hizo "sin que encontrara probado en el proceso por prueba inculpatoria" la referida circunstancia, y al hacerlo infringió el artículo 350 del C. P.

La infracción al artículo 351 del C. P. provino de que en la sentencia se dio por establecida la causal de agravación del hurto prevista en el numeral 10 de esa disposición: Por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto, pues aunque su poderdante aceptó que a la casa del denunciante hubo ingreso de número plural de personas en las condiciones antes referidas, ello no implica que hubiese habido el acuerdo que se considera agravante porque el que realmente existió fue "ocasional e instantáneo"; y al haber razonado el Tribunal como lo hizo "partió de simples suposiciones". Olvidó el Tribunal que el agravante aplicado se refiere es a la existencia de una sociedad criminal dedicada al hurto, y no a acuerdos como el que se produjo en el caso de autos entre los detectives del DAS encartados.

Además, habiendo sido el propósito de su patrocinado junto con sus compañeros de delito solamente la incautación de la sustancia estupefaciente y no el de hurtar, pero habiendo desbordado el primero al apoderarse de los objetos de valor que encontraron en casa del denunciante, lo que hubo fue preterintencionalidad en el hurto, a pesar

de lo cual la condenación se emitió por el hurto agravado "en razón de una inexistente empresa criminal".

De otro lado, dado que la versión inicial tomada a los inculpados lo fue sin la asistencia de defensor y sin la autorización de un juez, tales pruebas carecen de valor probatorio.

Por cuanto hace al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, la violación devino de haberle dado aplicación condenando a su cliente por conservación de sustancia estupefaciente a pesar de no haber cometido tal delito. Afirma que él, junto con los demás detectives compañeros de trabajo e implicados en el proceso se limitaron a hurtar unos bienes, entre los cuales estaba la bolsa contentiva de la sustancia estupefaciente "sin que con posterioridad a tal acción adelantaran gestión alguna para la comercialización del estupefaciente". Añade que el hurto de narcóticos "no está consignado como verbo rector y alternativo" en la norma mencionada y, "si el legislador no lo consignó como tal, mal puede el juzgador llenar el pretendido vacío por vía de interpretación extensiva o por vía de jurisprudencia...", salvo que quien realice el hurto destine la sustancia a cualquiera de las alternativas previstas en el tipo penal. Es menester, para que pueda pregonarse la comisión del delito en comentario, en caso de hurto precedente de la sustancia, "que el delincuente asegure la permanencia de la sustancia en el sitio a donde la guardó, con actos relacionados con protección, vigilancia y custodia"; y en el caso que es materia de estudio, el coprocesado Chivatá Ruiz, "en cuyo poder se encontró el estupefaciente hurtado, no sólo no pretendió ocultarlo, ni asegurar su permanencia donde lo tenía, sino que voluntariamente lo entregó a los agentes que lo capturaron sin que mediaran ni solicitud, ni apremio de ninguna especie ni allanamiento a su casa de habitación a donde lo trasladó de la del denunciante". Si Chivatá Ruiz, tal como lo refirió uno de los agentes de la Policía Nacional que participó en la captura de los agentes del DAS implicados le manifestó tener la droga que éstos le habían dado y voluntariamente la entregó a la autoridad, no podía imputarse a los procesados el delito previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 en la modalidad de conservación, porque no fue ésta la intención que los animó.

Sólo existió, entonces el delito de hurto, y es por él por el que su patrocinado debe responder ante la justicia. El haberlo acusado y condenado por la conservación de estupefaciente constituyó la violación indirecta, por indebida aplicación del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y, "de contera violó el artículo 29 de la Constitución Nacional que consagra la garantía del debido proceso".

Debe pues, la Corte, casar la sentencia recurrida, independientemente —según lo considera el actor—, de que en la demanda hubiera podido, él, incurrir en fallas de orden técnico.

Cargo tercero. Causal primera. La sentencia es violatoria, de manera directa, del precepto sustancial consagrado en el artículo 299 del C. P. P. actual, por falta de aplicación; también infringió el artículo 65 del C. P.

Su poderdante confesó el hecho punible del hurto por el que se le condena, pues admitió que él con sus demás compañeros de trabajo en el DAS acordaron un operativo en la casa de habitación del denunciante coprocesado para verificar los datos del informante Chivatá a cerca de la existencia de narcóticos y negó haber participado en la apropiación de los bienes, aunque sí admitió haber visto sacar una caja, explicando la razón de su intervención, situación que implicaba, en opinión del censor, el reconocimiento de la rebaja de pena prevista en la disposición legal citada por haberse producido en su primera versión, rendida ante el funcionario judicial correspondiente, pero el Tribunal, sin realizar un análisis sobre el punto, se limitó a confirmar el fallo de la primera instancia. Debe, entonces, la Corte, casar la sentencia acusada, dando aplicación "a las provisiones pertinentes del artículo 299 del C. P. P.".

2. Demanda a nombre de Jorge Reinel Chivatá Ruiz.

El señor defensor de este procesado presenta dos cargos, con apoyo en la causal 1ª de casación contra la sentencia del Tribunal:

Primero. Es violatoria, en forma directa, del artículo 29 de la Carta Política, por aplicación indebida.

El Tribunal en su sentencia declaró la nulidad de lo actuado respecto de su cliente y en lo concerniente únicamente al delito de receptación por el cual había sido enjuiciado, para disponer que continuara siendo juzgado pero por el delito de hurto, previa variación de la calificación de la conducta referente a tal delito, creando así una causal de nulidad no prevista en la ley.

Decisión de tal naturaleza adoptada va en detrimento de los derechos del acusado porque le torna más gravosa su situación en caso de llegar a ser condenado por el hurto, y ello implicaría el eventual desconocimiento de la prohibición de la reformatio en perjuicio de que trata el artículo 17 del C. de P. P.

Considera que debe tenerse en cuenta que Chivatá Ruiz fue condenado en vigencia del C. P. P. anterior y que en el actual no existe la variación de la calificación jurídica, y advierte que: "En consecuencia, mal puede ordenarse una variación de la calificación jurídica que no está prevista en la ley vigente".

Segundo. La sentencia es violatoria de la ley sustancial, artículo 33 primer inciso de la Ley 30 de 1986, en forma indirecta, debido al error de hecho en que incurrió el Tribunal en la evaluación de la prueba.

El juicio de valor del Tribunal es contrario a lo demostrado por el material probatorio, porque no podía atribuirle la comisión del delito contra la salubridad de lo referido por Chivatá Ruiz en su indagatoria, en la que éste se manifestó como simple informante, interesado en poner en conocimiento de la autoridad la tenencia de cocaína por parte del denunciante también coprocesado y además ajeno a lo que los detectives comprometidos decidieron hacer con todos los objetos hurtados, en versión que sostuvo en los careos con los demás procesados y que éstos a su vez ratificaron cada uno en su injurada; además de que el denunciante simplemente lo sindicó como sospechoso del hurto y, de que el propio investigador disciplinario a quien correspondió averiguar la conducta oficial de los cuatro detectives sindicados, así lo dejó entrever.

Chivatá Ruiz se limitó a obrar conforme a la ley, informando a la autoridad sobre la ocurrencia de un hecho punible y, su situación no puede involucrarse en la de los empleados públicos, cuyo deber era trasladar el caso a la autoridad competente, de manera que, mal podía el Tribunal atribuirle la comisión de delito contemplado en la Ley 30 de 1986; apenas sí y, ello "en el peor de los casos" podría admitirse su posible incursión en un delito de receptación "muy a pesar de encontrar que tampoco lo abarca", según el criterio del señor defensor.

Solicita, consecuente con sus planteamientos, la casación parcial de la sentencia del Tribunal, en cuanto sus únicos puntos a invalidar a través de este recurso extraordinario son los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva.

Concepto del Ministerio Público:

En desacuerdo con todos los cargos formulados en las demandas se manifiesta el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, y es así como sugiere, en somero estudio de la misma, la no casación impetrada.

Refiriéndose a la demanda presentada por el defensor de *Oswaldo Díaz Rodríguez*, descarta el cargo fundado en la causal 3ª, del artículo 220 del C. P. P., no sólo porque adolece de la demostración adecuada, sino porque en la tramitación del proceso ninguna irregularidad de carácter sustancial ocurrió. Las objeciones en las cuales el actor apoya su petición invalidante tuvieron el carácter de meras informalidades.

Advierte que la decisión de cambio de fecha para la celebración de la audiencia se adoptó en observancia de los artículos 102 y 197 del C. P. P., pues se profirió en estrado y se ejecutorió debidamente. Estima que el cambio en el primero de los nombres del procesado Chivatá Ruiz en nada afectó sus derechos porque a lo largo del proceso se le identificó e individualizó perfectamente. Que tampoco la declaratoria de nulidad de parte de lo actuado respecto de este mismo implicado, con la orden de variación de la calificación ocasionó vulneración de garantía alguna, porque conforme al artículo 501 del C. P. P. entonces vigente ello estaba autorizado y la prueba indicaba que el delito por el que se profirió la medida era el hurto y no el de receptación.

También encuentra antitécnicamente presentado el primero de los cargos de tal demanda fundado en la causal 1ª en cuanto, lejos de demostrar el error de evaluación probatoria que pregona, lo que hace el actor es lanzar unas afirmaciones contentivas de su propia visión de lo acaecido, en las cuales disiente de la valoración de la prueba por parte del fallador respecto de las circunstancias del delito de hurto, no siendo ello de recibo en el recurso de casación.

En relación con las objeciones respecto del delito tipificado en la Ley 30 de 1986, recuerda el funcionario que éste se configura con "el solo poseer o tener la droga en su propio ámbito de poder", sin que sea aceptable como argumento absolutorio la simple afirmación de que "no se pensaba comercializar".

En referencia con el último de los cargos de la demanda de que se trata —violación de los artículos 299 del C. P. P. y 65 del C. P.— por no reconocimiento de la rebaja por confesión, el distinguido colaborador destaca cómo en ningún momento Díaz Rodríguez admitió ser autor o cómplice de los delitos investigados, es decir que no se hizo acreedor al beneficio que en su favor se reclama, lo que conlleva la ineficacia del cargo.

Respecto de la demanda a nombre de *Jorge Reinel Chivatá Ruiz* la descalificación de las censuras por parte del Ministerio Público proviene, en cuanto a la primera, de que no hubo irregularidad de ninguna índole en la parcial anulación de lo actuado declarada por el Tribunal, porque en el anterior C. P. P. la variación de la calificación estaba autorizada, y habiéndose celebrado en el proceso la diligencia de audiencia pública antes del 1º de julio de 1992 —fecha de entrada a regir del actual estatuto procesal—, la variación de calificación se ajustó al debido proceso.

El desacato al segundo cargo estriba en que carece de demostración la afirmación de que el fallador incurrió en error de hecho en la evaluación del material probatorio, haciéndose el reproche así, ajeno a la técnica del recurso; más aún, cuando consta simplemente de una posición conceptual diferente de la del sentenciador. Añade, que al

afirmar el censor la atipicidad absoluta de una de las conductas de su cliente a través de la violación indirecta de la ley sustancial, equivocó la vía de la censura porque ella sólo puede ser propuesta mediante la violación directa y, en últimas estima que el cargo en comentario corresponde más a un error de derecho por falso juicio de valoración, que al error de hecho propuesto, en planteamiento inadmisible en casación.

Consideraciones de la Corte:

Efectivamente, como lo afirma el Ministerio Público, ninguna de las demandas tiene vocación de prosperidad, según pasa a verse:

1. La que suscribe el señor defensor del procesado Oswaldo A. Díaz R., no sólo se halla afectada de serias inconsistencias técnico-lógicas, sino que carece de razón en todos sus reclamos.

En el primer cargo, único con fundamento legal en la causal 3ª del artículo 220 del C. P. P., califica de irregularidad sustancial y por tanto invalidante, el proferimiento del auto del 9 de abril de 1992 (fl. 1059) en el cual el Juzgado 37 Penal del Circuito pospuso la fecha de celebración de la audiencia pública, que estando convocada para ese día no pudo iniciarse por la ausencia de dos de los defensores, como ya en dos ocasiones anteriores había sucedido (fls. 1012 y 1040), porque la decisión se adoptó dentro de la constancia de no celebración suscrita por el juez y fue notificada a todos los sujetos procesales que estaban presentes y al ser recurrida en reposición por uno de los defensores, aunque la Secretaría le dio el trámite de rigor al recurso, la juez, en vez de decidir la impugnación inició la audiencia en la fecha correspondiente (fls. 6 y ss., cuaderno principal 2).

En torno a esta objeción procedimental es dable recordar, que el auto de convocatoria a audiencia pública y señalamiento de su fecha había sido dictado el 15 de enero de 1992 y notificado en debida forma a todos los sujetos procesales (fls. 999 y 999 vto.), de manera que todos ellos estaban legalmente enterados de que la trascendental diligencia había sido programada, y tuvieron la oportunidad de impugnar la decisión, cuya obligatoria notificación preveía el artículo 174 del entonces vigente estatuto procesal. El cambio de fecha, si bien lo adaptó por fuera del acto de audiencia, sí hubo ocasión de enterar a los sujetos procesales presentes y con ello, ninguno de sus derechos se vulnerarán.

Así la situación, ciertamente el Juzgado incurrió en una informalidad al dar por sentado que los autos de traslado de fecha que dictó lo fueron en estrado, pues no habiéndose iniciado la diligencia de audiencia pública, como en efecto sucedió en tres ocasiones por la ausencia de distintos defensores, mal podía darles ese carácter y disponer su notificación conforme al artículo 182 del entonces vigente estatuto procesal, con lo que, si bien no conculcó ninguna de las ga-

rantías del artículo 29 de la Carta, dio pie a la objeción que sin fundamento hoy se plantea a la actuación y, que obviamente, no puede ser atendida.

Tampoco constituye irregularidad con la entidad invalidante que el casacionista le otorga, el que la audiencia pública no se hubiera iniciado a la hora prevista sino una después, más sí una informalidad, que el mismo profesional y defensor ahora recurrente convalidó, según se observa en el acta obrante a folios 6 y siguientes del cuaderno principal número 3; pues lo que el documento reza es que el doctor Martínez —uno de los defensores— se ausentó del recinto de la diligencia cuando ya todos los sujetos procesales autorizados a intervenir estaban presentes, y a petición de la fiscal el Juzgado accedió a prorrogar en una hora la de iniciación. El acta con esta secuencia descriptiva de lo acaecido fue suscrita por todos los defensores, incluido el doctor Palma Vengoechea —recurrente en casación—, sin constancia disidente de ninguna índole (fl. 11, cuaderno principal 2). Su descontento al respecto sólo cobró entidad en escrito presentado el mismo día de la iniciación de la diligencia y con posterioridad (fls. 12 y ss.), en demanda de la nulidad que tanto el Juzgado como el Tribunal, acertadamente rechazaron (fls. 22 y ss., cuaderno principal 2 y cuaderno 2 del Tribunal) y que tampoco la Corte puede prohijar, consciente de que ningún perjuicio real o potencial a los derechos y garantías de los implicados se ocasionó.

Por cuanto hace al requerimiento anulatorio que el actor a nombre de Oswaldo Díaz Rodríguez formula con base en que a otro de los procesados, el de apellido Chivatá Ruiz, se le cambió en los fallos de las instancias el primero de sus nombres, pues llamándose Jorge se le mencionó como José; y, con base en que el Tribunal declaró en su sentencia la nulidad parcial del proceso respecto de este acusado y solamente por el delito de receptación que se le atribuyó en la resolución acusatoria y dispuso la variación de la calificación, encuentra la Corte que carece de interés jurídico para reclamar el señor defensor aquí demandante, pues la situación de Chivatá Reinel para nada afecta la de su cliente, amén, de que en todo momento no existió duda sobre su verdadera individualización. El reproche pues, carece de seriedad; y en definitiva, no prospera el cargo, en ninguno de sus aspectos.

Tampoco el cargo segundo, primero de los basados en la causal 1ª del artículo 220 del C. P. P., por violación indirecta de algunas normas sustanciales, entre las que cuenta el artículo 29 de la Constitución, está llamado al éxito.

Una primera inconsistencia de orden técnico, de esta censura, surge de aducir al amparo de la causal mencionada, prevista para objetar la sentencia de segundo grado por violación de la ley sustancial por vicios del sentenciador en la formación de su juicio sobre el caso concreto, la coetánea transgresión del artículo 29 de la Carta Política, que

es precepto garantizador del legal trámite procedimental, refundiendo y confundiendo así, conceptos incompatibles, que de todas maneras debieron ser objeto de censuras separadas y suficientemente motivadas.

Otra protuberante falla asoma, cuando afirma el censor que el delito de hurto en que su cliente participó, no fue ni calificado, ni agravado, con lo que sencillamente admite la forma simple del delito con intencionalidad dolosa y por tanto acreedora de sanción; para renglones adelante afirmar que tal delito contra el patrimonio económico fue preterintencional, olvidando que esta forma de culpabilidad sólo comporta sanción cuando expresamente lo dice la ley —en nuestra legislación sólo tiene cabida en el delito de homicidio—, esto último, con el argumento de que la intención de su cliente y los demás detectives implicados se reducía a incautar la sustancia estupefaciente que el informante les había señalado, incurriendo así, como se ve, en evidente contradicción argumental en el cuerpo del mismo cargo, con flagrante desconocimiento de basilar principio de lógica.

Además, no guarda congruencia ni seriedad la acusación al introducir, no obstante venir hablando de una posible atipicidad del delito de hurto por errores de valoración de la prueba al respecto, el aserto de que las versiones libres rendidas por unos de los procesados ante la Policía carecen de valor probatorio porque se recibieron sin la asistencia de defensor. Entremezcla aquí el actor objeciones que en principio se repelen entre sí —la prueba, si se refiere a los mismos hechos, no puede ser al tiempo válida e inválida—. Además, las actas correspondientes enseñan que estuvieron representados por defensor oficioso (fls. 8 y 22, cuaderno principal 1).

De otro lado, el casacionista, a pesar de anunciar el ataque respecto del delito contra el patrimonio económico por la vía de la violación indirecta de los artículos 350 y 351 del C. P., afirmando que el hurto en que participó su poderdante no fue ni calificado por la violencia, ni agravado por el acuerdo de varias personas; lejos de demostrar los errores de evaluación probatoria que en su sentir ocasionaron la errada imputación, consigna unas apreciaciones diversas de las del fallador, relativas al valor del testimonio del denunciante —no merecía credibilidad: el Tribunal partió de simples suposiciones, dice—, y en definitiva traslada el alegato al campo de la violación directa, cuestionando la interpretación que el fallador otorgó a tales conceptos jurídicos previstos en la normatividad sustancial del hurto, mezclando así incongruentemente supuestos incompatibles de la causal 1ª de casación, y olvidando que la discordancia entre el fallador y el demandante para efectos de la casación, debe provenir de comprobados yerros de apreciación de la prueba en la sentencia, no de la visión que la parte demandante asuma de la misma en su propio natural interés, pues que ello atentaría contra el principio de seguridad de los fallos judiciales y comportaría el desconocimiento por el juez de la casación, de la facultad que asiste al de las instancias para valorar racionalmente los elementos de juicio allegados a la investigación.

Similar posición conceptual adopta el profesional en lo concerniente al delito tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 del cual fue coparticipe su poderdante, pues luego de especular sobre la interpretación del verbo rector de la conducta que se imputó a los diversos encartados para desvirtuarla y transferirla al solo hurto —hurtar estupefacientes, dice, no es verbo del tipo penal de la ley mencionada— termina por afirmar que la intención de los coprocesados se limitó al delito contra el patrimonio económico. Así pues, tampoco la objeción al fallo por este concepto es eficaz.

El cargo no prospera.

El último reproche a la sentencia por parte del señor defensor de Díaz Rodríguez, basado en la causal 1ª de casación, como el anterior, tampoco puede atenderse.

En sentir del profesional, su cliente confesó calificadamente su coparticipación delictiva y por ello debió ser acreedor a la rebaja de pena prevista en el artículo 299 del C. P. P. actual —301 en el de 1987—; más es lo cierto, que vista la diligencia de indagatoria, justamente lo que hizo fue no admitirla en el delito de hurto: "Me acusaron de haber participado en un hurto del cual yo niego completamente" (fl. 65, cuaderno principal 1) es su expresión, que resta toda seriedad a la reclamación del casacionista. Tiene razón el señor procurador al sugerir el rechazo tajante del reparo.

El cargo no prospera.

2. La demanda que suscribe el señor defensor de Jorge Reinel Chivatá Ruiz, igualmente resulta inane frente a la sentencia de segundo grado.

En su *primera reclamación*, basada en la causal 1ª de casación se afirma que es violatoria en forma directa en la modalidad de aplicación indebida, del artículo 29 de la Constitución.

El solo enunciado, como se ve, revela confusión e imprecisión en el conocimiento de básicos supuestos de la casación: En primer término, no puede hablarse sin que ello constituya un franco dislate, "de aplicación indebida" del artículo 29 de la Carta Política, porque esta disposición de orden superior tiene como finalidad única garantizar los diversos derechos que asisten a los sujetos procesales; ella en sí misma no es una norma sustancial que por "aplicación indebida" pueda transgredirse, menos aún, cuando la inquietud del actor se focaliza precisamente, en todo lo contrario: La falta de aplicación del debido proceso; en segundo término, si de errores de procedimiento en el trámite correspondiente se trata, no es a través de la causal 1ª, sino de la 3ª de casación que ha de efectuarse el reclamo porque apunta a la invalidación procesal, mientras que la 1ª reconoce su validez pero cuestiona la formación del juicio en el sentenciador, sea

por fallas de evaluación probatoria, o de selección, o de interpretación normativa. Es evidente, por lo menos, la falta de atención en la facción del escrito, situación, francamente inaceptable cuando de formular un juicio en derecho —que tal es la demanda de casación— contra el fallo de segunda instancia se trata.

Ahora bien; la situación propiamente objetada es la declaratoria de nulidad que en su sentencia el Tribunal decidiera en relación con el delito de receptación que se atribuyó en el pliego de cargos al procesado Chivatá Ruiz al encontrar que los hechos en que se hizo consistir habían sido erradamente calificados y disponer que la calificación fuese variada, reduciendo, por consiguiente su fallo en cuanto a este implicado al delito contemplado en la Ley 30 de 1986. Opina el señor defensor que la decisión en tal sentido no podía adoptarse y que eventualmente ella agrava la situación de su pupilo en caso de ser condenado por el delito que correctamente se le pueda imputar a resultas de la variación calificatoria.

Pues bien; si se recuerda que la audiencia pública en este proceso se inició antes de que entrara en vigencia el actual C. P. P., es decir el día 23 de abril de 1993 (fl. 6, cuaderno principal 2), no queda más aceptación a hacer, que este proceso se rige por el C. P. P. de 1987, cuyo artículo 501 autorizaba la variación calificatoria que cuestiona el actor, y que por consiguiente, la actuación se cumplió con apego a la legalidad, pues el artículo 13 transitorio del actual C. P. P. preservó la vigencia de aquel ordenamiento en casos como el que es materia de estudio.

El cargo no prospera.

Suerte pareja a la anterior corre la *segunda censura*, según la cual, en opinión del recurrente, la sentencia es violatoria en forma indirecta de la ley sustantiva, específicamente del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, por error de hecho en la valoración probatoria en que incurrió el Tribunal.

El defensor demandante no demuestra en qué consistió el error de evaluación probatoria que pregona; simplemente registra su propio parecer sobre lo sucedido, contrario, desde luego, al del fallador para pregonar la inocencia de su cliente, pues según afirma, Chivatá Ruiz se limitó a poner en conocimiento de la autoridad el hecho punible del que tuvo conocimiento relacionado con el tráfico de narcóticos, pero no podía ser involucrado en él junto con los detectives implicados; su comportamiento a lo sumo podría tenerse como constitutivo de receptación, aunque tampoco este ilícito puede cobijarlo. Debió el Tribunal aceptar sus explicaciones como verdaderas y marginarlo de la implicación penal porque en ellas lo respaldaron incluso los demás implicados en sus injuradas y, además él mismo las mantuvo a lo largo de sus diversas intervenciones en la investigación.

La acusación así formulada, y de contera carente de asidero en el proceso, que contrariamente a lo afirmado por el casacionista, refleja un cuidadoso y acertado análisis probatorio, no trasciende del ámbito de la especulación y resulta ineficaz para la invalidación del fallo de las instancias. No prospera.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el expediente al Tribunal Superior de origen.

Cópiese y cúmplase:

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO / RESOLUCION DE ACUSACION

En el procedimiento abreviado, el auto que resuelve la situación jurídica provisional del implicado equivalía a la resolución de acusación.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 20, febrero 24 de 1994.

Vistos:

El Juzgado 35 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá emitió el 4 de diciembre de 1991 sentencia de condena en contra del acusado *Blas Fernando Salinas Salinas* como responsable del delito de hurto calificado y agravado, imponiéndole la pena principal de 30 meses de prisión. Contra esa determinación recurrió en alzada la defensora del acusado, profiriendo como respuesta el respectivo Tribunal su fallo de mayo 25 de 1992 que con algunas aclaraciones ratificó la decisión adversa.

De nuevo y a iniciativa del defensor se impugna esta última determinación, sobre la cual entrará la Corte a pronunciarse.

Hechos y actuación procesal:

1. En la mañana del 10 de octubre de 1991, Olga Lucía Tabares de Quintero jefe de personal de la firma "Observigia", regresaba del banco con $ 2.900.000.00 en efectivo para el pago de la nómina, acompañada del conductor del vehículo de la empresa identificado con la placa AD-4320. A la altura de la carrera 19 de esta capital, frente al número 66A-20, dos sujetos que esgrimían un arma de fuego sorprendieron a la empleada en el momento de descender del automotor, despojándola del sobre que contenía el dinero y su cartera, para emprender la huída de inmediato.

Unas cuadras más adelante, con la colaboración de la ciudadanía se logró la captura de Fernando Salinas Salinas y la recuperación de la cartera, mientras que el coparticipe logró evadirse con el producto del ilicito.

2. Las primeras diligencias fueron adelantadas por el Juzgado 124 de Instrucción Criminal Permanente de Santafé de Bogotá, donde rindieron indagatoria Baudelino de Jesús García Silva y Blas Fernando Salinas Salinas, pasando posteriormente el proceso al Juzgado 101 de Instrucción Criminal de la misma ciudad, donde se resolvió la situación provisional de la pareja liberando al primero de los nombrados y deteniendo preventivamente a Salinas mediante providencia que fijó el trámite a seguir por el abreviado.

La etapa del juicio le correspondió al Juzgado 35 Penal del Circuito de esta ciudad. Celebrada allí la diligencia de audiencia, se emitió fallo de condena, que recurrido en apelación por la defensora del acusado mereció del Tribunal confirmación, aclarando que el incremento de la pena correspondía a la agravante genérica del artículo 66 del Código Penal, y no al numeral décimo del artículo 351 *ibídem* invocado en la sentencia de primera instancia.

La demanda:

Al amparo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos formula la recurrente en contra de la sentencia de segunda instancia, el primero por violación directa de la ley sustancial, y el segundo por la vía de la nulidad.

Cargo primero:

Considera la casacionista que la sentencia de segunda instancia viola directamente la ley sustancial por haber inaplicado el artículo 31 de la Constitución Política, y contemplado en cambio circunstancias de agravación no previstas en el fallo de primera instancia, agregando que:

> "La causal invocada por el señor Juez 35 Penal del Circuito, no estaba consagrada dentro del cuerpo del llamamiento a juicio que le había proferido el extinto Juzgado 101 de Inscriminal sin que el *a quo* se pronunciara como era lo debido, ampliando el auto de llamamiento a juicio o en su defecto, variando la calificación, figuras contempladas en el derogado C. de P. Penal en su artículo 501".

La violación del artículo 31 constitucional se afirma porque al revisar el *ad quem* el fallo lo modificó en perjuicio de su cliente, pues, pese al reconocimiento que hiciera en el sentido de que el falladur de primera instancia se excedió al aplicar la inexistente agravante del artículo 351 del Código Penal, terminó cobijándolo con la genérica del

numeral 7º del artículo 66 *ibídem*, siendo que según el artículo 31 de la Constitución Nacional y 17 del Código de Procedimiento Penal, carecía de esa facultad:

> "La única salida que tenía el honorable magistrado ponente en ese caso era reconocer la extralimitación del juez al proferir la sentencia, revocar la agravante del artículo 351 y por ende hacer la respectiva rebaja de pena, pero al proceder a cambiar la denominación del artículo que ya no es el 351 sino que es el 66-7, es una agravante que no había sido contemplada y por tanto, no podía ser tenida en cuenta para la dosificación de la pena...".

Añade que la aplicación del artículo 31 de la Carta se hacía imperiosa como consecuencia del principio de favorabilidad, ya que la causal aludida había sido considerada por el juzgador de primera instancia, aunque con violación al derecho de defensa del acusado.

Cargo segundo:

Haciendo alusión a la postura asumida por la fiscal ante el Tribunal, la recurrente sostiene que la sentencia está viciada de nulidad, y que por esa vía vulneraron el derecho de defensa y el debido proceso, ya que "al momento de hacer el llamamiento a juicio, no se había cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos por las normas que regían en ese momento el proceso, Decreto 050 de 1987", careciendo el sindicado de la oportunidad de conocer los cargos por los cuales debía responder.

Con los anteriores argumentos le solicita a la Corte casar la sentencia, y en atención al artículo 229 del Código de Procedimiento Penal emitir la de sustitución que corresponda.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, considera que la demanda no debe ser casada. Respecto del cargo segundo que aborda de entrada por que en él se plantea una nulidad, dice que su proposición acusa graves errores de técnica al omitir precisar la casacionista en qué consistía la irregularidad sustancial invocada, la forma como afectaba la estructura del debido proceso y aquello que tuviera que ver con la actuación procesal violatoria del derecho de defensa.

Para la delegada, este cargo en esencia es similar al primero, pues ambos desembocan "en el hecho de que la agravante genérica (art. 66.7 del C. P.) no podía ser aplicada a cambio del artículo 351.10 del C. P...". Recuerda, que el procedimiento seguido en el presente asunto lo rigió el abreviado, en el cual no existía resolución acusatoria, y que las imputaciones en contra del acusado se describieron en el auto que

le resolvió la situación jurídica; así mismo, que mediante notificación formal la defensa tuvo la oportunidad de conocer cual era el hecho típico que se le endilgaba, la forma como éste se llevó a cabo, y el número de partícipes. Tales razonamientos los considera suficientes para descalificar la censura, y pregonar su improsperidad.

En cuanto respecta al cargo por violación directa: Inaplicación del artículo 31 de la Constitución Política, contesta el procurador:

> "Al aquí procesado se le halló responsable del punible previsto y sancionado en el artículo 350 numeral 1 del Código Penal, incrementándose la pena por existir las circunstancias del artículo 351 numeral 10, por actuar dos personas en el hurto, artículo 372 numeral 1 por cuantía de más de $ 100.000 y las causales 3 el modo de ejecución del hecho y 4 la preparación ponderada del hecho, del artículo 66 del Código Penal. Apelada la decisión de primera instancia del artículo 351 numeral 10 y 1º cambia por el agravante genérico contenido en el artículo 66 del Código Penal, numeral 7 por 'obrar con complicidad de otro', y mantiene las demás, incluida la de cuantía por estar evidente en autos aun cuando 'no se reseñó en el proveído que definió la situación jurídica' ".

Analizando, entonces, las circunstancias genéricas y específicas de agravación punitiva, y citando como ejemplo lo que sucede en el hurto cuando intervienen varios sujetos, situación contemplada en el numeral 10 del artículo 351 del Código Penal como agravante específica, y a su vez genérica en el numeral 7º del artículo 66 *ibidem*, recuerda que la jurisprudencia y la doctrina han precisado:

> "Que cuando esas circunstancias son identificables entre sí conceptualmente, no pueda doblarse la incriminación penal para considerarla dos veces, como que constituye un mismo contenido, lo que resulta injusto para el procesado y afectaría el principio liberal del *non bis in idem*. Caso en el cual se agravaría la situación del procesado, como es ostensible".

Pero en el presente caso esa irregularidad no ocurrió, dado que en la decisión de segunda instancia no se impusieron condiciones más difíciles al procesado, ni se le aumentó el contenido de la imputación penal, la corrección tan solo afectó el número del artículo, pero la decisión de los falladores se mantuvo en su contenido de reprochabilidad penal, y por ello, tampoco se vulneró el principio constitucional alegado por la actora.

Como conclusión le solicita a la Corte desatienda el cargo y se abstenga de casar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte:

Atendiendo la Sala el orden de prioridades avocará inicialmente el segundo cargo formulado, por cuanto allí se invoca una causal de nulidad que de llegar a aceptarse, cerraría el paso para otro pronunciamiento de fondo. Al plantear aquella invalidación, dice la casacionista que el fallo se encuentra viciado de nulidad porque su defendido desconocía los cargos por los cuales debía responder en el juicio, constituyendo ese defecto una vulneración a los derechos de defensa y del debido proceso.

La respuesta que a este planteamiento suministra el señor Procurador Delegado resulta para el caso suficiente, ya que sumada a la falta de precisión sobre el sentido de la violación, la casacionista dejó de tener en cuenta que en el procedimiento abreviado, el auto que resuelve la situación jurídica provisional del implicado equivalía a la resolución de acusación, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Sala en fallo de mayo 20 de 1989 con ponencia del magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas.

El interlocutorio en cuestión, a folios 37 y 38 consignó la descripción del hecho punible endilgado al procesado con sus circunstancias de tiempo, de modo, de lugar, de la forma como Salinas Salinas actuó acompañado de otro sujeto, y la manera como este último, portando un arma de fuego amenazó a la denunciante despojándola del sobre que contenía el dinero, cuya cuantía también se resaltó. Igualmente menciona la providencia la aprehensión del acusado en flagrancia cuando huía con el bolso que le había arrebatado a la quejosa, y aún en auto del Juzgado del conocimiento en que se negó la excarcelación se resaltaron las causales de agravación que resultaban aplicables y que terminó imponiendo la sentencia.

La medida de aseguramiento le fue notificada personalmente al procesado y a su defensora (fl. 31.1), quienes gozaron de la ocasión amplia de conocerla e impugnarla, y de saber, ante todo, que la valoración de la conducta, aunque provisional, ya incluía las circunstancias conocidas del número plural de agresores, la cuantía y la ponderada preparación del hecho, circunstancias llamadas por ministerio de la ley a incrementar el quantum de la pena con motivo de su tasación por el juez en la sentencia, siendo suficiente en criterio de la mayoría de la Sala su claro enunciado fáctico en el pliego acusatorio para advertir al enjuiciado su presencia y brindarle la oportunidad de controvertirlas ejerciendo su defensa, todo lo cual equivale a reconocer el decaimiento de la censura por falta de asidero de sus presupuestos dentro del plenario.

En la proposición del *segundo cargo* la recurrente afirma que el juzgador de segunda instancia incurrió en violación de la ley sustancial al dejar de aplicar el artículo 31 de la Constitución Política, pues si bien ratificó la pena que dedujo el *a quo* en contra del acusado, mo-

difícó ese fallo en desfavor al agregarle que en lugar de la agravante específica del artículo 351.10 del Código Penal, se aplicaría la genérica del artículo 66 *ibidem*.

Discrepando en este aspecto del criterio de la delegada, reconocerá la Sala la razón que asiste a la casacionista en su reparo, verificando como consecuencia las rectificaciones sugeridas:

En efecto: Cuando el Juzgado procedió a tasar la pena partió del mínimo legal previsto en el artículo 350 del Código Penal —veinticuatro (24) meses de prisión— para de allí pasar a adicionar las siguientes agravantes: Cuatro (4) meses por la presencia del numeral 10 del artículo 351 del Código Penal —ejecutar el hecho por dos o más personas preacordadas—, ocho meses más por razón de la cuantía (art. 372 *ibídem*), más tres (3) meses por concurrir las causales 3ª —dificultar al perjudicado su defensa o mayor insensibilidad del delincuente— y 4ª —preparación ponderada del delito— del artículo 66 de la misma codificación.

Al revisar el Tribunal y confirmar el fallo precedente, inició advirtiendo que la pena de treinta y nueve (39) meses de prisión "no merece objeción alguna", con lo cual anunció que compartía en su integridad su individualización, pero contradictoriamente añadió que el fundamento para el aumento de cuatro meses derivado de la participación plural de delincuentes no radicaba en el artículo 351, causal 10ª del Código Penal sino en la causal 7ª del artículo 66, reubicación que se abstuvo de sustentar con más explicaciones, como si fuese optativo o irrelevante preferir a discreción la causal genérica o la específica, o frente a la pena resultase idéntico el incremento.

Sea cual fuere la razón que motivó a la segunda instancia para la supresión de la agravante específica, es lo cierto, como lo interpretaron en su oportunidad la defensa y la delegada y lo hace hoy la Sala, que de manera clara e inequívoca medió la definida voluntad de sustraer la agravante 10ª del artículo 351 que había servido al Juzgado para añadir aquellos (4) meses más, lo que obliga a apoyar la razón de la casacionista al advertir que allí surgió un tratamiento benigno para el acusado frente a los parámetros dados por el juzgador *a quo* y que reducía la pena a un total de treinta y cinco (35) meses de prisión, sin que se hiciese ya posible entrar a adicionar otras medidas represivas o desventajosas, pues de hacerlo se incurriría en transgresión del precepto contenido en la segunda parte del artículo 31 constitucional.

De esta manera, cuando a renglón seguido dijo el *ad quem* que la agravante por la pluralidad de agresores debía reubicarse dentro del artículo 66, numeral 7ª, no solamente desconoció la advertencia contenida en el encabezamiento de éste precepto según el cual las circunstancias genéricas solamente proceden "siempre que no hayan sido previstas de otra manera" porque aquí lo estaban en el artículo 351 del Código Penal, numeral 10 como incremento específico, sino que

manteniendo la proporción de ese añadido gravoso ignoró que los ajustes autorizados en las dos disposiciones eran proporcionalmente diferentes, pero ante todo y para efectos del artículo 31 constitucional que en la demanda se da por transgredido, adicionó indebidamente frente al fallo de primera instancia que acababa expresamente de reducir en sus consecuencias punitivas, la invocación de un precepto y una carga inadmisibles para un condenado que había llevado la sentencia a la revisión de instancia en condición de único apelante.

La casación parcial del fallo impugnado debe, pues, accederse por la Sala, demostrado que ha sido la violación del precepto sustancial que venía invocado, y así como consecuencia se reducirá la pena principal a la definitiva de treinta y cinco (35) meses de prisión, proporcionalidad que por igual razón habrá de alcanzar la pena accesoria fijada en el mismo tanto.

Y como al prosperar la reducción, surge para el procesado la posibilidad abstracta del reconocimiento de la ejecución condicional de la condena, fuerza es advertir que las restantes circunstancias para su otorgamiento no concurren, pues ni la gravedad del hecho, ni sus circunstancias, ni la personalidad del reo alientan para una convicción de contingencia en cuanto a su tratamiento penitenciario, declaración que se hace procedente así haya obtenido el acusado su libertad por vía de provisionalidad bajo el motivo 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

No puede obviarse en este punto la evocación de las circunstancias conocidas del hecho, en las cuales asoma el alto riesgo que para la víctima significó el sometimiento por dos sujetos que mediante empleo de armas condicionaron su vida e integridad al apoderamiento del botín, ni la programación cuidadosa de la ofensa que significaba mayor desprotección de la asaltada, como tampoco la consideración de la cuantía, modalidades reveladoras en el delincuente de una mayor insensibilidad y osadía en la determinación hacia el antisocial fin programado, que por lo mismo hacen relevante la necesidad del tratamiento intramural.

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

Resuelve:

Primero: Casar parcialmente el fallo impugnado, fijando como definitiva en treinta y cinco (35) meses de prisión la pena principal del procesado Blas Fernando Salinas Salinas, y en el mismo lapso la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Segundo: Denegar al acusado señor Salinas Salinas el subrogado de la condena de ejecución condicional, y

Tercero: Mantener en lo restante en firme e inmodificado el fallo impugnado.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Nuevamente se deducen en el cuerpo del fallo condenatorio que aquí se examina las circunstancias de agravación punitiva allí pergeñadas. Hace rato cuenta con mi simpatía el criterio de que tal deducción debe hacerse en el calificatorio (resolución de acusación) y jamás en la sentencia. Y aunque otros no lo entiendan así, creo que al procederse de esta guisa se quebranta el derecho de defensa. En esto no doy paz a mi pluma, remitiéndome a lo dicho y escrito por mí en coyunturas similares.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra*.

PRESCRIPCION / REBAJA DE PENA

Se recuerda que el fenómeno prescriptivo tal como está concebido en el artículo 80 del C. P., tiene en cuenta la pena fijada en la ley en forma abstracta para el delito respectivo, pero atendida siempre la presencia de circunstancias específicas que aumenten o disminuyan esa tarifa abstracta, señalando límites máximos para la ocurrencia del fenómeno. / La norma no alude a la pena que el juez impone al procesado en el caso concreto como efecto de la tasación que dentro de los límites mínimo y máximo de la pena contemplada en la ley debe efectuar, porque cuando el funcionario cuantifica la sanción no varía la penalidad abstracta del precepto sustancial en el cual encaja la conducta del sentenciado, sino que se mueva dentro de ella; y es de destacar como, la función del máximo abstracto punitivo se materializa sólo para el fenómeno prescriptivo, prolongándose dicha función en algunos casos. / Cuando de delitos cometidos por empleado oficial, o iniciados o consumados en el exterior se trata, el Estado retiene su potestad punitiva por encima de la duración de la penalidad máxima abstracta durante lapsos determinados por los artículos 81 y 82 del C. P., debiendo integrarse estos lapsos adicionales a los previstos en el artículo 80; lo que en otras palabras significa, que en cualquiera de tales eventos el término de prescripción se elevará por sobre la pena abstracta contemplada en la ley para el delito. / La tesis de que en la contabilización del término prescriptivo debe surtir efectos la rebaja de pena de la Ley 43 de 1987 dado que el delito se cometió antes del primero de julio de 1986, tampoco merece acogida, pues que tal rebaja incide en la tasación de la pena que el juez debe realizar, y no modifica el máximo abstracto punitivo del delito para los efectos prescriptivos.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 023.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado *Mario Augusto Garzón Zamudio*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá emitida el 29 de octubre de 1992, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se le condena a la pena principal de 40 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual, como autor responsable del delito de falsedad ideológica en documento público.

En la misma providencia se le absuelve por el uso de documento público falso.

Hechos y actuación procesal:

Los hechos, puestos en conocimiento de la justicia penal casi dos años después de ocurridos, por la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa de Entidades Descentralizadas, se concretan en que:

El 17 de mayo de 1984, el entonces Inspector de la División de Instalaciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., a la sazón establecimiento público del Distrito Especial de Bogotá, Mario Augusto Garzón Zamudio, practicó visita al inmueble localizado en la calle 128 número 42-06 de esta ciudad, en su función de establecer las especificaciones del mismo para la instalación del servicio de acueducto que su propietario Luis F. Rojas había solicitado en 1984 —petición radicada al número 273639—, y consignó en la respectiva acta, características con las cuales el usuario no tendría que pagar derechos de instalación, porque ni la extensión de lo que se reportó como construido, ni su valor lo permitían. Sin embargo, como para el mismo predio, pero con nombre de diferente propietario, anteriormente —en 1983— se había presentado otra solicitud en el mismo sentido —radicada bajo el número 267604—, respecto de la cual otro de los inspectores de la misma empresa había practicado visita y rendido acta con especificaciones diferentes a las reportadas por Garzón, que sí ocasionaban el pago de derechos, los cuales habían sido ya liquidados por la oficina correspondiente, la Revisoría Fiscal de la Tesorería de la empresa detectó la irregularidad y la puso en conocimiento de la Subgerencia Administrativa, que a su vez dejó el caso en manos de la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa de las Entidades Descentralizadas.

Esta agencia del Ministerio Público adelantó minuciosa investigación, que culminó con la solicitud de destitución del inculpado —que ya para entonces, enero de 1986, se hallaba pensionado—, y ordenó la remisión de las diligencias a la jurisdicción penal.

El proceso penal fue iniciado por el Juzgado 93 de Instrucción Criminal, que vinculó con indagatoria al sindicado y lo comprometió en juicio, mediante resolución acusatoria, por el delito de falsedad

ideológica en documento público agravada por el uso (arts. 219 y 223-2 del C. P.). Surtida la causa, el Juzgado 41 Penal del Circuito, suprimió lo relacionado con el uso de documento, condenándolo sólo por la falsedad del artículo 219 que el Tribunal Superior del Distrito confirmó en su integridad, mediante el fallo contra el cual la misma parte recurre en casación (fls. 1 y ss., 291-311, 269, 270, 325, 336-346, 350, 384 y ss., 399-418, cuaderno principal 1 y cuaderno del Tribunal).

La demanda:

En extenso escrito contentivo de imprecisiones a cerca de la clase de normas que considera transgredidas por el Tribunal y del concepto de la violación en sí, en materia de casación, el señor defensor recurrente sintetiza la objeción contra la sentencia de segunda instancia en que: "...ha sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por encontrarse la acción penal prescrita al momento de fallar tanto en primera como en segunda instancia. Por no haberse interrumpido la prescripción con la resolución de acusación, pues para esta época ya había prescrito dicha acción".

Afirma que el no reconocimiento de la prescripción en los fallos del Juzgado y del Tribunal ocasionó la violación de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Carta Política; y después de discurrir sobre la oficiosidad en la declaración de dicho fenómeno jurídico, su renunciabilidad, y sus efectos, así como de cuestionar a los funcionarios judiciales que han intervenido en el proceso por no haber declarado su ocurrencia y finalizado el trámite, bajo una acápite que denomina "estudio sobre prescripción" detalla las normas que rigen el fenómeno en el C. P., y hace suya, interpretándola según su personal modo de ver, una explicación jurisprudencial sobre el particular en la que se precisa que en cada caso es necesario establecer las circunstancias específicas tanto atenuantes como agravantes modificadoras de la pena para efectos de la contabilización del término que amerite la cesación del procedimiento de conformidad con el artículo 80 del C. P.

Complementando su interpretación afirma que "el fallador de 1ª como el de 2ª instancia, cometieron una infracción directa a la ley sustancial, por la no aplicación de las normas atinentes a la materia especialmente los artículos 79, 80, 82, 83, 84, 86, 64, 66 y 67 del C. P. Procesalmente no se le dio aplicación al artículo 36 del C. de P. P. por no darle aplicación a la cesación de procedimiento, porque el juzgador conociendo la ley, no la aplicó".

Seguidamente relaciona el tiempo transcurrido entre la fecha de ocurrencia del hecho delictivo —17 de mayo de 1984— y la fecha de ejecutoria de la resolución acusatoria estableciendo que transcurrió entre esos dos eventos un tiempo de siete (7) años, diez (10) meses y dieciséis (16) días, el que parangona con la penalidad establecida en

abstracto para el delito de falsedad ideológica en documento público: Prisión de tres (3) a diez (10) años, para luego inferir que como en el caso concreto no existieron circunstancias agravantes específicas, el Juzgado calificador debió oficiosamente declarar la prescripción de la acción a partir de la pena mínima del delito —3 años—, los que por mandato legal debía ampliar a cinco (5); al no hacerlo, dicho Despacho incurrió en "error de hecho", y al continuar el proceso irrespetó el "debido proceso", en "despropósito procesal" que dejaron pasar por alto los falladores de las instancias y que acarreó la nulidad del proceso.

Precisa que tal nulidad se origina en el desconocimiento del debido proceso, apoyándose para su aseveración, en antecedente jurisprudencial en que la Corte así lo precisó para controvertir la tesis de un demandante de que se trataba de nulidad por falta de competencia del juez; añade que además, para resolver el caso de su patrocinado, debe tenerse en cuenta la rebaja de pena autorizada por la Ley 48 de 1987 por haber sido cometido el delito antes del 1º de julio de 1986; y, sin concatenación con lo hasta ahora argüido en su escrito comenta que a su cliente se le conculcó el derecho de defensa porque se le designó un defensor de oficio que "no asumió la obligación que éticamente le correspondía".

Finalmente, solicita que el fallo del Tribunal sea casado, y en su lugar la Corte disponga la cesación de todo procedimiento en favor de su poderdante.

Consideraciones del Ministerio Público y de la Corte:

En glosas a la demanda, que abarcan tanto su aspecto técnico como lo intrínseco de su contenido, y que la Corte acoge en su mayoría por su objetividad y acierto, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se opone a la casación impetrada.

Destaca el funcionario, siendo ello lo evidente del escrito, la indistinta mezcla de aserciones conceptuales que según el actor conducen a la revocación del fallo del Tribunal en sede de casación: Transgresión al debido proceso, violación directa de la ley sustancial; error de hecho, todo ello por no haberse declarado prescrita la acción penal y cesado procedimiento, a lo cual y como epílogo desarticulado del discurso, añade la vulneración al derecho de defensa, sin otorgarle a este aserto consecuencia concreta alguna; y considera, frente al desconcierto que traduce el escrito, su ineficacia desde el punto de vista técnico de la casación. Con razón el distinguido colaborador manifiesta:

"Y no pudiendo la Corte entrar a enderezar la censura para desentrañar su verdadero sentido, frente a la confusión que exhibe el actor en sus planteamientos, las réplicas, *ab initio*, se ven avocadas al fracaso por falencias de orden técnico".

En referencia a la argumentación con la que el actor pretende demostrar la prescripción de la acción, encuentra la Corte, al igual que el procurador, inconsecuente el entendido plasmado en la demanda con el texto legal del artículo 80 del C. P. y su interpretación.

Se recuerda que el fenómeno prescriptivo, tal como está concebido en el precepto mencionado, tiene en cuenta la pena fijada en la ley en forma abstracta para el delito respectivo, pero atendida siempre la presencia de circunstancias específicas que aumenten o disminuyan esa tarifa abstracta, señalando límites máximos para la ocurrencia del fenómeno.

La norma no alude a la pena que el juez impone al procesado en el caso concreto como efecto de la tasación que dentro de los límites mínimo y máximo de la pena contempladas en la ley debe efectuar, porque cuando el funcionario cuantifica la sanción no varía la penalidad abstracta del precepto sustancial en el cual encaja la conducta del sentenciado, sino que se mueve dentro de ella; y es de destacar cómo, la función del máximo abstracto punitivo se materializa sólo para el fenómeno prescriptivo, prolongándose dicha función en algunos casos, que es la característica soslayada por el actor, no obstante demostrarse informado de toda la normatividad reguladora del punto en cuestión, en efecto:

Cuando de delitos cometidos por empleado oficial, o iniciados o consumados en el exterior se trata, el Estado retiene su potestad punitiva por encima de la duración de la penalidad máxima abstracta durante lapsos determinados por los artículos 81 y 82 del C. P., debiendo integrarse estos lapsos adicionales a los previstos en el artículo 80; lo que en otras palabras significa, que en cualquiera de tales eventos el término de prescripción se elevará por sobre la pena abstracta contemplada en la ley para el delito.

En el caso que ocupa la atención de la Corte, el procesado, siendo empleado de un establecimiento público distrital, como para entonces lo era la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, esto es, ostentando la calidad de empleado oficial al tenor del artículo 63 del C. P., incurrió en el delito de falsedad ideológica en documento público por el cual fue comprometido en juicio y condenado en las instancias.

El hecho punible, que se halla sancionado en el artículo 219 del C. P. con pena máxima de diez (10) años de prisión, tuvo ocurrencia en mayo 17 de 1984; la resolución acusatoria quedó ejecutoriada en mayo 19 de 1992 (fl. 346, cuaderno principal 1), es decir, que entre aquella y esta fecha, transcurrió un lapso de ocho (8) años y dos (2) días, inferior, como se puede ver, al límite previsto en aquel precepto, según las previsiones del 80 *ibídem*, aumentado en la tercera parte que impone el artículo 82 de la misma normatividad por tratarse de sujeto activo calificado.

No se continuó, entonces el proceso, como erradamente lo afirma el casacionista, por fuera del término con que la jurisdicción contaba para hacerlo, y por lo mismo, no se vulneró la garantía del debido proceso al acusado. De ahí que su objeción al fallo en este sentido carezca de fundamento.

Por lo demás, la tesis de que en la contabilización del término prescriptivo debe surtir efectos la rebaja de pena de la Ley 48 de 1987 dado que el delito se cometió antes del 1º de julio de 1986, tampoco merece acogida, pues que tal rebaja incide en la tasación de la pena que el juez debe realizar, y no modifica el máximo abstracto punitivo del delito para los efectos prescriptivos.

Finalmente, en cuanto toca con el derecho de defensa del procesado, la Sala comparte la apreciación del procurador: "Ningún pronunciamiento amerita la alusión tangencial que hace el actor a la violación del derecho de defensa de su patrocinado por falta de defensa técnica, pues además de hacer referencia a este aspecto de manera remanente dentro de su discurso, sin que encuentre armonía con el reproche inicialmente planteado, ni desarrollo en sí mismo, este Despacho no encuentra motivos para predicar que se hubiese cometido éste o algún otro vicio *in procedendo* dentro de la actuación que ameritase declaratoria alguna de nulidad".

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

Resuelve:

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

Cópiese y cumplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

SECUESTRO EXTORSIVO / SECUESTRO SIMPLE / COLISION DE COMPETENCIA

La Ley 40 de 1993 en su artículo 3º, ha señalado circunstancias específicas de agravación punitiva que son predicables tanto del secuestro extorsivo como del simple. Idéntico tratamiento reciben otros tipos penales, como por ejemplo el hurto, donde el artículo 351 del C. P. consagra circunstancias de agravación que son comunes al hurto simple y al calificado. / Con fundamento en lo anterior es preciso concluir que el legislador quiso en el artículo 9-5 de la Ley 81 de 1993, otorgar competencia a los jueces regionales, para conocer de aquellos delitos de secuestro que ofendem con mayor intensidad el bien jurídico protegido por la norma y que conllevan una mayor punibilidad. Por eso en dicho precepto al estatuir que los jueces regionales conocen "...De los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6º, 8º y 12 del artículo 3º de la Ley 40 de 1993", les está otorgando a dichos funcionarios competencia para juzgar no sólo el secuestro extorsivo, sino además el secuestro simple agravado por las tres circunstancias específicas de mayor punibilidad a que alude la norma. / En su sentido natural, obvio y de lógica jurídica, la letra "O" debe entenderse como una conjunción disyuntiva, que diferencia y separa los dos conceptos del secuestro extorsivo y el del secuestro simple agravado por los numerales 6º, 8º y 12 tantas veces citados, dejando como de competencia de los Jueces Penales del Circuito, únicamente el secuestro simple y el simple agravado por cualquiera de los motivos de que trata el artículo 3º de la Ley 40 de 1993, excepción hecha del agravado por las tres circunstancias a las cuales se refiere el artículo 9-5 de la Ley 81 de 1993 que modificó la competencia que para los jueces regionales otorgaba el artículo 71 del C. Penal.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 22, marzo 2 de 1994.

Vistos:

Decide de plano la Corte, el conflicto de competencia que se ha suscitado entre los Juzgados Regional de Cali y el 26 Penal del Circuito de la misma ciudad, en relación con el juzgamiento de *Carlos Alberto Romero López*, contra quien se adelanta proceso bajo la sindicación de haber consumado un delito de *secuestro extorsivo* en grado de tentativa.

La Fiscalía Regional de Cali que adelantaba la investigación, recibió formal solicitud del sindicado Romero López, para que se profiriera en su caso la sentencia de terminación anticipada del proceso, que contempla el artículo 37 del C. de P. P.

Celebrada la audiencia, se llegó a un acuerdo entre el señor fiscal y el acusado, que fue consentido por la defensa y el señor agente del Ministerio Público.

Cumplido lo anterior, la Fiscalía remitió la actuación al señor Juez Regional de Cali para que profiriera la sentencia de rigor, pero dicho funcionario consideró que no tenía la competencia para conocer del proceso por el delito de secuestro extorsivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 81 de 1993 en armonía con lo consagrado en la Ley 40 del mencionado año, que en su concepto facultó a los jueces penales del Circuito para juzgar el comportamiento punible que aquí se trata.

Aduce en favor de su tesis el señor juez regional que el artículo 9º de la Ley 81 de 1993, al fijar la competencia de los jueces regionales, dispuso en su numeral 5º, que a dichos funcionarios correspondía conocer: "De los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6º, 8º y 12 del artículo 3º de la Ley 40 de 1993", precepto del cual deduce, que debido a que no existe el delito de secuestro simple agravado, quiso el legislador atribuir a los jueces penales del Circuito el conocimiento de los delitos de secuestro, con excepción del secuestro extorsivo agravado por las tres causales que cita la norma, únicos tipos penales que en su concepto competen a los jueces regionales.

Analizando el tenor literal de la norma antes citada, sostiene el juez regional que "...si la 'o' es disyuntiva, se llega al resultado de pensar que existe un secuestro simple, es decir, no extorsivo, susceptible de ser agravado por las causales previstas en el artículo 3º de la Ley 40 de 1993 y que en tal evento, sólo será de competencia de los *jueces regionales* todo el secuestro extorsivo y el secuestro simple agravado por las causales establecidas en los numerales 6º, 8º y 12 de dicho artículo. Pero esta interpretación es contraria a derecho, pues como ya se dijo, la Ley 40 de 1993 dejó sin agravantes el secuestro simple y precisamente por ello aumentó la penalidad de esta conducta típica...".

Con apoyo en este modo de pensar, remitió el expediente al señor Juez 26 Penal del Circuito.

Este funcionario, no compartió los razonamientos del señor juez regional, pues en su concepto, ellos se apoyan en base equivocada, como es la de afirmar contra el contenido claro y preciso de la ley (arts. 1º, 2º y 3º de la Ley 40 de 1993), que no existe el tipo penal de secuestro simple agravado.

Con fundamento en lo anterior, sostiene que la conjunción "o" ha sido incorporada al texto legal en su forma disyuntiva y de acuerdo a dicha preceptiva a los jueces regionales corresponde el conocimiento de los delitos de secuestro extorsivo y el secuestro simple agravado por los numerales ya citados.

Para que se dirima la colisión remitió el expediente a la Corte.

Se considera:

Por tratarse de un conflicto de competencias suscitado entre un juez regional y un juez penal de un Circuito Judicial, compete a la Corte dirimirlo según lo dispuesto en el artículo 68-5 del C. de P. P.

Para la Corte, indudablemente la razón asiste al señor juez del Circuito de Cali, pues las argumentaciones del señor juez regional pierden todo su peso jurídico si se tiene en cuenta que ellas se fundamentan en una premisa equivocada, como es la de sostener que la Ley 40 de 1993, no contempla la figura del secuestro simple agravado.

Es suficiente hojear el articulado de la precitada ley para observar que en ella en su artículo primero, tipifica el delito de secuestro extorsivo, considerando como tal el que se realiza con el propósito de obtener por la libertad del secuestrado un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo con fines publicitarios o de carácter político. También tipifica como secuestro extorsivo aquel que tiene como sujeto pasivo "... a una persona de reconocida notoriedad o influencia pública...".

El artículo segundo de dicha ley, estructura el tipo penal del secuestro simple, considerando como tal el que se consuma por fines distintos a los contemplados en el artículo anterior y aquél que tiene como ingrediente subjetivo, el deseo del agente de contraer matrimonio con la víctima, o el ánimo de satisfacer una finalidad erótico-sexual.

El artículo tercero consagra trece circunstancias de agravación punitiva, entre ellas la 6ª, cuando el delito se comete en empleado oficial, periodista o candidato a cargo de elección popular. La 8ª, si se realiza con fines terroristas y la 12ª, si el sujeto pasivo es o ha sido dirigente comunitario, sindical, político o religioso.

Todas estas circunstancias de agravación punitiva, incluidas las de los numerales 6º, 8º y 12, se predican tanto del secuestro simple como del extorsivo. El parágrafo de este artículo tercero es muy claro al estatuir: "...La pena señalada en el artículo 2º de la presente ley (es decir, el secuestro simple, resalta la Corte), se aumentará hasta en la mitad cuando concurra alguna de las circunstancias anteriores...".

Quiere decir lo anterior, que la Ley 40 de 1993 en su artículo 3º, ha señalado circunstancias específicas de agravación punitiva que son predicables tanto del secuestro extorsivo como del simple. Idéntico tratamiento reciben otros tipos penales, como por ejemplo el hurto, donde el artículo 351 del C. P. consagra circunstancias de agravación que son comunes al hurto simple y al calificado.

Con fundamento en lo anterior, es preciso concluir que el legislador quiso en el artículo 9-5 de la Ley 81 de 1993, otorgar competencia a los jueces regionales, para conocer de aquellos delitos de secuestro que ofenden con mayor intensidad el bien jurídico protegido por la norma y que conllevan una mayor punibilidad. Por eso en dicho precepto al estatuir que los jueces regionales conocen "...De los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6º, 8º y 12 del artículo 3º de la Ley 40 de 1993", les está otorgando a dichos funcionarios competencia para juzgar no sólo el secuestro extorsivo, sino además el secuestro simple agravado por las tres circunstancias específicas de mayor punibilidad a que alude la norma.

En su sentido natural, obvio y de lógica jurídica, la letra "o" debe entenderse como una conjunción disyuntiva, que diferencia y separa los dos conceptos del secuestro extorsivo y el del secuestro simple agravado por los numerales 6º, 8º y 12 tantas veces citados, dejando como de competencia de los jueces penales del Circuito, únicamente el secuestro simple y el simple agravado por cualquiera de los motivos de que trata el artículo 3º de la Ley 40 de 1993, excepción hecha del agravado por las tres circunstancias a las cuales se refiere el artículo 9-5 de la Ley 81 de 1993 que modificó la competencia que para los jueces regionales otorgaba el artículo 71 del C. Penal.

Como obligada consecuencia de los anteriores razonamientos se debe concluir, que el delito de *secuestro extorsivo* que se imputa en estas diligencias al acusado, debe ser juzgado por los jueces regionales por disponerlo así el artículo 9º de la Ley 81 de 1993, que por tratarse de norma de carácter procesal es de aplicación inmediata. Por lo anterior, la Corte dirimirá la presente colisión atribuyendo la competencia para conocer de este proceso al señor juez regional de la ciudad de Cali.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dirime* la colisión aquí suscitada, atribuyendo el conocimiento del proceso por el delito de *secuestro extorsivo* al señor juez regional

de la ciudad de Cali, a quien se remitirá el expediente. Comuníquese lo aquí dispuesto al señor Juez 26 Penal del Circuito de la misma ciudad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CONTROL DE LEGALIDAD / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Debe concluirse que el artículo 54 de la Ley 81 de 1993 al adicionar el C. de P. P. con el artículo 414 A, y disponer que los jueces de conocimiento puedan intervenir en el sumario para revisar la legalidad de la medida de aseguramiento proferida por un fiscal, está estableciendo una mixtura inaceptable entre las funciones de investigación y juzgamiento, y los hace intervenir indebidamente —contra la voluntad del constituyente— en una actividad que es propia de la Fiscalía, con manifiesto quebrantamiento del orden jurídico.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 23.

Vistos:

El señor Fiscal Tercero Delegado ante la Corte, remite a esta Corporación las diligencias sumarias adelantadas contra el doctor *Alvaro Gómez Suárez*, exgobernador del Departamento del Amazonas, para que la Sala realice el control de legalidad solicitado por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en relación con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria que le fuera impuesta al procesado, como sindicado de un presunto delito de falsedad.

Dentro del término común del traslado ordenado por el artículo 414-A del C. de P. P., alegó el señor Fiscal Delegado ante la Corte quien solicita a esta Corporación se aplique la excepción de inexequibilidad en relación con el artículo 414-A del C. de P. P., por ser contrario al artículo 250 de la Carta Fundamental y en consecuencia se abstenga la Sala de conocer del denominado control de legalidad, impetrado por la Procuraduría.

Considera el señor fiscal, que:

"...2. El artículo 250 de la Constitución Nacional establece como función constitucional propia de la Fiscalía General de la Nación, la de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. En desarrollo de tales atribuciones, la Fiscalía General de la Nación puede proceder a declarar *per se* precluidas las investigaciones realizadas o a calificar el mérito de la instrucción a través de una resolución de acusación, *cuya ejecutoria es condición constitucional de la función básica de juzgamiento.*

"3. Tal como se expresó en el proyecto sobre Fiscalía General de la Nación presentado por el constituyente Abello Roca (*Gaceta Constitucional* núm. 51), el 'monopolio de funciones en cabeza de la Fiscalía entraña la separación total de las etapas de acusación y de juzgamiento', en forma tal que 'el juez no tenga injerencia en las etapas previas de investigación y acusación y por ello en la ponencia que nos ocupa *se otorga al fiscal plena autonomía para adoptar medidas de aseguramiento, incluyendo la captura y la detención preventiva*, proferir medidas para garantizar el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados con el delito, así como para precluir las investigaciones realizadas (con fuerza de cosa juzgada) *sin control ni consulta alguna con el juez de la causa*".

"4. En el informe-ponencia para primer debate de plenaria, aprobado por la Comisión IV se dijo: (*Gaceta Constitucional* núm. 87).

"El monopolio de la investigación debe estar, indudablemente, en cabeza de la Fiscalía. Por ello, no compartimos las disposiciones del llamado 'Proyecto Gaviria' que someten al 'control judicial', con entrabamiento y dilación de la investigación, la toma de medidas cautelares y de aseguramiento y la revocatoria de la acusación. Por supuesto que si la Fiscalía está integrada, como lo sugerimos, al poder judicial, sobrarán estos controles (posición reiterada literalmente en la sustentación de la ponencia ante la Asamblea Nacional Constituyente, véase *Gaceta Constitucional* núm. 93).

"Lo anterior demuestra claramente que el monopolio de la investigación se entendió siempre, vinculado al carácter autónomo de la Fiscalía como órgano de administración de justicia y sin sujeción distinta al control de instancia, propio de su estructura jerárquica.

"5. Como desarrollo de la escisión entre las funciones de investigación y juzgamiento hecha por la Carta, los juzgados y tribunales competentes sólo pueden conocer de las respectivas actuaciones *previa acusación de la Fiscalía General de la Nación*, ello se desprende del texto del artículo citado y se corrobora cuando, en relación con los funcionarios aforados constitucionalmente, el artículo 235 numeral 4º otorga la función de juzgamiento a la Corte Suprema de Justicia, *previa acusación del Fiscal General de la Nación* (por sí o a través de sus delegados como lo impone el C. P. P., en su art. 121).

"Tan claro es este aserto que incluso en los eventos en que se estructuran mecanismos especiales de terminación anticipada del proceso como la denominada sentencia anticipada del artículo 37 o la audiencia especial del 37-A, *el control de legalidad que asiste al funcionario de conocimiento como juzgador sólo es viable cuando se haya producido un acto procesal equivalente a la resolución de acusación*".

"Así, en el evento de sentencia anticipada, los cargos presentados por la Fiscalía y el allanamiento a los mismos por parte del sindicado deben hacerse constar en *un acta sobre la cual recae control de legalidad por parte del juzgador*".

"Cuando se trata de la denominada audiencia especial reglamentada por el artículo 37-A del estatuto ritual, debe elaborarse un acta en la que conste el acuerdo a que han llegado la Fiscalía y sindicado en punto a la autoría, grado de participación, forma de culpabilidad, existencia de circunstancias agravantes o atenuantes y punibilidad, *sobre tal acta recae el control de legalidad por parte del funcionario de juzgamiento*".

"Por disposición legal y lógica congruencia constitucional, el artículo 37-B del estatuto procesal establece:

"*Equivalencia a la resolución de acusación.* El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 o el acta que contiene el acuerdo a que se refiere el artículo 37-A, son equivalentes a la resolución de acusación".

"...La posibilidad legal de que el funcionario de conocimiento realice el denominado 'control de legalidad' en la etapa de la investigación, constituye un desbordamiento de sus actividades de juzgamiento en relación con la atribución constitucional, propia de la Fiscalía General de la Nación, de 'asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento', pues haciendo, incluso análisis de tipo probatorio vedados al juzgador en la fase de investigación, podría 'anular' una medida de aseguramiento.

"Como el artículo 444 del C. de P. P., dispone que sólo ejecutoriada la resolución de acusación adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento, de considerar esta alta Corporación que existirían eventos en los cuales, los funcionarios encargados del juzgamiento adquirirían competencia *antes de tal acto procesal*, debería en todo caso, darse cumplimiento a la segunda parte de la norma que dispone 'A partir de ese momento, el fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal...' y, en consecuencia, disponer, que *para los efectos del control de legalidad a la medida de aseguramiento* se corra traslado también al fiscal que la haya emitido...".

Dentro del término del traslado, también se hizo oír el abogado defensor quien aporta unas juiciosas y bien documentadas reflexiones sobre lo que debe entenderse por domicilio y detención domiciliaria y solicita a la Corte mantener la decisión del señor Fiscal Tercero Delegado ante la Corporación.

Alegó igualmente el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien luego de sostener la constitucionalidad del artículo 414-A del C. de P. P., que estableció el control de legalidad, solicita a la Corte declarar ilegal la detención domiciliaria objeto de revisión.

Afirma en esencia la delegada, que la parte dogmática de la Constitución, garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos y entre ellos el de la libertad.

Que en estas condiciones, el juez debe intervenir mediante el control de legalidad para revisar una decisión proferida por el fiscal y que "...va orientada a limitar la libertad de los particulares y agrega:

"...Las fases de investigación-acusación y juzgamiento no pueden tampoco entenderse como ruedas sueltas dentro de la estructura procesal; el que una preceda al otro, indica una necesaria condición que debe vertirse en el diseño del proceso penal, mas no una exclusión de cualquiera de los órganos en el proceso que se inicia como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo. Ambos, por mandato constitucional, con sus funciones separadas, deben colaborar armónicamente para el logro de los fines que el Estado persigue con la administración de justicia.

"Siendo ésta una función pública en la que debe prevalecer el derecho sustancial, las funciones de acusación y juzgamiento deben velar, siempre, oír el respeto de las garantías fundamentales del individuo sometido a proceso, criterio que orientará su actuación y que determina el rechazo de los que, anclados en una autonomía meramente formal, permiten o pueden permitir el desconocimiento de derechos básicos del sometido a proceso, como el de la libertad personal.

"...El que el juez decida sobre esa adecuación de la medida al ordenamiento legal, no implica más que la efectiva protección del derecho a la libertad del procesado; un control que se estimó necesario ante la realidad histórica que demuestra un ejercicio tal vez exagerado de las medidas de aseguramiento por parte de la Fiscalía; una medida que no impide al funcionario instructor del proceso penal cumplir sus funciones de investigación y acusación, sino que está encaminada a la obtención de uno de los fines del Estado, cual es la de proteger los derechos de los coasociados y la vigencia de un orden justo..."

De ahí que concluya afirmando, que el artículo 54 de la Ley 81 de 1993 no es incompatible con el contenido de la Constitución Política.

Se considera:

El control de legalidad de las medidas de aseguramiento, incorporado a nuestro Código de Procedimiento Penal por el artículo 54 de la Ley 81 de 1993, establece una innovación al sistema procesal penal colombiano, al estatuir que "...Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que se encuentren ejecutoriadas podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez del conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. La presentación de la solicitud y su trámite, no suspenden el cumplimiento de la providencia, ni el curso de la actuación procesal..."

No existe duda para la Corte, que esta injerencia que dispone la norma, del juez del conocimiento en la etapa de investigación, para revisar la legalidad de una medida de aseguramiento proferida por un fiscal instructor o delegado, como lo entiende la Fiscalía Delegada, contraría de manera palmaria y evidente el ordenamiento jurídico, y lo que es más grave aún, el orden constitucional en relación con la administración de justicia.

La Constitución Nacional, consagra en sus normas una serie de principios referentes a la organización de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Fiscalía General de la Nación, establece los organismos que administran justicia y señala las garantías fundamentales que se deben observar en el proceso de juzgamiento.

Esta normatividad ha establecido un ordenamiento jurídico-político nuevo, un sistema procesal penal mixto con tendencia acusatoria, según el cual la función de la investigación de los delitos y la acusación corresponde de manera exclusiva y autónoma a la Fiscalía General de la Nación y sus Fiscales Delegados señalando que el juez competente sólo puede conocer del proceso en la etapa del juicio para dictar la sentencia respectiva, sin que haya comprometido su criterio con resoluciones de fondo anteriores al fallo.

El artículo 250 de la Constitución Nacional dispone que "...Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio..."

También como excepción a este mandato constitucional, puede la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3) de la Carta Política, investigar a los miembros del Congreso.

En ejercicio de esa función investigadora que otorga la Constitución en forma prevalente y excluyente a la Fiscalía General, corresponde a dicha entidad "asegurar la comparecencia de los presuntos

infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento ...calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas..." *(numerales 1º y 3º del art. 250 de la Constitución Nacional)*.

Fue deseo del Gobierno Nacional, que el Código de Procedimiento Penal, como era apenas obvio, se ajustara en su preceptiva a los cánones constitucionales y de ahí, que en la exposición de motivos del proyecto del citado Código presentado por los entonces Ministros de Gobierno y de Justicia, doctores Humberto de la Calle y Fernando Carrillo, se expresara lo siguiente:

"...Nuestra Constitución al concebir la Fiscalía General de la Nación, como una entidad perteneciente a la Rama Judicial, obliga a que el sistema penal que se adopte sea mixto o acusatorio mixto. No obstante es fundamental que a través de esta reforma, se separen definitivamente las funciones de acusación y juzgamiento. Si queremos contar con instituciones eficientes, debemos asignarles funciones separadas. De esta manera, además protegemos con mayor celo las garantías constitucionales, ya que el juzgamiento lo hará siempre un funcionario especial que no esté comprometido con el contenido de una investigación y que como verdadero juez, determine si hay lugar o no a la imposición de una sanción..."

"...Siguiendo las disposiciones constitucionales, se establece un procedimiento penal que presenta características del sistema acusatorio, sin ser un sistema acusatorio puro. El ejercicio de la acción penal se otorga a la Fiscalía General de la Nación. A la Fiscalía se le atribuye la facultad de realizar las tareas de investigación, calificación y acusación. El juzgamiento que comienza cuando se haya proferido una resolución de acusación debidamente ejecutoriada, la realiza un funcionario diferente..."

"No es adecuado, que quien realiza la investigación, sea quien juzgue. Si esto sucede, no se puede adelantar una investigación a fondo y se pierde objetividad en el juzgamiento. Las garantías constitucionales pueden hacerse efectivas de un mejor modo, si las funciones de acusación y juzgamiento se separan..."

"...La Constitución le otorga a la Fiscalía General de la Nación las funciones de calificar y declarar precluidas las investigaciones, asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento y todas las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios. Con la ejecutoria de la resolución de acusación, adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento. A partir de este momento, se inicia la etapa del juicio. El fiscal debe sostener la acusación ante el juez y éste ubicado en una posición imparcial, establece si hay lugar a absolver o condenar..."

En desarrollo de la preceptiva constitucional ya comentada, el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) separó en forma precisa y autónoma las funciones de la investigación y juzgamiento, encargando de la primera de ellas a la Fiscalía General de la Nación, entidad a la cual corresponde de acuerdo al artículo 120, investigar los delitos, calificar el sumario y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales, asegurar la comparecencia de los presuntos infractores, adoptando las medidas de aseguramiento.

Para garantizar la autonomía de la Fiscalía en esta función de investigación e impedir la interferencia de funcionarios ajenos a ella el artículo 122 *ibídem* estableció que dentro de la Fiscalía General habrá funcionarios encargados de tramitar y resolver los recursos de apelación y de hecho interpuestos contra las providencias interlocutorias, proferidas por el fiscal delegado o la Unidad de Fiscalía que dirija la investigación.

El artículo 444 del estatuto procesal, en acatamiento a la voluntad del constituyente dispone que sólo con la resolución de acusación ejecutoriada "...adquieren competencias los jueces encargados del juzgamiento..."

Se desprende con manifiesta claridad de la normativa constitucional comentada, que los jueces de la República, salvo las excepciones que la misma Carta señala, no pueden ser al mismo tiempo funcionarios de instrucción y jueces del conocimiento. Ha querido el constituyente que sea un ente nuevo creado por la Carta como lo es la Fiscalía General de la Nación la que en forma autónoma, sin interferencia de otros funcionarios ajenos a ella, inicie el sumario, lo desarrolle, profiera las medidas de aseguramiento, efectúe la calificación y formule la acusación si fuere el caso. Solamente una vez ejecutoriada esta providencia pueden intervenir los jueces del conocimiento, para adelantar el juicio, celebrar la audiencia pública y proferir la sentencia correspondiente. Evidente resulta entonces, que el juez del conocimiento sólo adquiere competencia para conocer del proceso, una vez quede ejecutoriada la resolución de acusación y su intervención queda limitada a la etapa del juicio. Surge nítido entonces, que los fiscales cuando deciden asuntos de su competencia, no pueden ser interferidos por los jueces, y para la revisión de sus decisiones, los investigadores cuentan con sus superiores jerárquicos dentro de la misma organización de la Fiscalía.

Así lo entendió la honorable Corte Constitucional al examinar el nuevo proceso penal y fue muy clara al considerar que "...La implantación del sistema acusatorio escinde definitivamente ambas funciones y restringe los poderes del juez en materia de investigación y acusación, las cuales corresponden primordialmente a la Fiscalía General de la Nación..." (sent. T 474, julio 29 de 1992).

Como natural y lógico corolario de lo anterior debe concluirse, que el artículo 54 de la Ley 81 de 1993 al adicionar el C. de P. P., con el artículo 414-A, y disponer que los jueces del conocimiento puedan intervenir en el sumario para revisar la legalidad de la medida de aseguramiento proferida por un fiscal, está estableciendo una mixtura inaceptable entre las funciones de investigación y juzgamiento, y los hace intervenir indebidamente —contra la voluntad del constituyente— en una actividad que es propia de la Fiscalía, con manifiesto quebrantamiento del orden jurídico.

No puede desconocerse que en los albores de la actual Carta Política, fue deseo del Gobierno Nacional, con buen tino y mayor lógica, establecer un sistema mixto, con intervención del fiscal y del juez en la adopción de la medida de aseguramiento y por eso en el proyecto de acto reformatorio de la Constitución, se señalaba en el artículo 167 como atribuciones especiales del fiscal la de "...b) Procurar la presencia de los presuntos infractores en las actuaciones procesales *promoviendo ante las autoridades judiciales las medidas de aseguramiento necesarias*".

Pero el anterior contenido del proyecto, no fue aceptado por el constituyente que adoptó en definitiva la norma del artículo 250 de la actual Constitución Nacional, que como se ha visto, atribuye en forma exclusiva y autónoma a la Fiscalía General de la Nación, las funciones de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, proferir las medidas de aseguramiento, calificar el mérito del sumario y formular la correspondiente acusación, si existiere prueba para ello.

Del contexto de los preceptos superiores resulta entonces evidente que el contenido del artículo 54 de la Ley 81 de 1993, que introduce en el C. de P. P., el artículo 414-A, es contrario al ordenamiento jurídico, no encaja en modo alguno dentro del sistema procesal penal que al constituyente quiso darle a la administración de justicia y quebranta en forma ostensible y manifiesta la Constitución Nacional.

Puede pensarse que la norma en examen, pudo ser incorporada a la legislación procesal penal apoyada en razones de conveniencia, porque es innegable, que la revisión por el juez de la medida de aseguramiento proferida por el fiscal, podría constituir una garantía de mayor acierto en las decisiones judiciales. Pero la Corte, no puede guiarse en su trascendental misión de administrar justicia, por motivos de simple conveniencia, sino que debe someterse por entero a los mandatos de la Constitución y la ley.

Conviene observar, que en otros momentos procesales, como en la terminación anticipada del proceso el juez interviene, pero lo hace con plena facultad constitucional y legal para cumplir una función que le es propia, como es la de proferir la sentencia que ponga fin a la primera instancia y en una actuación donde debe entenderse que existe

resolución de acusación ejecutoriada, pues a esta providencia se asimila el acta que contiene los cargos aceptados por los procesados o el acta que contiene el acuerdo, como lo dispone expresamente el numeral 2º del artículo 37-B del C. de P. P., creado por el artículo 5º de la Ley 81 de 1993.

Cosa semejante sucede con la intervención del juez, contemplada en los artículos 369 y 369-A y siguientes del C. de P. P., cuando aprueba los acuerdos que conceden beneficios por colaboración con la justicia y que contiene el acta respectiva, por tratarse de decisiones que adopta el juez en el momento de poner fin al proceso y en relación con aspectos punitivos de exclusiva competencia del juez del conocimiento.

Idéntica consideración puede hacerse con la intervención del juez que resuelve una solicitud de *Habeas Corpus*, porque en estos casos no se trata del juez del conocimiento, sino de un funcionario judicial que actúa con plena facultad constitucional y legal, en la mayoría de los casos por fuera del proceso y generalmente cuando éste ni siquiera existe, siempre que el derecho fundamental de la libertad se vea amenazado por vías de hechos o actos arbitrarios de la autoridad.

Y no sucede, como lo entiende el señor Procurador Tercero Delegado, que la intervención del juez del conocimiento en este control de legalidad sea el único medio para garantizar el derecho fundamental de la libertad "...ante un ejercicio tal vez exagerado de las medidas de aseguramiento por parte de la Fiscalía". Tal observación podría ser valedera, en sistemas acusatorios puros donde la medida de aseguramiento tiene origen administrativo y aún de carácter político, a diferencia del sistema penal colombiano donde la decisión proviene de la Fiscalía General integrada por voluntad de la ley a la Rama Judicial, como lo establece el artículo 1º de su estatuto orgánico.

Además, el control de legalidad sobre las medidas que puedan afectar la libertad del ciudadano, se dá en el estatuto procesal con el cumplimiento del debido proceso, con el ejercicio oportuno de los recursos que permite la ley (reposición y apelación) y aún con el *Habeas Corpus*, que puede ser solicitado ante cualquier funcionario judicial.

Repito, la Corte, que el control de legalidad es indudablemente instrumento de garantía, pero ha existido siempre no sólo respecto a medidas de aseguramiento, sino también en relación con toda actividad judicial protegida por los recursos que consagra la ley. Por manera que cualquier otra instancia que se establezca por fuera de la Constitución es claramente un desconocimiento objetivo al mandato contenido en ella.

Por estas razones, no puede aceptar la Sala los planteamientos del señor Procurador Delegado.

Excepción de inconstitucionalidad:

Al disponer el artículo 4º de la Carta Política, que "...La Constitución es norma de normas...", consagra allí el principio de la *supremacía constitucional* según el cual las demás normas legales deben desarrollar su contenido y como consecuencia no podrán contravenir sus preceptos. "...En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."

Si entre una norma de Derecho Procesal Penal y otra de Derecho Constitucional, hay contradicción, debe prevalecer la norma suprema sobre la procesal.

Los jueces en un caso concreto sujeto a su juzgamiento, tienen la facultad, en guarda y defensa de la Constitución, de no aplicar aquellas normas legales que sean clara y evidentemente contrarias a ella.

Como en el caso *sub judice*, encuentra la Corte que el artículo 54 de la Ley 81 de 1993 contraría en forma manifiesta la Constitución Nacional, se abstendrá de aplicarlo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de aplicar el artículo 54 de la Ley 81 de 1993, en cuanto impone a la Corporación el deber de revisar la medida de aseguramiento proferida por la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante la Corporación, por no ajustarse tal precepto a la Constitución Nacional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CONTROL DE LEGALIDAD (SALVAMENTO DE VOTO) / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO (SALVAMENTO DE VOTO)

Con este texto, de tan nítido perfil sobre lo que se quiere en estas materias, es imposible procurar la decadencia del control de legalidad de las medidas de aseguramiento, establecido por el artículo 414A del C. de P. P. (Ley 81 de 1993, art. 54), tan delicado, prudente y equilibrado, como se tendrá ocasión de destacar. / Podría el legislador establecer otra serie de controles sin quebrantar la Constitución y mirando en ello la fundamentalidad de una medida, así un proveído de embargo de bienes también podría ser objeto de un control de legalidad y esto en nada afectaría el esquema acusatorio, ni lo entrabaría ni lo desconocería ni lo desvirtuaría. Los controles, en justa proporción y regulación adecuada, tienen que ser bien mirados y bienvenidos.

En estas breves líneas expongo mi disentimiento:

1. Sobre anteproyectos, proyectos, exposiciones de motivos, informes de comisión, etc., no es factible edificar una decisión tan trascendente como la que cuestiono. Hay demasiada laxitud en ellas como para poder encontrar un hilo conductor fino, seguro y visible del sistema que se quiso adoptar en un momento dado, con todos sus pormenores, la forma como se produjeron las sustituciones y su final adopción, todo tan ajeno a una incontrovertible claridad.

Tan cierto es esto que se tiene que dar por sentado que tenemos un sistema acusatorio mixto, sin que sea dable confinar la mixtura, definirla y advertir hasta dónde afecta lo de acusatorio. De otro lado, sistemas internacionales no pueden tomarse como patrones de comparación para establecer deducciones tan significativas. Estas cotejaciones no dejan de ser siempre azarosas, bien porque no se sabe de su cabal interpretación, bien porque es incierto su conocimitnto sobre su exacta vigencia al momento de cumplir la misma. También, porque algo podemos tener de autóctonos asi sea la copia desfigurada de esquemas foráneos, que da lugar a compuestos legislativos híbridos e inarmónicos, que no encajan simétricamente en las instituciones consultadas al paso.

2. Que, en su oportunidad, el Gobierno propuso el proferimiento de la medida de aseguramiento por parte del juez, no impone como deducción, al advertir que el legislador consignó su proferimiento por parte del fiscal, el que con ésto quiso prohibir constitucionalmente el que el juez llegara a tener alguna intervención (*a posteriori*) en tal decisión. La inferencia no consulta el rigor silogístico y existen variadas interpretaciones que pueden darse en forma válida para desechar una conclusión tal. En efecto, lo que se patentiza en ello, es el querer fijar el origen de la medida, la determinación del órgano que debe hacer el pronunciamiento. En eso la claridad es de mediodía: el fiscal. Pero eso no se opone, máxime cuando nuestra legislación es eminentemente garantista, desde la cuna misma de la Constitución, a que se puedan señalar controles dentro de la propia fiscalía y por fuera de ella. Y esto último es lo que ha ocurrido y en nada se contrapone ni a preceptos de la Carta, ni al sistema acusatorio, lo que es bien diciente, ya que resultaría declarándose una excepción de inconstitucionalidad, con base en la preservación del sistema acusatorio (el fiscal maneja la indagación preliminar, el sumario y la acusación) cuando éste no se ve afectado por el analizado control de legalidad de la medida asegurativa.

3. El artículo 250 de la Constitución, matriz del sistema acusatorio penal colombiano, dice: "Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los Juzgados y Tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerzas Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. *Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, ADOPTANDO las medidas de aseguramiento.* Además, y si fuere el caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones.

3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado *"y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten"* —subrayo—.

Con este texto, de tan nítido perfil sobre lo que se quiere en estas materias, es imposible procurar la decadencia del control de legalidad de las medidas de aseguramiento, establecido por el artículo 414-A del C. de P. P. (Ley 81 de 1993, art. 54), tan delicado, prudente y equilibrado, como se tendrá ocasión de destacar.

En efecto, sería necesario concluir que *adoptar* una medida de aseguramiento no se interprete como debe ser: señalar quién la puede *emitir*, quién *la toma*, quién *la pronuncia*, a quién le *corresponde*, para resultar en que, en este aparte, el legislador indica un "monopolio" —antes, durante y después—, o sea, que *sola, única y exclusivamente* interviene en ello el fiscal. No, todo lo que venga con posterioridad, recursos o controles, efectos, características, etc., está librado a una reglamentación propia del Código de Procedimiento Penal, el cual a la postre ha regulado lo del control de legalidad.

Uno podría advertir ese carácter de absoluta intangibilidad y de total dominio, en cabeza de la Fiscalía, en cuanto a la decisión comentada, si la labor de investigación y de acusación prescindiera por completo del juez y si el aparato judicial de juzgamiento hubiera quedado integralmente en la Fiscalía. Pero no ocurre ésto sino todo lo contrario, como corresponde a un buen sistema, o sea, que se interconectan, se colaboran, fiscales, jueces y magistrados. Por eso el *habeas corpus* está en los jueces, y otro tanto la acción de tutela, y también la terminación anticipada del proceso (art. 37) y podría serlo (si el sistema fuera coherente) la cesación de procedimiento, porque no entiende uno cómo la cesación de la acción penal, dentro del sumario, aparta al juez, pero la terminación anticipada (muerte parcial de la acción, que puede darse igualmente en el sumario) sí involucra al juez e igualmente, la resolución acusatoria, pues ésta es susceptible de ser invalidada por el juez cuando ésta llega a sus manos para la prosecución del juicio. Todo esto, para espigar sólo algunos aspectos, indica esa intercomunicación entre fiscalía y judicatura. Por eso extraño la desaparición de la arcada de inconstitucionalidad en esos eventos, que se vuelve náusea ingobernable cuando se trata del juicio de control de legalidad de la medida de aseguramiento. Tendría que demostrarse, además, que porque el juez afirma fundamentalidades de legalidad de una medida de aseguramiento, esto impide investigar los delitos, o acusar a los presuntos infractores, o no se puede asegurar sino por este medio la comparecencia de los mismos, o impide averiguar lo favorable y desfavorable al imputado. Nada de ésto, que es lo que preserva la Constitución, se afecta, se interrumpe, se obstaculiza, se lesiona, con el auto de control de legalidad, o será que una refrendación de esta naturaleza es temida y es reprochable? No se querrá advertir,

más bien, que así como la prevención formada a expensas de la labor de instrucción o de investigación, impone separarla de los juzgamientos, también la medida de aseguramiento exige límites, demanda salvaguardas y, en fin, reclama un adicional control de legalidad? Podrá ser racionalmente cierto que la bondad e integridad del instituto (el fiscal *dicta o adopta* la medida de aseguramiento) se mantiene sólo si su revisión se confina, de manera absoluta, a los propios niveles de la Fiscalía (tan obediente a jerarquía y subordinación vertical), pero se destruye o desvertebra porque un juez imparcial diga que si estuvo legalmente dictada? Y porque, eventualmente, se afirme su ilegalidad, no se podrá subsanar por el fiscal lo censurado? O, por ello, se detendrá la investigación, no se podrá dictar resolución acusatoria, en fin, le será imposible al fiscal cumplir con todas sus atribuciones, funciones y cometidos? Si todo se responde en sentido de eliminar el control de legalidad, pues suprimamos de una vez los recursos, las garantías, etc.

4. No puede ser más prudente y justa la institución diseñada en ese artículo 414-A. Nótese que exige la ejecutoria de la decisión; que su promoción no ocurre de manera oficiosa, sino a petición del interesado, de su defensor o del Ministerio Público; la ocurrencia, no suspende "el cumplimiento de la providencia (que ordena o niega una medida de aseguramiento) *ni el curso de la actuación*"; el trámite es brevísimo, y si se advierte la solicitud como infundada, puede rechazarse de plano; lo que diga el juez, para evitar dilaciones, no admite recurso alguno.

Cómo, entonces, decir que esto quebranta el sistema acusatorio mixto y lo desconoce en su estructura constitucional? No hay que temerle a una garantía de fina y sensata elaboración. Hay que abismarse por la ilegalidad, o la legalidad no sometida a oportuna verificación y que aparece como tal sólo porque se ha pronunciado el auto de aseguramiento. Hay que angustiarse por la manía y ociosidad garantista, pero no por la necesidad de tutelas y resguardos básicos e imprescindibles. Aquí no se entorpece el proceso; se le decanta y hace más seguro, confiable y digno. No es dable sentir tanta desconfianza del juez ni mirar este control como un desafuero y algo temible, con el cual se anula o merma la labor de la Fiscalía, que queda incólume y recibe, en medida tan especial, un respaldo de juridicidad absoluto. Y la ciudadanía, para no hablar de las partes en el proceso, deben tener esta sensación y esperar ello no como tardía promesa sino como contemporánea realidad.

Si la discusión se centrara sobre aspecto de conveniencia, que se marca en favor del control de legalidad tal como está legislado, podría mostrarse uno condescendiente y en plan de tal inclinar el criterio en dirección distinta, esto es, apoyar la tesis de la Mayoría de la Sala. Pero cuando la discusión se ubica, cerradamente, en sus parámetros y lineamientos de constitucionalidad, ya no puede uno, es la

tesis enfática del suscrito, mostrarse benévolo y propiciar la inaplicación del instituto del control de legalidad de la medida de aseguramiento, por parte del juez. Lo que surge es su vigencia indescartable.

La eficacia del sistema no se apoya en que la Fiscalía pueda dictar la medida asegurativa, y mantener dentro de su ámbito exclusivo la impugnación. Constituye el tema un aspecto mínimo dentro de la economía integral del esquema de averiguación y formulación de cargos, al punto que no es dable identificar el todo con la parte ni volver lo relativo en absoluto. De ahí el que el control no pugne con esas sus propias competencias. Lo que hace más idónea esa actividad es que decisión tal se muestre sólida y respetuosa de los derechos y las garantías fundamentales, lo que indudablemente se consigue, sin desmedro de nada, mediante el comentado control de legalidad. Además, el acto apenas es una visión y revisión rápidas de algo que no debe mantenerse oculto al juez, ya que éste tarde que temprano intervendrá por obra del juzgamiento. De qué sirve esta celosa reserva si al final, en el juicio, el juez dirá que no existía siquiera base para proferir una medida de aseguramiento y que lo dictado como tal no tenía viso alguno de legalidad, apreciación que se toma tan tardíamente como que ya sus efectos aparecen menos que como irremediables?

Podría el legislador establecer otra serie de controles sin quebrantar la Constitución y mirando en ella la fundamentalidad de una medida, así un proveído de embargo de bienes también podría ser objeto de un control de legalidad y esto en nada afectaría el esquema acusatorio, ni lo entrabaría ni lo desconocería ni lo desvirtuaría. Los controles, en justa proporción y regulación adecuada, tienen que ser bien mirados y bienvenidos. Lo que debe censurarse es el abuso, la superfluidad de los recursos, la ocasión concedida a los intervinientes en un proceso para impedir su desarrollo normal y eficiente. De esto hay muestras muy claras en los textos procedimentales y en las prácticas judiciales, que no han merecido ni la acción ni la excepción de inconstitucionalidad. Pero, evidentemente, no es el caso del control de legalidad de una medida asegurativa, que tiene otra entidad, otra naturaleza, otra finalidad, otro disciplinamiento.

Atentamente,

Gustavo Gómez Velásquez.

EXTRADICION

Para que la extradición pueda ofrecerse o concederse, deben estar suficientemente demostrados los siguientes requisitos sustanciales: a) Identificación plena del requerido; b) El principio de la doble incriminación o correlación legislativa, con la exigencia adicional de que el delito se encuentre reprimido en la legislación colombiana con una sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años; c) El principio de la equivalencia de la providencia foránea en que se sustenta la solicitud, con la resolución acusatoria de la legislación interna; y d) Que tratándose de extranjeros no se proceda por delitos políticos o de opinión. / Si se armonizan, entre sí, las normas contenidas en el Título I del Capítulo VI del Código Penal Italiano que regulan lo relativo a las medidas cautelares de carácter personal, dentro de las cuales se encuentra con el calificativo de coercitiva, la "custodia cautelar en establecimiento carcelario", pronto se concluye que ésta puede homologarse con providencias de similar naturaleza que en la legislación nacional se conocen como medidas de aseguramiento (art. 388 del C. P.), pero en modo alguno con la resolución de acusación (art. 441 ibídem).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá D. C., siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 08 de febrero 2 de 1994.

Vistos:

Surtido el trámite previsto en el Capítulo 3º, Título I del Libro Quinto del Código de Procedimiento Penal, emite la Sala concepto respecto de la solicitud de extradición del ciudadano italiano *Federico Egidi.*

Antecedentes:

1. El Gobierno de Italia a través de su Embajada, mediante nota verbal número 2583 del 2 de julio de 1992, solicita al de Colombia la extradición de Federico Egidi, nacido en Viterbo el 18 de junio de 1966, "quien se encuentra detenido en la Cárcel Modelo de Santafé de Bogotá", en razón a que en su contra el Juez para las Investigaciones Preliminares del Tribunal de Viterbo (Italia) dictó "resolución de custodia cautelar número 627 de 1991 por delitos de narcotráfico".

2. La Fiscalía General de la Nación, mediante resolución de noviembre 23 de 1992, decretó la captura preventiva de Federico Egidi, para el presente trámite de su extradición. La detención sólo vino a materializarse el 25 de mayo del año anterior, luego de que le fuera concedida al mismo libertad provisional por posible pena cumplida, dentro del proceso que por infracción a la Ley 30 de 1986 se le adelanta en un juzgado regional de la ciudad.

3. En noviembre 24 de 1992 el Ministerio de Relaciones Exteriores regresa las diligencias a su homólogo de Justicia para el trámite previsto en el artículo 552 del C. de P. P., informando *"que es del caso proceder de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal, toda vez que revisados nuestros archivos no se encontró tratado de extradición con Italia"* (fl. 82, Legajo II).

4. Y, el 26 de mayo de 1993, el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, remite a la Presidencia de la Sala de Casación Penal la totalidad de los documentos, para la emisión del respectivo concepto.

Documentos allegados:

Para formalizar el trámite de extradición, el Gobierno italiano anexó a su petición, los siguientes documentos que, han sido previamente legalizados y traducidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores:

a) Copia de la resolución de custodia cautelar en prisión, mediante la cual el juez para las investigaciones prelimínares del Tribunal de Viterbo, con fecha 23 de diciembre de 1991, ordenó la captura de Egidi Federico para ser llevado a un instituto de custodia, "en relación al delito previsto por los artículos 56 y 73 T.U. 9.10.1990, n. 309", que de acuerdo a las normas cuya transcripción se anexa, corresponde a un delito frustrado de "producción y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas" (fls. 32, 35 y 41 del Legajo II);

b) Traducción de las normas penales aplicadas, así: *Del Código Penal:* Artículo 4º (Ciudadano italiano. Territorio del Estado), artículo

8º (Delitos cometidos en el territorio del Estado), artículo 9º (Delito común del ciudadano extranjero). *Del Código de Enjuiciamiento Penal:* Artículo 10 (Competencia para delitos cometidos en el extranjero), artículo 720 (Petición de extradición). *Y del D. P. R. del 19 de octubre de 1990:* Artículo 73 (Producción y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas) (fls. 26 a 36 Legajo II);

c) Datos sobre la identidad de la persona reclamada en extradición que, como ya se dijo, responde al nombre de Federico Egidi, nacido en Viterbo - Grotte S. Stefano, el 18 de junio de 1966. Se adicionan en el respectivo documento (fl. 25 Legajo II), sus datos morfológicos y se indica el número de su pasaporte: 313923 B de septiembre 2 de 1986.

Actuación procesal:

1. En desarrollo del trámite previsto en el artículo 556 del C. de P. P., se allegó copia íntegra del proceso que por infracción a la Ley 30 de 1986 se adelanta en los Juzgados Regionales de la ciudad contra Federico Egidi. Su completa revisión pone de resalto lo siguiente:

1.1. Dicho individuo, de nacionalidad italiana, identificado con el pasaporte número 313923B, fue aprehendido en el aeropuerto internacional Eldorado de esta ciudad, el 2 de enero de 1991, cuando pretendía abordar el vuelo 010 de la empresa Avianca, ruta Bogotá - Madrid, por haberse hallado en un doble fondo de su equipaje una cantidad bruta de 5.006 gramos de cocaína.

1.2. Mediante sentencia de septiembre 6 del año en curso, Federico Egidi fue condenado a purgar una pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, y como accesoria la expulsión del territorio nacional.

1.3. En esta oportunidad se revocó la libertad provisional que le había sido concedida al encontrar el juez regional, que "no se hace merecedor al beneficio del subrogado de la libertad condicional". Por tanto, se dispone comunicar lo decidido a la Fiscalía General de la Nación para que dicho procesado termine de pagar la pena impuesta.

2. A la Fiscalía del Tribunal de Viterbo se le preguntó si existía equivalencia entre la medida cautelar en la cual respaldaba la petición de extradición, con la resolución acusatoria de la legislación interna. Su respuesta afirmativa está contenida en la comunicación que obra al folio 65 y son sus razones: Que la equivalencia se da porque es exigencia para el proferimiento de aquella —la medida cautelar en prisión— "bajo pena de nulidad" (art. 292 del C. de P. P. Italiano), "la descripción sumaria del hecho y de las normas violadas" y "los indicios a partir de los cuales se deducen los elementos objetivos de prueba, así como los motivos de su relevancia".

3. Del proceso de radicación número 8641 que en esta Corporación se tramitó, se duplicaron para el presente trámite los documentos que contienen la traducción de las normas procedimentales extranjeras en que se fundamentó la medida cautelar en prisión, la cual se encuentra avalada por el Consulado de Colombia en Milán y por el Ministerio de Relaciones Exteriores (fl. 86 vto. del Anexo I).

Por auto de febrero 2 del año en curso, se ordenó poner a disposición de las partes la anterior prueba, de conformidad con lo previsto en los artículos 255 y 556 del C. de P. P. El término de cinco (5) días transcurrió, sin que respecto de la misma se presentara objeción alguna.

4. Durante la permanencia del proceso en Secretaría para alegar (inciso final del artículo 556 del C. de P. P.), las partes guardaron silencio.

La Corte:

1. No existiendo tratado de extradición entre Colombia e Italia, tal como lo pone de presente el Ministerio de Relaciones Exteriores en la comunicación de diciembre 24 de 1992 con la cual se remiten los documentos pertinentes al Ministerio de Justicia para la iniciación del trámite judicial de extradición del ciudadano italiano Federico Egidi, la petición debe decidirse de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

2. Concordando las normas contenidas en el Capítulo III del Libro 5º del Estatuto aplicable, se tiene que para que la extradición pueda ofrecerse o concederse, deben estar suficientemente demostrados los siguientes requisitos sustanciales:

a) Identificación plena del requerido;

b) El principio de la doble incriminación o correlación legislativa, con la exigencia adicional de que el delito se encuentre reprimido en la legislación colombiana con una sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años;

c) El principio de la equivalencia de la providencia foránea en que se sustenta la solicitud, con la resolución acusatoria de la legislación interna; y

d) Que tratándose de extranjeros no se proceda por delitos políticos o de opinión.

3. En el presente asunto, lo primero que se observa es que la identificación de la persona pedida en extradición ha obtenido en autos

plena demostración. Confrontados los datos personales y las características morfológicas que de Federico Egidi suministraron las autoridades italianas, con apuntes que de igual naturaleza obran dentro del proceso cuya copia forma parte de este trámite, la conclusión que se impone es la de que aquel es la misma persona condenada de acuerdo a la legislación interna por tenencia ilegal de cocaína y la misma respecto de quien se profirió orden de captura para efectos de extradición. A lo anterior se agrega que en la oportunidad en que Egidi fue aprehendido en el aeropuerto Eldorado de esta ciudad, se identificó con el pasaporte número 313923B, cuyo número es coincidente con el del pasaporte a que se refieren los documentos en que se sustenta esta petición.

4. La segunda de las exigencias también aparece suficientemente satisfecha, pues el delito por el cual se produjo en Italia la medida cautelar, está consagrado como tal en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes), sancionado, con pena privativa de la libertad cuyo mínimo es inferior a cuatro (4) años. Claro resulta, desde otro ángulo, que este delito lejos está de corresponder a los denominados por la ley y la doctrina como políticos o de opinión.

5. Pero el requisito que no se cumple y que propicia como consecuencia inmediata un concepto adverso, es el relacionado con la equivalencia de la providencia en que se sustenta la petición de extradición —resolución de custodia cautelar en prisión—, con la resolución acusatoria que tiene consagración el esquema procesal colombiano actualmente vigente.

En efecto:

Si se armonizan, entre sí, las normas contenidas en el Título I del Capítulo IV del Código de Procedimiento Penal Italiano, cuya traducción forma parte de este trámite, que regulan lo relativo a las medidas cautelares de carácter personal, dentro de las cuales se encuentra con el calificativo de coercitiva, la "custodia cautelar en establecimiento carcelario", pronto se concluye que ésta puede homologarse con providencias de similar naturaleza que en la legislación nacional se conocen como medidas de aseguramiento (art. 388 del C. de P.), pero en modo alguno con la resolución de acusación (art. 441, *ibidem*).

Es cierto como lo afirma la Fiscalía Italiana, que para el proferimiento de esa custodia cautelar, se exige como requisito sustancial la existencia de "graves indicios de culpabilidad" (art. 273 del C. de P. P. Italiano), lo que en principio correspondería a la pluralidad de indicios referidos en el artículo 441 del Decreto 2700 de 1991. Sin embargo, de ese solo punto de coincidencia no puede concluirse en la paridad o equivalencia exigida por la ley, porque aquella medida cautelar foránea adolece de la característica definitivamente relevante de la resolución acusatoria en la legislación colombiana, cual es la de poner

término a la fase investigativa mediante la concreción de los cargos que el Estado le formula a un sindicado y originar, con su ejecutoria material, la etapa del juicio, aspectos intrínsecos que tocan directamente con los fines y efectos de la providencia cuya existencia procesal se reclama como sustento medular del concepto favorable de extradición.

Tales atributos no se pueden predicar de la custodia cautelar en prisión, que por su misma naturaleza precautelar y por disposición legal, es revocable o sustituible por hechos sobrevinientes como lo establece el artículo 299 del C. de P. P. Italiano, y que puede incluso perder eficacia por el vencimiento de los términos señalados para su duración, cuando no ha sido renovada; o porque hayan transcurrido los términos que la ley indica para la emisión de la providencia que dispone el juicio o aquellos establecidos para el proferimiento de una de las sentencias previstas en dicha legislación (arts. 301 y 303 *ibidem*).

Como ya tuvo oportunidad de precisarlo la Colegiatura en reciente concepto, con ponencia del honorable magistrado doctor Jorge Carreño Luengas, "la providencia que jurídicamente equivale por su forma y contenido a la resolución de acusación del procedimiento penal colombiano es el 'decreto que dispone el juicio' reglamentado por el artículo 429 de aquella codificación, decisión tomada por el juez a solicitud del Ministerio Público, que pone término a la fase instructiva del proceso y señala el comienzo del juicio; que contiene la identidad del inculpado, la indicación de su defensor y de la persona ofendida con el delito; una descripción del hecho con las circunstancias que lo especifiquen, una relación de los medios de prueba y de los hechos que de ellas se derivan, así como una indicación de las normas legales violadas" (Concepto de enero 26 de 1994. Extradición número 8641).

6. Así las cosas, teniendo en cuenta que la solicitud de extradición de Federico Egidi se sustenta exclusivamente en una orden de custodia cautelar en prisión, sin que se tenga noticia en este trámite de que con posterioridad hubiera sido afectado con decisión judicial igual o equivalente a la resolución acusatoria prevista en los artículos 441 y 442 del Decreto 2700 de 1991, fuerza es concluir que el concepto que se pide de la Corte debe ser adverso, por ausencia de uno de los requisitos sustanciales exigidos por el artículo 549 de aquel ordenamiento.

7. De otra parte, atendiendo a que en autos se tiene suficiente información sobre privación de la libertad de Federico Egidi a órdenes de la Fiscalía General de la Nación para efectos de extradición, se informará a su Oficina de Asuntos Internacionales sobre el contenido del presente concepto. Igualmente se le hará saber que dicho procesado es requerido por el juez regional que tramitó el proceso por infracción a la Ley 30 de 1986, para el cumplimiento total de la pena. A la comunicación se acompañará fotocopia del presente concepto y de la respectiva sentencia condenatoria.

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

Resuelve:

Primero. Conceptuar *desfavorablemente* respecto de la solicitud de extradición a Italia del ciudadano de ese país Federico Egidi, por las razones consignadas en la anterior motivación.

Segundo. Comunicar de inmediato lo aquí decidido a la Fiscalía General de la Nación —Oficina de Asuntos Internacionales— e informarle sobre el requerimiento del Juzgado Regional para que el condenado Federico Egidi cumpla la totalidad de la pena impuesta. Complemántese la comunicación con copia de este concepto y de la sentencia condenatoria.

Tercero. Regresar el expediente al Ministerio de Justicia.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

EXTRADICION

Los objetivos, competencia y fines de la intervención de la Corte Suprema de Justicia en los casos de extradición, como bien lo apunta el artículo 558 del Decreto 2700 de 1991, cuanto se revisa es la "validez formal de la documentación presentada", la identidad plena del requerido, el principio de doble incriminación y el obedecimiento de los tratados públicos, sin que remotamente siquiera pueda pensarse en la posibilidad de desconocer ni la soberanía de otro país para juzgar a sus súbditos, ni el valor de las pruebas aportadas o el acierto de las decisiones emanadas del Estado reclamante.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 22, marzo 2 de 1994.

Vistos:

Agotado el término probatorio dentro del trámite previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal respecto de la solicitud de extradición del ciudadano italiano *Angelo Cereser*, en curso del traslado señalado para alegaciones solicita su defensor se le extienda el plazo legal fijado para intervenir, pedimento que obliga el siguiente pronunciamiento de la Corte.

Antecedentes:

1. Vencido en silencio el término de traslado para solicitud de pruebas dentro del presente asunto, oficiosamente se dispuso allegar la ley procesal penal italiana vigente, como elemento probatorio indispensable para la emisión del concepto que concierne a esta Corporación.

Prolongándose excesivamente el tiempo sin que el Ministerio de Relaciones Exteriores hiciese entrega del texto con su certificada versión al español, y conocido que éste obraba ya en otra actuación de igual naturaleza a la presente, la tardanza se obvió mediante el decreto y obtención formal de traslado de ese cuerpo normativo, así que para culminar el trámite de rigor mediante auto de febrero 8 se dispuso dejar el expediente en traslado para alegaciones.

2. Según lo certifica la Secretaria, superado el término de ejecutoria del auto anterior solicitó el señor defensor su revocación, impugnación que por extemporánea no ameritó su fijación en lista (art. 200 del Código de Procedimiento Penal). Las razones del recurrente apuntan, sin embargo, a una ampliación del término de traslado hasta en el doble del lapso legal preestablecido, argumentando que el anterior apoderado del señor Cereser no solicitó pruebas en oportunidad, que el solicitado en extradición es persona honorable, de buena conducta y escasos recursos lo que le mueve a representarle gratuitamente, y que la providencia y algunos documentos aportados por el Gobierno de Italia se encuentra en idioma italiano, requiriendo de tiempo para su estudio y traducción, inspirándose su pedimento en la necesidad de demostrar que las autoridades reclamantes han cometido una injusticia al procesarlo y pedir su extradición.

3. Adicionalmente y en escrito posterior se pide la remisión urgente del señor Cereser al Instituto de Medicina Legal para que "se practiquen los exámenes y radiografías correspondiente... ya que se está quejando de graves quebrantos de salud", aportando como apoyo un certificado expedido por el Médico Jefe de Sanidad de la Penitenciaria Central donde se hace mención de una fractura del arco costal sufrida por el interno, sugiriendo "valoración por *ortopedia*".

Consideraciones de la Corte:

1. Hizo bien la Secretaría de la Sala al omitir la fijación en lista del anunciado recurso de reposición interpuesto por la defensa en contra del auto que dispuso el traslado para alegaciones, no solamente por tratarse de una formulación extemporánea, recibida, según se certifica, varios días después de la ejecutoria del auto a recurrir, sino que además y al consultar su contenido, bien se observa que lo buscado en realidad es una prórroga de un término legal, no sometida para su proposición al lapso de ejecutoria, pero ceñida sí a unos requisitos que como se verá, tampoco se avino a cumplir el reclamante.

Así precisa el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal que:

> "Los términos legales o judiciales no pueden ser prorrogados sino a petición de los sujetos procesales, hecha antes de su vencimiento, por causa grave y justificada".

Revisado el pedimento respectivo, que para los fines preindicados debe tenerse como oportuno, bien se ve que quien lo suscribe, extendiendo su pretensión a un lapso que por superar "en otro tanto el término ordinario" no podría ser autorizado por la ley, tampoco llega a expresar razones de gravedad ni justificativas para la obtención de tan excepcional otorgamiento.

Sustentar la prórroga aduciendo que en tiempo no se solicitaron por la defensa pruebas, lejos de indicar la procedencia de la solicitud la contradice, pues precluida aquella etapa, lo que muestra el expediente es un menor volumen de medios para analizar.

Decir después que hay documentos aportados en idioma extranjero que demandan su previa traducción es además un hecho que contradice toda realidad, pues el legajador anexo que contiene duplicados tan solo ofrece en su último folio el "documento de viaje" del señor Cereser, que renglón a renglón repite en español los términos utilizados del idioma italiano, y la carpeta anexa de originales —que se ordena con una numeración consecutiva descendente en su parte superior derecha—, contiene del folio 165 al 56 la traducción oficial realizada en el Consulado de Colombia en Roma de los documentos de solicitud, las copias de las actuaciones judiciales y de las pruebas que originalmente se acompañaron por el Gobierno de Italia y van del folio 54 al 1 de la misma carpeta, sobre los cuales no precisa el solicitante cual pudo haber quedado siquiera parcialmente traducido.

Alegar, por último, que la prórroga se justifica porque el señor Angelo Cereser es pobre y de buena conducta, o porque se cree tener motivos para demostrar que con él se comete una grave injusticia en Italia, es desconocer los objetivos, competencia y fines de la intervención de la Corte Suprema de Justicia en los casos de extradición, pues como bien lo apunta el artículo 558 del Decreto 2700 de 1991, cuanto se revisa es la "validez formal de la documentación presentada", la identidad plena del requerido, el principio de doble incriminación y el obedecimiento de los tratados públicos, sin que remotamente siquiera pueda pensarse en la posibilidad de desconocer ni la soberanía de otro país para juzgar a sus súbditos, ni el valor de las pruebas aportadas o el acierto de las decisiones emanadas del Estado reclamante.

Al lado de la formalización del rechazo de la reposición por extemporánea, habrá de denegar la Corte, por los motivos anotados, la solicitud de prórroga propuesta.

2. Tampoco en lo que atañe con la solicitud de remisión del detenido Angelo Cereser al Instituto de Medicina Legal para la práctica de exámenes el pedimento de la defensa puede obtener el respaldo de la Sala, porque en este caso el proponente desatina sobre los mecanismos legales que al respecto corresponden.

La certificación médica allegada es clara y precisa al indicar que al padecer de una fractura en su reja costal, el interno necesita la valoración de un ortopedista. No se trata, entonces de examinar si el señor Cereser padece una grave enfermedad que ameritara tal vez la suspensión de la detención que sufre, porque el Médico Jefe de Sanidad de la Penitenciaría no alude en modo alguno a ese extremo. Tampoco de verificar una pericia que aproveche al tema del trámite que avanza.

La información se restringe a acusar una dolencia del interno que requiere valoración especializada a cargo de los servicios médicos penitenciarios, que para el caso fijan en la Ley 65 de 1993 —artículo 106— su solución por el Instituto Nacional Penitenciario, haciéndose innecesaria la intervención de la Corte como no sea para activar al ente competente, pues, se repite, el Jefe de Sanidad ha expedido una constancia sobre el estado de salud del individuo en cita, mas no reclama la intervención ni el apoyo de las autoridades judiciales para la atención del paciente ni la adopción de medidas que a la Corte le conciernan.

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

Resuelve:

Primero: Rechazar por extemporáneo el recurso de reposición intentado por el defensor de Angelo Cereser contra el auto de febrero 8 del año que transcurre.

Segundo: Denegar por improcedente la prórroga de términos propuesta por el mismo reclamante, y

Tercero: Denegar la remisión del detenido Angelo Cereser a reconocimiento por parte del Instituto de Medicina Legal, disponiendo en su lugar se oficie por la Secretaría de la Sala al Instituto Nacional Penitenciario para los fines indicados en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y reingrese de inmediato el asunto a Despacho para concepto de fondo.

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

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / ACCION CIVIL / PARTE CIVIL

Cuando el ofendido o perjudicado opta por el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, requisito indispensable le es constituirse formalmente en parte mediante la presentación de la formal demanda de que trata el artículo 46, y siempre y cuando concurra en la oportunidad legal prevista en el artículo 45, esto es, hasta antes que se profiera sentencia de segunda o de única instancia. Dados estos presupuestos, resulta comprensible que cuando el artículo 233 del C. de P. P. señala quienes son titulares de la acción de revisión, su referencia a "los titulares de la acción civil dentro del proceso penal" debe entenderse hecha a quienes llegaron a constituirse en parte dentro de la actuación que intenta revisarse, pues fue a ellos a quienes vinculó el fallo injusto o impidió proseguir allí con la realización de su interés el auto de preclusión o cesación de procedimiento.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 22, marzo 2 de 1994.

Vistos:

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda que en representación del ciudadano Juan de Jesús Gómez García formula su apoderado constituido para esta actuación, escrito encaminado a obtener por parte de la Corte la revisión de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 9 de marzo de 1993, por medio de la cual se confirmó la de condena emanada del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté en contra de *Jorge Armando Sáchica Quimbay* por el delito de homicidio.

Antecedentes:

Por las copias auténticas de las providencias de primera y de segunda instancia que aporta el actor, se sabe que en la noche del 22

de agosto de 1992, Jorge Armando Sáchica Quimbay ingresó a la habitación de Manuel Antonio Gómez García localizada en la población de Cucunubá, y aprovechando que éste se dedicaba a anudarse una corbata, aparentó auxiliarle para terminar estrangulándolo con esa misma prenda.

Horas más tarde, el agresor dio aviso de los hechos a un hermano de la víctima, y luego optó por entregarse a las autoridades y confesar su delito, si bien bajo el pretexto de hallarse en un estado emocional de ira, pues el occiso tenía la costumbre de ultrajarlo, y esa misma tarde lo había tratado de violador de unas menores y de la empleada del servicio de la casa donde los hechos tuvieron ocurrencia.

En curso la investigación se le dio trámite al artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, y una vez verificada la audiencia entró el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté a impartirle aprobación al respectivo acuerdo, dando terminación anticipada el proceso mediante sentencia del 11 de diciembre de 1992, condenatoria para Sáchica Quimbay como responsable del delito de homicidio simple cometido dentro de las condiciones indicadas en el artículo 60 del Código Penal, imponiéndole la pena principal de 20 meses de prisión, la interdicción de derechos y funciones públicas, la prohibición de consumir bebidas embriagantes por el mismo tiempo y la obligación de indemnizar los perjuicios morales tasados en 1.000 gramos oro, medidas que dejó condicionalmente en suspenso.

Contra la anterior sentencia interpuso el Ministerio Público el recurso de apelación, solicitando al Tribunal de Cundinamarca su revocatoria y la improbación del acuerdo, por considerar desacertado el reconocimiento de la ira y como consecuencia el del subrogado de la condena de ejecución condicional, cuando lo ineludible era la imposición del tratamiento penitenciario.

El Tribunal desechó los argumentos del recurrente y confirmó la sentencia del *a quo*, modificando sí el quantum punitivo y el monto fijado por perjuicios, estimando que se había incurrido en error aritmético fijando en 20 meses de prisión una pena que debió ser de 22 meses y 7 días. Respecto de la indemnización redujo los perjuicios a 300 gramos oro conlabilizados los materiales, y señaló como beneficiarios a Juan de Jesús y a Laureano Gómez.

2. En la demanda de revisión se aclara por el representante del señor Gómez García que su poderdante "*obra en su condición de hermano legítimo del occiso*", sin precisar si dentro del proceso se había intentado el resarcimiento de perjuicios o mediado reconocimiento de parte civil. En su lugar se allegaron el acta de registro civil de nacimiento de Juan de Jesús Gómez García y las de defunción de Moisés Gómez y María Custodia García.

Para aclarar la incertidumbre se requirió al Juzgado de primera instancia certificara sobre la existencia de parte civil reconocida dentro del ameritado proceso, siendo su respuesta del siguiente texto:

> "...a folio 139 del cuaderno principal aparece un memorial poder conferido al doctor Andrés Morales Ruiz por los señores Juan de Jesús Gómez y Bernarda de la Concepción Gómez García, para que se constituyera en parte civil, sin que hubiese presentado la demanda correspondiente..." (certificación que firma el 3 de febrero de 1994 el Juez Penal del Circuito de Ubaté).

Consideraciones de la Sala:

La demanda de cuyo análisis se ocupa la Sala plantea el tema de la titularidad para la interposición de la acción de revisión por quien no hubiese intervenido como parte dentro del respectivo proceso penal, y a la vez el del interés de la persona ofendida o perjudicada por el delito para un reclamo de revisión adverso a una sentencia de condena.

Según lo precisa el legislador en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, todo hecho punible origina acción penal, pero también puede generar la acción civil encaminada al resarcimiento del daño.

En concordancia con el anterior, el artículo 43 *ibidem* indica que esa acción civil puede válidamente ejercerse o bien ante la jurisdicción civil, o bien "dentro del proceso penal", a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas o de sus herederos.

Cuando el ofendido o perjudicado opta por el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, requisito indispensable le es constituirse formalmente en parte mediante la presentación de la formal demanda de que trata el artículo 46, y siempre y cuando concurra en la oportunidad legal prevista en el artículo 45, esto es, hasta antes que se profiera sentencia de segunda o de única instancia.

Dados estos presupuestos, resulta comprensible que cuando el artículo 233 del C. de P. P. señala quiénes son titulares de la acción de revisión, su referencia a "los titulares de la acción civil dentro del proceso penal" debe entenderse hecha a quienes llegaron a constituirse en parte dentro de la actuación que intenta revisarse, pues fue a ellos a quienes vinculó el fallo injusto o impidió proseguir allí con la realización de su interés el auto de preclusión o cesación de procedimiento.

Pero si aún por vía de discusión se pretendiera que sin la previa y oportuna presentación de su demanda y reconocimiento como parte, el ofendido o perjudicado puede directamente impugnar una sentencia o providencia definitiva en aquellos casos que autoriza el artículo 232

del Código de Procedimiento Penal, de ninguna manera podría llegar la Sala a admitir la demanda que en el caso presente se formula —pues aún de superarse el defecto formal de no probar la relación parental entre el occiso y el reclamante, porque los documentos apenas acreditan que Manuel Gómez es hijo de Custodia García y Moisés Gómez, ambos fallecidos, y eso es todo—, surge de bulto una falta de interés que de antemano obliga a interferir la continuación del trámite propuesto:

Cuando la acción civil se intenta dentro del proceso penal, sus intereses quedan como es obvio restringidos a la satisfacción de los daños y perjuicios que ocasionó el delito. Es por ello que el artículo 48 del Decreto 2700 de 1991 precisa como sus facultades la de pedir pruebas e interponer recursos encaminados a "demostrar la existencia del hecho investigado, la identidad de los autores o partícipes, su responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados", como también la de "denunciar bienes del procesado y solicitar su embargo y secuestro".

Si como viene de advertirse, la sentencia proferida dentro del proceso seguido en contra de Jorge Armando Sáchica Quimbay fue de condena, queda claro que al solicitante le fueron dados ya los medios con el proceso penal —así no se haya hecho en este parte—, para facilitar la efectividad de la indemnización a la cual pruebe derecho, porque con esa decisión fue puesta a salvo la demostración del hecho, la de identidad de su autor y la de su responsabilidad, siendo claras la posibilidad de accionar dentro del proceso civil para el resarcimiento de los perjuicios que entre a probar en su existencia y monto, lo mismo que la de facilitar la adopción de las medidas cautelares asegurativas de los bienes del obligado.

Siendo estas razones suficientes para inclinar al rechazo de la demanda que se estudia, un argumento adicional y específico para el caso planteado surge del trámite que en particular siguió el caso examinado, pues en las copias allegadas consta que el fallo se produjo previo el rito del artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, y ello precisamente implica que dicha decisión no es oponible a la parte civil en materia de perjuicios como en términos más precisos lo ratifica el artículo 37B numeral 4, adicionado al anterior por la Ley 81 de 1993.

Quiere lo anterior significar, que abreviado el trámite procesal tanto en el caso de la sentencia anticipada como en el de la audiencia especial, e imposibilitado en el ejercicio amplio que en el ordinario tendría la parte civil según el citado artículo 48 *ibídem*, lo que surge en tal caso es la prerrogativa plus de atenerse, si es de su beneficio, a la condena que en perjuicios haya hecho el juez en la sentencia, o la de actuar ya libremente y sobre las bases firmes de una declaración judicial de responsabilidad, mediante acción a ejercitar ante la jurisdicción civil. Esta última situación es precisamente la de quien no se hizo oportunamente parte en el proceso penal, pues sin que se le inhiba

de atenerse al monto fijado oficiosamente por el juez penal para el resarcimiento, en caso de inconformidad tiene con la misma amplitud la vía de la acción civil ante los jueces de ese ramo.

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

Resuelve:

Inadmitir la demanda de revisión que mediante apoderado presenta Juan de Jesús Gómez García, en contra del fallo condenatorio proferido en contra del acusado Jorge Armando Sáchica Quimbay por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL / COMPETENCIA

Si el señor apoderado de la parte civil quería interponer el recurso extraordinario por la vía excepcional prevista en el último aparte del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, estaba en el deber de advertirlo así dentro del término legal que le asistía para impugnar el fallo de segunda instancia, pues la oportunidad para interponer la casación ordinaria o la excepcional es una sola, haciéndose obligado para el Tribunal saber por qué opción se inclina el recurrente, pues de ser la ordinaria la competencia es suya para pronunciarse, pero si es la excepcional lo incumbe restrictivamente a la Corte hacer uso de su discrecionalidad para determinar si se dan o no razones que justifiquen la admisibilidad, considerando los fundamentos que le haya dado el enervante.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 22, marzo 2 de 1994.

Vistos:

De piano decide la Sala el recurso de hecho que interpone el señor apoderado de la parte civil reconocida dentro del presente asunto en contra del auto de enero 31 último, por medio del cual el Tribunal Superior de Tunja en Sala de Decisión Penal le denegó el recurso de casación oportunamente interpuesto contra el fallo que en segunda instancia confirmó la absolución del acusado de fraude procesal señor *Carlos Antonio Cárdenas Rodríguez.*

Antecedentes:

De las copias remitidas para trámite del presente recurso se desprende que mediante resolución acusatoria proferida por la Unidad Especializada de la Fiscalía con sede en Chiquinquirá, Carlos Antonio

Cárdenas Rodríguez resultó radicado en juicio bajo el cargo de fraude procesal ante el Juzgado Penal del Circuito de aquella misma localidad.

Mediante fallo del 20 de octubre de 1993, la instancia concluyó con la absolución del acusado, decisión recurrida en alzada a iniciativa de la parte civil y confirmada por el Tribunal Superior de Tunja mediante sentencia de diciembre 2 del año próximo pasado.

En tiempo (25 de enero de 1994), el señor apoderado de la parte civil manifestó por escrito su inconformidad con el fallo proferido, interponiendo el recurso extraordinario de casación, sin haber llegado a mencionar que optaba por la vía de impugnación discrecional prevista en la parte final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, ni expresar en otros términos los motivos que a ese mecanismo excepcional conducen.

Mediante providencia del 31 de enero, la Sala de decisión que había proferido la decisión impugnada denegó el recurso extraordinario, argumentando que para entonces había entrada en vigencia la Ley 81 de 1993, cuyo artículo 35 modificó los requisitos de procedencia de la casación. Dicho precepto había elevado a 6 años el máximo de la pena prevista para los delitos impugnables en casación, y la infracción por la cual se acusaba a Cárdenas Rodríguez sólo alcanzaba un tope superior de solo 5 años.

El 8 de febrero siguiente el impugnante expresó por escrito que contra esa negativa recurría de hecho, y en el mismo escrito señaló las copias que debían expedirse para viabilizar su trámite.

Recibidos los duplicados en la Corte, mediante escrito de sustentación expresa el recurrente que acepta la razón expuesta por el Tribunal al denegarle el recurso extraordinario, pero que en todo caso su aceptación todavía procedía y debía admitirse por la Corte "por vía excepcional, discrecionalmente, por ser necesario a la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales de la parte civil, quebrantados por los fallos de segunda y primera instancia en controversia".

No desconoce el inconforme que dentro de los titulares del recurso excepcional de casación no incluyó la ley a la parte civil. Su insistencia, sin embargo, se motiva en la inconstitucionalidad que le deduce al inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, pues a su juicio la exclusión en él del representante de la parte civil viola "el derecho fundamental de igualdad de las partes ante la ley", motivo que le lleva a solicitar que con fundamento en el artículo 4º de la Carta Constitucional, inaplique la Sala la limitante por inexequible.

Otras razones se añaden al escrito, esta vez encaminadas aquellos que considera desaciertos de los juzgadores, dentro de los cuales menciona la inobservancia de las formas propias del juicio, la ocurrencia de errores en la valoración probatoria, el desconocimiento de la confe-

sión del procesado, de algunos testimonios y de prueba documental, rematando en que por desconocimiento de los derechos fundamentales de la parte civil, la casación por vía de excepción debe aceptarse.

Consideraciones de la Sala:

Es evidente el acierto del Tribunal al denegar el recurso de casación interpuesto dentro del presente asunto:

Visto el escrito impugnatorio, bien se observa que el recurrente no expresó en momento alguno y mucho menos sustentó razones para que la casación por vía excepcional fuese de recibo, de modo que las consideraciones se restringían a saber si por su origen, instancia y medida máxima de pena del delito imputado, el recurso era o no procedente.

Vigente ya para la fecha del fallo la Ley 81 de 1993, resultaba incontestable que la impugnación del señor representante de la parte civil debía denegarse, pues el delito de fraude procesal por el cual se acusaba a Cárdenas Rodríguez no sobrepasaba un máximo de 5 años de pena privativa de la libertad.

Ante la inconstestable razón de su rechazo, ha optado el inconforme por aducir que su impugnación debe de todos modos acogerse pues la fórmula por la vía excepcional prevista en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, pero como al mismo tiempo es consciente de que a la parte civil no le concede el legislador tan restrictiva opción, se adelanta a insinuar que tal marginamiento del ofendido o perjudicado quebranta la Carta Constitucional, y por lo mismo debe ser desestimado con asidero en el artículo 4º de la Constitución Política.

La vía alternativa que en estos términos propone el recurrente es tardía, restando la necesidad de analizar siquiera si el precepto al cual se acoge se aviene o no a las normas superiores cuando sustrae su alcance al representante de los intereses resarcitorios.

Si el señor apoderado de la parte civil quería interponer el recurso extraordinario por la vía excepcional prevista en el último aparte del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, estaba en el deber de advertirlo así dentro del término legal que le asistía para impugnar el fallo de segunda instancia, pues la oportunidad para interponer la casación ordinaria o la excepcional es una sola, haciéndose obligado para el Tribunal saber por qué opción se inclina el recurrente, pues de ser la ordinaria la competencia es suya para pronunciarse, pero si es la excepcional le incumbe restrictivamente a la Corte hacer uso de su discrecionalidad para determinar si se dan o no razones que justifiquen la admisibilidad, considerando los fundamentos que le haya dado el enervante, y que en el caso presente no expresó a tiempo.

Resulta inadmisible pretender que el incumplimiento oportuno de una carga procesal pueda suplirse mediante el mecanismo tortuoso de ampliación de términos, entrando a proponer y a alegar en la sustentación de un recurso de hecho aquello que se debía decir y se calló en tiempo oportuno.

Siendo lo cierto la interposición del recurso ante el Tribunal y no ante la Corte, bien estuvo que se resolviera cómo en el auto que ahora se recurre aparece, sin que asome fundamento para que entre a ocuparse la Corte de analizar si el derecho de la parte civil a recurrir por la vía excepcional es o no fundamental según se plantea, porque la extemporaneidad de esa alternativa no abre posibilidades al análisis de fondo.

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

Resuelve:

DECLARAR bien denegado el recurso de casación interpuesto por el señor apoderado de la parte civil en contra de la sentencia absolutoria proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Tunja en favor del acusado Carlos Antonio Cárdenas Rodríguez.

Devuélvase la actuación al inferior para que haga parte del expediente.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

EXTORSION / COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL

El artículo 11 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 73 del Decreto 2700 de 1991 en uno de sus incisos establece: "La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho" (negrilla de la Corporación).

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 23, marzo 3 de 1994.

Vistos:

De plano procede la Corte a pronunciarse sobre el conflicto negativo de competencia surgido entre los Juzgados Regional de Medellín y Primero Penal del Circuito de Manizales, quienes se han declarado incompetentes para conocer de este asunto.

Antecedentes:

1. Ante la Unidad de Policía Judicial de Manizales, la señora Beatriz Carmen Peralta denunció que el día 13 de agosto de 1991, encontró en el garaje de su casa un escrito en el que la Coordinadora Nacional Guerrillera le hacía un pedido extorsivo del orden de ocho millones de pesos. Realizadas las pesquisas del caso se capturó a Gustavo Arango Zapata, Rubén Darío Zapata y William Quintero Correa.

2. En un primer momento avocó conocimiento de la investigación el Juzgado de Orden Público de Medellín, pasando con posterioridad el proceso a un fiscal regional de la misma ciudad al entrar a operar la nueva institución judicial.

3. Mediante providencia de tres de julio de 1992 —fls. 194 y 195— el fiscal regional ordenó remitir por competencia el proceso a la Direc-

ción Seccional de Fiscalías de Manizales, de acuerdo con lo establecido en los artículos 70 y 71 del Decreto 2700 de 1991.

4. La investigación fue asignada al Fiscal Trece de la Unidad Especializada, ante quien los señores Rubén Darío Zapata y Gustavo Arango Zapata solicitaron se llevara a cabo la audiencia especial para terminación anticipada del proceso.

5. El fiscal para los efectos mencionados en el numeral anterior, remitió el proceso al Juzgado Penal del Circuito —Reparto— correspondiéndole al Primero Penal del Circuito de Manizales.

6. El Juzgado en mención, mediante providencia del 15 de septiembre de 1993 —fls. 311 a 314— consideró que no era competente para conocer el asunto por las siguientes razones:

a) Los hechos materia de investigación, tuvieron ocurrencia durante los días 14 de agosto y 18 de septiembre de 1991, entre los municipios de Villamaría y Chinchiná (Caldas), e indudablemente estructuran el delito de extorsión, que define el Decreto 2790 de 1990, adoptado como legislación permanente por el artículo 11 del Decreto 2266 de 1991;

b) El Decreto 2790 en su artículo 9º atribuyó la competencia sobre este ilícito a los jueces de conocimiento de orden público, norma que fue reproducida por el Decreto 099 de 1991;

c) A su vez el Decreto 1676 de 1991 en su artículo 3º estableció que a los Jueces de Orden Público corresponde conocer en primera instancia de los procesos por los delitos de extorsión en todas sus modalidades, cuando la cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos. Legislación que fue adoptada como permanente por el Decreto 2271 de 1991. Pero además al entrar en vigencia el Decreto 2700 de 1991 esta jurisdicción de orden público, se integró a la jurisdicción ordinaria, sin que su competencia se hubiese modificado;

d) La norma aplicable para determinar la competencia en este asunto es el artículo 71 numeral 4º del C. de P. P., de la cual se desprende que la competencia radica en la justicia regional, puesto que la cuantía de los ocho millones de pesos supera el valor de ciento cincuenta salarios mínimos mensuales para la época de los hechos. Por lo que ordenó remitir el proceso por competencia al Juzgado Regional de Medellín, proponiendo la colisión de competencia negativa.

7. Mediante interlocutorio de veintisiete de diciembre de 1993, el Juzgado Regional de Medellín, aceptó la colisión propuesta y ordenó remitir las diligencias a esta Corporación para que decida la colisión del caso.

Las razones que se adujeron para aceptar la colisión fueron las que siguen:

a) El artículo 9º de la Ley 81 de 1993, modificó el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo que "cuando se trate de delitos de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales";

b) El artículo 11 de la misma ley que modificó el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, señala la competencia de los Juzgados Penales Municipales, estableciendo en uno de sus incisos que "la competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho";

c) De la prueba obrante en la foliatura se tiene que las amenazas extorsivas fueron por la suma de ocho millones de pesos y que de acuerdo a la normatividad vigente la competencia de los jueces regionales en dichos hechos punibles, debe ser el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales, que sumados dan un total aproximado de doce millones y medio de pesos;

d) La apreciación jurídica que tiene el Juzgado Penal del Circuito de Manizales, es equivocada porque la limitante de que la cuantía se fija teniendo en cuenta los salarios mínimos mensuales al momento de consumarse el hecho punible, es sólo para los Juzgados Penales Municipales. Si el legislador hubiera querido hacer extensiva la misma a otras autoridades judiciales hubiera expedido un parágrafo en tal sentido.

Se considera:

1. El trece de agosto de 1991, la familia Peralta Duque residente en Villamaría (Caldas) empezó a ser extorsionada para que entregara la suma de ocho millones de pesos, a través de escritos dejados en el guaje de su residencia y que aparecían firmados por la Coordinadora Guerrillera. A raíz de su denuncia el 20 de septiembre del mismo año fueron capturados los presuntos infractores del ilícito, por lo que para efectos de la competencia será 1991 el año a tener en cuenta.

2. El artículo 9º de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 71 del Decreto 2700 de 1991, estableció en su numeral 4º inciso segundo:

"*Competencia de los jueces regionales:* Los jueces regionales conocen en primera instancia:

"4º De los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la intercepción de correspondencia oficial y de los delitos contra el sufragio.

"Cuando se trate de delito de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales" (bastardilla extratextual).

3. El artículo 11 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 73 del Decreto 2700 de 1991 en uno de sus incisos establece:

"La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de comisión del hecho" (bastardilla de la Corporación).

4. El Decreto 3074 de 1990, fijó como salario mínimo mensual para el año de 1991, la suma de $ 51.720.00, lo que multiplicado por ciento cincuenta da $ 7.758.000, de donde se puede concluir que el funcionario competente para conocer del proceso en cuestión es el Juez Regional de Medellín, ya que la cuantía del ilícito —ocho millones de pesos— excede los ciento cincuenta salarios mínimos.

5. No es acertada la interpretación que hace el funcionario de la justicia regional, en el sentido de que la limitante establecida en el artículo 73 sólo cobija a los jueces penales municipales, por ser dicha norma la que establece la competencia de esos funcionarios. La norma es de carácter general y fue establecida precisamente para solucionar los conflictos de competencia cuando la cuantía del ilícito esté de por medio. No aceptarlo así, sería motivar graves problemas que impedirían solucionar situaciones como la que nos ocupa en este momento.

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

Resuelve:

DECLARAR que la competencia para conocer del presente asunto corresponde a la justicia regional. En consecuencia, remítase el proceso al Juzgado Regional de Medellín y dése aviso de esta decisión, adjuntando copia de la misma, al Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA

El falso juicio de identidad se presenta cuando el juzgador distorsiona o tergiversa objetivamente el significado de la prueba, haciéndole producir efectos demostrativos contrarios a su propia esencia, o lo que es lo mismo, cuando la verdad se muta para hacerle decir a un medio algo que no encierra dentro de su contenido. El falso juicio de existencia tiene a su vez cabida en aquellos eventos en que los falladores suponen o consideran como prueba un medio inexistente dentro del plenario, o cuando omiten la consideración de pruebas debida y oportunamente allegadas y relevantes para el sentido de la decisión. / Para que la censura con invocación de los errores antes citados pueda ser estudiada de fondo por parte de la Corte, resulta indispensable que la equivocación se demuestre de manera manifiesta, precisa, contundente, sin que las simples apreciaciones personales o la sola disparidad de criterios entre el casacionista y el juzgador sirvan como fundamento del ataque. Tendrá además que desquiciar la prueba toda sobre la cual reposa el fallo sus premisas, para entrar luego a demostrar la incidencia que el propuesto error tuvo en el fallo, acreditando de qué manera otra distinta hubiese sido la decisión final adoptada de no haberse incurrido en el defecto, so riesgo de que el esfuerzo del casacionista quede trunco. Y han de precisarse las normas sustanciales que resultaron violadas, indicando si la violación se dio por la falta de aplicación, o por aplicación indebida.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 20.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Alberto Tobón Vélez*, en contra de la sentencia profe-

rida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia del 25 de septiembre de 1992, mediante la cual le impartió confirmación a la de condena que por el delito de homicidio del joven *Walter Huber Ceballos Arroyave*, emitiera en primera instancia el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Andes, imponiéndole al acusado la pena de 10 años de prisión, las accesorias de ley por el mismo tiempo, y al pago de un mil gramos oro en razón de los perjuicios materiales y otro tanto por los perjuicios morales, adicionándola en el sentido de compulsar copias para investigar por separado posibles infracciones contra la fe pública.

Hechos y actuación procesal:

1. El sábado 17 de agosto de 1991 cerca de las cuatro de la tarde, en el barrio "San Luis" del municipio de Andes, uno de los balones con que un grupo de menores jugaba al fútbol fue a caer sobre los tejados de las viviendas colindantes al campo deportivo. Inicialmente se le solicitó al joven John Alexander Benítez y luego a Walter Huber Ceballos Arroyave que fueran a recuperarlo, ofreciéndoles como contraprestación la suma de $ 500.00. El primero de los dos muchachos desistió del cometido cuando luego de ganar el techo de una de las residencias fue recriminado por sus ocupantes y amenazado por el acusado con hacerle un disparo si persistía en la acción.

Ceballos Arroyave alcanzó a llegar al tejado de la vivienda habitada por los esposos Hernán Gonzalo Meza Henao y María Ludivia García Gallego, pero en el momento que le preguntaba a Consuelo Martínez Morales sobre el paradero del balón, recibió un disparo de pistola que le cegó la vida, detonación efectuada por el acusado Tobón Vélez una vez se parara sobre una alberca sacando parte del cuerpo por entre una rejilla para impactar al infortunado joven en el costado derecho de su frente.

2. La investigación y su calificación estuvieron a cargo del Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Andes, despacho que vinculó mediante indagatoria a Margarita María Jiménez Mejía y a Alberto Tobón Vélez, resolviendo la situación jurídica provisional y definitiva de la primera de manera favorable, mientras en contra de Tobón Vélez se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva y a la clausura de la instrucción resolución acusatoria bajo el cargo de homicidio.

3. La etapa del juicio se tramitó bajo la competencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Andes, despacho que al término de la vista pública profirió el fallo de condena en la forma como anteriormente se expuso, decisión recurrida en apelación por la defensa y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia que amerita ahora el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el actor acusa la sentencia del Tribunal como violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta, señalando la ocurrencia de cinco errores de hecho que en los términos subsiguientes entra a precisar:

Primer error. Dice el censor, que el *ad quem* basándose en lo expuesto por varios testimoniantes dedujo que el homicidio se cometió con dolo homicida, cuando de los mismos se infiere que ocurrió de manera preterintencional. Sostiene que el sentenciador estimó equivocadamente el dicho de los declarantes:

> "Incurriendo en error de hecho manifiesto, falso juicio de identidad, lo que tuvo clara incidencia en la falta de aplicación del artículo 325 y en la aplicación indebida del 323 del Código de las penas, infringiendo agravio injusto al condenado, por la excesiva pena impuesta".

Y, que por haber sido indebidamente avaluadas las pruebas, la sentencia consignó: "que el disparo fue hecho, no para asustar al atrevido muchacho, sino para causarle el deceso y ni más ni menos que es allí donde nace el dolo, folio 335"; manifestación —que en su parecer— constituye un ostensible y manifiesto error de hecho.

Segundo error. La sentencia ignoró la versión exculpativa del procesado al no tener en cuenta: su avanzada edad e inexperiencia en el uso de las armas de fuego, el móvil de la acción, sus limpios antecedentes, la forma inopinada como ocurrieron los hechos, o su vehemente manifestación de que no abrigaba un propósito homicida, ni el hecho de haber disparado una sola vez, tampoco consideró la afirmación que hiciera en el sentido de no haber visto al joven sobre el techo y que en el momento del disparo "la pistola patió".

Considera que por no haber sido las precedentes circunstancias objeto de evaluación por parte del juzgador, se incurrió en error de hecho manifiesto por falso juicio de existencia, cuya consecuencia fue la equivocada adecuación típica.

Tercer error. Se acusa nuevamente un falso juicio de existencia, ya que el fallador no tuvo en cuenta la experticia que demostraba la incómoda posición que tenía el acusado al momento de efectuar el disparo, llegando por esa circunstancia a afirmar la sentencia que: "los dos protagonistas del lamentable suceso estaban casi de frente, sin que Walter estuviera viendo a su agresor" (fl. 336); agrega que de haberse "evaluado esa pieza probatoria, se había desechado el dolo homicida, reconociéndole al procesado el homicidio preterintencional".

El error de hecho generó el equívoco impugnado, pues la incómoda posición que describe la pericia coincide con lo aseverado por el acusado cuando advierte que la pistola "le patió" en el momento de accionarla, y ello explica el recorrido irregular del proyectil impactado en el cuerpo de la víctima.

El *cuarto error* acusa un falso juicio de identidad, al considerar que la sentencia de manera equivocada hizo referencia al sitio donde se encontraba la víctima al momento de recibir el impacto, mencionando varios lugares pero sin precisar en qué punto el menor resultó lesionado, cuando ha debido consignar que se ignoraba el real recorrido que hizo el occiso encima del tejado, conociéndose eso sí, que hubo desplazamiento de un lugar a otro y que ocupó varios inmuebles colindantes, entre ellos el de don Alberto Tobón. La sentencia confunde el sitio del herimiento con el sitio donde murió el menor. En síntesis: si se ignora, mal puede aducirse que el procesado disparó hacia un blanco determinado, infiriendo de esa circunstancia el propósito homicida. En ello reside el ostensible error y la relación de ese error con la estimativa jurídica formulada.

El *quinto error* es propuesto a través de un falso juicio de existencia, al negársele al acusado el reconocimiento del estado de ira justo, pues el fallo afirma que el hecho de subirse el menor al techo de las viviendas no constituía ofensa a un interés jurídicamente tutelado; sino tan sólo motivo para "la reacción del condenado, ya que por todos los medios trató de impedir que el menor realizara esa acción"; después de transcribir apartes de lo manifestado por Margarita María Jiménez compañera del acusado, el casacionista remata su apreciación aseverando:

> "El error de hecho manifiesto, al ignorar el sentenciador la prueba precitada, falso juicio de existencia lo llevó a denegar el estado de ira justo, considerando que ninguna ofensa había recibido el acusado. Ello en verdad no es cierto: el procesado había sido ofendido en forma grave e injusta de diversas maneras: había sido injuriado cuando se le trató de 'viejo malparido'. Se le ofendió cuando se utilizaron dependencias de su residencia, como la ventana, para iniciar el ascenso al techo, y se le ofendió aún más, cuando el menor empezó a desplazarse por el tejado de un lugar a otro, buscando el balón. Ese comportamiento, que fue grave e injusto generó el estado de ira y por consiguiente la reacción del procesado, bajo ese estado emocional. La falta de evaluación de las pruebas mencionadas, llevó al sentenciador a dejar de aplicar el artículo 60 del estatuto punitivo".

Con tales apreciaciones, solicita se case parcialmente la sentencia para que se reconozca en favor de su cliente la atenuante de la ira y la figura del homicidio preterintencional.

Concepto del Ministerio Público:

Considera el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que el escrito de demanda acusa graves fallas técnicas que lo convierten en un simple alegato de instancia imposibilitando su prosperidad, pues en parte alguna se demuestran los eventuales errores cometidos, ni: "la trascendencia de las equivocaciones o las inexistentes valoraciones de ciertas probanzas en el texto del fallo, y en las demás ocasiones no se expresa cuál debería ser el contenido de la decisión que fuera acorde con las críticas esbozadas".

Al *primer reparo* señala la delegada que el juzgador en ningún momento llegó a distorsionar los testimonios de Arley Alvarez, Alexander Benítez o Noé Puerta García, y para corroborar su apreciación, transcribe apartes del fallo del *ad quem*, agregando que:

> "el censor desconoce de un lado la verdad procesal, y de otro los restantes elementos que condujeron al sentenciador a dar como cierto el hecho según el cual el procesado actuó con dolo. A esto bastaría anotar cómo lo que transcribe de la sentencia es un punto que estuvo precedido justamente por otros elementos diversos a los testimonios recordados y que observó el juzgador para abordar en su decisión —testimonio de Consuelo Martínez, necropsia, inspección—".

Al *segundo yerro* la delegada replica que el censor dejó de demostrar la supuesta omisión de las circunstancias plasmadas en la ampliación de indagatoria y en la audiencia, y cuál su trascendencia en el fallo, limitándose a exponer particulares apreciaciones para con el apoyo en la opinión de algunos teóricos en el campo de la criminalística, pretender encuadrar la conducta del implicado en la figura del homicidio preterintencional, lo cual no es de recibo, por cuanto el fallador con relación a la culpabilidad hizo el análisis sobre el móvil de la acción, por ejemplo: desvirtuando con base en otras pruebas la tesis que se propuso como exculpativa.

Afianzado el *tercer error* por el actor en el dictamen del perito no tenido en cuenta por el sentenciador, y que en su sentir permitía demostrar la incómoda posición en que se encontraba el acusado en el momento del disparo, el Ministerio Público responde que el libelista no tuvo en cuenta que los fallos tanto de primera como de segunda instancia se integran, y que el *a quo* justamente a folio 300 hizo expresa referencia a la experticia y que a su vez el *ad quem* "evaluó múltiples circunstancias y medios de prueba que indicaban que, pese a la incómoda posición del victimario, se puede descubrir en él su intención de matar al menor, empezando por la búsqueda del lugar adecuado para percutir el arma homicida (...el disparo, *si* era esa la finalidad, pudo hacerse desde el patio y al aire", dice la sentencia); continuando con el acomodamiento del procesado en el sitio escogido

("...no habría buscado 'acomodarse' entre la rejilla para buscar un blanco"); con la afirmación de que el acusado por la corta distancia que separaba a cada uno de los protagonistas del hecho, por lo fácilmente percibible de la camiseta del occiso, para finalizar con el examen del sitio en donde hizo impacto el proyectil y el carácter letal del arma utilizada.

Cuarto yerro. En ésta censura el casacionista asevera que el sentenciador se equivocó al señalar el sitio donde murió el menor, lo cual en criterio del procurador no se ajusta a la realidad, porque en la cuestionada acta no llegó a signarse la posición del infante al momento de recibir el impacto; de otra parte, —añade—, al contrario de lo expuesto por el censor no existe duda respecto al lugar en el cual cayó el joven sobre el tejado y a unos pocos metros del sitio donde se encontraba el homicida, tampoco respecto a la posición que tenía en el momento de recibir el impacto, de pies, lo cual se colige de lo descrito por el Tribunal en el fallo cuyos pertinentes apartes fueron transcritos.

Quinto error. La censura se fundamenta en que algunos testimonios no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, y que ellos incidían en la estructura del estado de ira en que se encontraba el agresor. Para la representación del Ministerio Público el ataque no tiene aquí incidencia alguna para variar la suerte de la demanda, puesto que los testimonios de Margarita María Jiménez y Alexander Benítez fueron debidamente apreciados por los juzgadores, vertiendo en el fallo la valoración respectiva; además, otros (diversos) medios demostrativos le sirvieron a los falladores para descartar las hipótesis de la diminuente alegada y frente a los cuales ninguna objeción formuló el censor, pruebas que al mantenerse sin ninguna tacha por sí mismas sirven para preservar incólume la decisión la cual goza de la presunción de acierto y de legalidad. La delegada termina su análisis destacando que el libelista desatinó:

> "en la precisión que reclama el desarrollo de los yerros avisados, pues algo es que la prueba no sea tenida en cuenta (hipótesis descartada por la lectura del fallo), otra que se tergiverse su contenido (circunstancia sin demostración por el demandante) y otra bien distante, que las deducciones de los sentenciadores no coincidan con las del defensor, suceso este hasta cierto tope entendible, que siendo la columna vertebral del debate en instancias, no configura error ni sostén posible para demandar en sede de casación".

Con tales premisas se permite sugerirle a la Sala no casar la sentencia tema de impugnación.

Alegatos de los no recurrentes:

En el término de traslado, la representación de la parte civil en su escrito hace un recuento de lo acontecido, recordando, que el estado

de ánimo del acusado se alteró por el hecho de no haber acatado los menores la advertencia mediante airadas amenazas que les hiciera si persistían en su empeño de subirse al techo en busca del balón, las cuales fueron escuchadas por el testigo Arley Alvarez Monsalve; agrega que no es cierto que la pretensión del acusado fuera la de asustar a los pequeños, por que si así hubiera sido el disparo lo había hecho al aire, sin tomarse el trabajo de subirse a una alberca y sacar su humanidad por la rejilla que le abriera su compañera permanente hasta divisar el blanco, el cual se encontraba enfrente suyo, de pies, momento en el que percutió el arma homicida.

La representante de la parte civil, critica el comportamiento del implicado por haberle solicitado a su compañera Margarita María que escondiera el arma homicida; imputándole luego la autoría del hecho —aunque posteriormente rectificó su versión— y finalmente; que de otra parte, hubiera enajenado sus bienes con el fin de burlar a los sucesores de la víctima. En su sentir, los hechos puestos de presente no son propios de aquel que pretendió esgrimir en su favor el haber actuado en una situación de ira e intenso dolor, como tampoco porque el ofendido se encontrara sobre el techo de una vivienda diferente a la del acusado, pueda constituir la vulneración de un derecho o un injusto comportamiento; añade, que las amenazas proferidas por el acusado sobre la forma como actuaría constituyen antecedentes de una intención homicida que descalifican la alegada preterintención.

Concluye señalando, que la demanda en su conjunto es contradictoria cuando de una parte sostiene la ausencia de dolo por faltar los motivos para producirle la muerte al joven, y al mismo tiempo asegurar que se actuó dentro de los parámetros del artículo 60 del Código Penal —en estado de ira e intenso dolor por injusta y grave provocación—, por lo cual le solicita a la Corte rechazar tanto la causal invocada como la demanda de casación.

Consideraciones de la Corte:

El falso juicio de identidad que el actor invoca en los errores primero y cuarto de la demanda se presenta cuando el juzgador distorsiona o tergiversa objetivamente el significado de la prueba, haciéndole producir efectos demostrativos contrarios a su propia esencia, o lo que es lo mismo, cuando la verdad se muta para hacerle decir a un medio algo que no encierra dentro de su contenido. El falso juicio de existencia —errores segundo, tercero y quinto—, tiene a su vez cabida en aquellos eventos en que los falladores suponen o consideran como prueba un medio inexistente dentro del plenario, o cuando omiten la consideración de pruebas debida y oportunamente allegadas y relevantes para el sentido de la decisión.

Ahora bien, para que la censura con invocación de los errores antes citados pueda ser estudiada de fondo por parte de la Corte, resulta

indispensable que la equivocación se demuestre de manera manifiesta, precisa, contundente, sin que las simples apreciaciones personales o la sola disparidad de criterios entre el casacionista y el juzgador sirvan como fundamento del ataque. Tendrá además que desquiciar la prueba toda sobre la cual reposa el fallo sus premisas, para entrar luego a demostrar la incidencia que el propuesto error tuvo en el fallo, acreditando de qué manera otra distinta hubiese sido la decisión final adoptada de no haberse incurrido en el defecto, so riesgo de que el esfuerzo del casacionista quede trunco. Y han de precisarse las normas sustanciales que resultaron violadas, indicando si la violación se dio por la falta de aplicación, o por aplicación indebida, exigencias que, según lo pone de presente la Procuraduría y en efecto pasa a corroborarse, resultaron desatendidas por el casacionista.

El *primer error* para el demandante aparece como consecuencia de un falso juicio de identidad, dado que mientras los testigos Arley Alvarez, Alexander Benítez y Noé Puerta afirmaron haber oído del acusado la advertencia de que le pegaría "un tiro" a quien subiese al techo de su residencia, el juzgador confundió la expresión como si Tobón hubiese advertido que si alguien subía a su tejado lo iba a "matar".

De esta sugerida tergiversación infiere el casacionista que mientras la expresión del acusado resultaba genérica en la advertencia de disparar, la sentencia le atribuyó un ánimo de matar, y como consecuencia concluyó en la presencia de una intención homicida cuando la exhibida había sido simplemente la de disparar.

Sin que el censor se ocupe en este evento de analizar los elementos del delito preterintencional, ni de sopesar y desvirtuar todos aquellos aspectos sobre los cuales fundó el fallador sus conclusiones, y particularmente lo atinente con la intención homicida dentro de la cual cobraba importancia la amenaza de utilizar un arma de fuego para impedir la aproximación a la cubierta de su casa, la acusación se restringe a una sola afirmación y a la reproducción de aquel aparte del fallo en que se inadmite la sola voluntad de asustar a la víctima.

En una revisión completa de las razones que sobre el particular consignaron primero el juzgado y luego el Tribunal sobre este aspecto, fácil se encuentra que el propósito homicida o "*ánimus necandi*" no se dedujo de las solas expresiones verbales del heridor sino de todo aquel conjunto de circunstancias que rodearon su conducta, y en particular de las amenazas anteriores "coetáneas y posteriores; el arma utilizada; idónea para causar el resultado muerte; la región anatómica vulnerada..." aspectos que debieron considerarse y desvirtuarse parejamente con el planteado, como viene de exigirse, pues aún dando por demostrado el error sobre una prueba, de persistir fundamento suficiente en otros medios para apoyar la decisión controvertida, quedaría en ellos soportada.

Pero sucede que ni siquiera por vía de discusión podría admitirse que el juzgador distorsionó lo dicho por los declarantes sino que dentro de un sano criterio le dio con el conjunto de los otros medios la interpretación que le correspondía, pues si se leen con detenimiento los razonamientos expuestos en las hojas 6 y 7 de la sentencia de segunda instancia (fls. 332 y 333 del cuaderno principal), sin dificultad se muestra que el Tribunal reprodujo el término textual utilizado por los testigos Benítez González, Alvarez Monsalve y Ríos Pareja al reconocer que todos refirieron a la amenaza que hacía Tobón para quien escalara al tejado de su vivienda, porque de hacerlo recibiría "un tiro" o "un disparo", expresión que válidamente interpretaron los juzgadores cotejándola con la conducta subsiguiente del acusado al empuñar el arma, asomarse al tejado por la abertura de una reja y disparar directa y certeramente contra el ofendido, de manera que ninguna distorsión, amañamiento ni alteración de las expresiones cabales referenciadas por los declarantes aparece ni se prueba dentro de los fallos de instancia.

No se dio el error anunciado.

En el *segundo error*, muy a pesar de anunciarse su ocurrencia al omitir el fallo todo análisis de la versión del procesado, apuntando como se ha dicho a un falso juicio de existencia, el desarrollo que del cargo se intenta abandona el enunciado para adentrarse en los terrenos de la credibilidad que merecía la excusa, pues apartándose de las conclusiones de la sentencia, el casacionista cree que el procesado reunía condiciones bastantes para controvertir las evidencias recaudadas en su contra.

Este desvío que acusa la demanda incide por dos claras razones para su desestimación: la una, porque ocupándose de apoyar la atendibilidad del dicho de su protegido, termina el propio actor abandonando la demostración del cargo en la forma que tenía enunciada y que, conforme se verá, ningún asidero hallaba en el legajo. La otra, porque al sumirse en alegaciones propias de un error de derecho por falso juicio de convicción que no se tenía propuesto, equivocadamente confunde en su naturaleza y fines el recurso extraordinario interpuesto con las superadas alegaciones de instancia, pues obligado en casación el impugnante a demostrar en este último evento que a las pruebas se les desconoció el valor preestablecido por la ley, que se les dio uno que no correspondía, o manifiestamente se desconocieron los parámetros rectores de una sana crítica, olvida que en el derecho procesal penal colombiano no existe un sistema tarifado de valoración probatoria. Todo cuanto se aduce es que el juzgador no estimó ni la edad del acusado, ni la incomodidad para el disparo, ni la inexperiencia en el manejo de las armas o los efectos de desvío por la deflagración de la carga, factores incidentes en la credibilidad o prevalencia de la excusa, mas no determinantes del error propuesto.

Y sostiene la Sala que el anunciado falso juicio de existencia no se prueba, porque sumada a la desatención del compromiso que vinculaba al impugnante frente al cargo que enunciaba, contrastan las consideraciones de los juzgadores que a espacio analizaron las explicaciones de Alberto Tobón en su injurada, sólo que para desestimar su credibilidad, siendo varias y serias las probanzas que se opusieron a la excusa.

Así se observa por ejemplo en los análisis contenidos en la hoja nueve del fallo de segunda instancia cuando la Sala de decisión resalta que la alegada causalidad no era de recibo cuando el disparo, lejos de hacerse para alertar o disuadir se dirigió directamente a zonas vitales de la víctima por quien se había acomodado para acertar al blanco, o cuando en la hoja 11 se recuerda del dictamen del perito que el no uso de lentes por el acusado para nada incidía en la observación del ofendido, tampoco su edad, circunstancias que sumadas a las anteriores llevaban a colegir que "...el justiciable mintió en cuanto a sus manifestaciones en el sentido de no haber visto a la víctima, e incluso inicialmente negó ser el autor del disparo, cuando todo era palmario en demostrar lo contrario, no tuvo otra alternativa que aceptarlo de manera amañada, como ya se vio, después de que su compañera permanente, sin buen éxito y sólo por favorecerlo se atribuyó la autoría de la percusión".

Sí tuvo, pues, en cuenta el juzgador la versión exculpativa, para razonadamente desvirtuarla, y ello notoriamente conduce a comprobar que el error alegado en este caso no se prueba.

El planteamiento del *tercer error* radica en que la experticia no fue tenida en cuenta por los falladores, cuando de haberlo sido hubiera demostrado que la incómoda posición asumida por el acusado al momento de efectuar el disparo desvirtuaba el dolo homicida, llevando al consecuente reconocimiento de la preterintención.

Compartiendo en este caso la Sala la respuesta suministrada por la delegada en su concepto, réstale apenas destacar lo equivocado de la alegación, que fácilmente se rebate con la simple remisión al contenido del dictamen que se alude y obra al folio 184, pues si allí concluía el perito que "resulta incómoda la posición de la persona de estatura normal, para efectuar el disparo desde el muro que separa los dos patios", incomodidad que se explica porque el lavadero o depósito de agua donde se irguió el acusado no estaba a plomo con la rejilla por donde se asomó para disparar, lo que exigía una "inclinación del cuerpo de quien vaya a disparar", mal podía confundirse esa incomodidad con una imposibilidad o un resultado accidental según especulativamente se insinúa, porque al contrario de lo pretendido y teniendo como complemento las demás pruebas allegadas y en particular las secuencias fotográficas tomadas en la diligencia de inspección judicial que reposan a folios 138 a 141, fácilmente se constata la movilidad con que contaba quien se asomara de la manera como

lo indica la fotografía 14, por la rejilla abierta en el techo sobre el lavadero, postura compatible con la facilidad de ejecutar movimientos a voluntad.

De estas apreciaciones no fue ajena la sentencia de primera instancia, integrada por su confirmación con la de segundo grado que ahora se acusa, al advertir (fl. 300) que pese a la incomodidad para el disparo, el victimario no veía imposibilitada ni interferida esa acción, ni la visibilidad hacia el ofendido.

Tampoco en este caso se demuestra el error que se tenía enunciado.

El *cuarto error* lo centra el recurrente en un falso juicio de identidad, pues si el acta de levantamiento del cadáver no señalaba cuál había sido la localización y posición del cuerpo del ofendido al recibo del disparo, mal hizo la sentencia en darlo por acreditado, pues con ello deformaba el contenido del acta respectiva al pretender que se disparó contra un blanco claro y predeterminado.

Si se coteja la afirmación del inconforme con el contenido del proceso, una vez más se llega a descubrir que las apreciaciones de los falladores no tuvieron la secuencia que el censor propone, pues sin tratar de hacer decir a una prueba lo que ésta no contiene, cuanto realizaron los juzgadores fue un análisis conjunto de las pruebas en procura de la reconstrucción esencial de lo ocurrido.

Es cierto que en el análisis contenido a partir del folio 336 del expediente y al referirse a la posición de victimario y víctima al momento del disparo, el Tribunal comenzó aludiendo la diligencia de levantamiento para sostener que sí se había determinado "el sitio exacto donde se encontraba la víctima al instante de recibir el disparo". Mas, si continúa la lectura de la sentencia en los renglones que subsiguen, se encontrará que aquella conclusión no se fundó en el solo texto de aquella inspección, sino que a su lado tuvo en cuenta los resultados de la necropsia, la indiscutible ubicación de la víctima sobre el tejado de las casas donde había hecho trayectoria el balón, la clase de vestuario que utilizaba el ofendido y las condiciones de visibilidad del acusado, aspectos que pausadamente armoniza en los términos que siguen:

> "De haber estado agachado —dice el Tribunal refiriéndose al joven Ceballos— la dirección seguida por el proyectil había sido otra; pero es que mírese cómo, según ésta los dos protagonistas del lamentable suceso estaban casi que de frente, sin que Walter Huber estuviera viendo a su agresor. Ahora, ya se dijo que era perfectamente visible porque una camiseta color amarilla es llamativa en un lugar como aquel en el que tuvieron desenlace los acontecerés. Precisamente la pericia de oftalmología disipó cualquier duda en torno del asunto; la misma es del siguiente tenor: 'a) El hecho de no utilizar los lentes en las condiciones descritas no es impedi-

> mento para observar a dicha persona ...b) Los lentes están básicamente destinados para actividades de visión cercana a 33 centímetros de distancia ...c) La falta de lentes no incidió en la observación de la persona... d) La edad del acusado a la fecha (17 de agosto de 1991) no requirió el uso de lentes permanentes y menos para una locomoción adecuada...' ...dictamen que no fue objetado por los sujetos procesales, sometido al trámite de ley".

Y el anterior análisis apenas si complementaba el contenido en la providencia de primera instancia, donde se utilizó inclusive el dicho del procesado para la comprensión crítica de los hechos y su acreditado resultado. Así se lee en aquella providencia (fl. 300 del cuaderno principal), cuando aludiendo a las explicaciones de Tobón expresa que ellas mismas fueron las que dieron pie:

> "...para inferir, que la bala no encontró ningún obstáculo, al decir que '...yo no tiré a darle al caballete, tiré a dar que pasara por la parte alta del caballete, porque eso es muy peligroso' (fl. 161). Precisamente, cerca de ese 'caballete', fue encontrado el cadáver de Walter a 1.27 metros (1 v.), o sea en propiedad de los esposos Arteaga-García. Todo indica que, cuando la víctima recibió el disparo, estaba muy cerca de su agresor, máxime si tenemos en cuenta que su cadáver fue hayado (sic) a 6.40 metros de la reja del inmueble del procesado, desde la cual se produjo la detonación. O sea que, con anteojos o sin ellos, Tobón Vélez pudo haber visto al finado, teniéndose como fundamento la experticia oftalmológica de folios 262 y 263 del cuaderno original... Si no vio a nadie —continúa el juzgado más adelante—, qué objeto tenía el disparar?, si el menor Ceballos fue impactado en la región frontal de su cráneo, cómo explica el inculpado que no haya visto a éste o que haya estado escondido, cuando en una de sus injuradas expuso que abrió la rejilla, introdujo la cabeza y 'yo me asomé a ver quién venía por ahí'?..."

Las razones dadas en las dos instancias comprendían, entonces mucho más que la sola diligencia de levantamiento del cadáver, sin que a ellas se hubiese referido el casacionista, limitado a sostener que el acta de esa inspección fue distorsionada, afirmación que tampoco acredita, pues como queda visto, los juzgadores apenas tomaron los datos útiles de esa apreciación directa del funcionario en procura de una explicación que armonizara con los datos del protocolo de necropsia y las versiones dadas por el acusado, ingredientes diversos que condujeron a la conclusión contenida en el fallo y que por los motivos vistos, no alcanzó a desquiciar el impugnante.

El *quinto yerro* que para concluir plantea la demanda se encamina a demostrar que al acusado no se le reconoció el estado de ira en el

cual le colocó el menor Walter Huber Ceballos al escalar el tejado de su vivienda ecimándole expresiones ofensivas, situación corroborada por la compañera del acusado Margarita María Jiménez y el testigo Alexander Benítez, pero desestimada de manera gratuita en la sentencia por "falta de evaluación de las pruebas mencionadas".

Tampoco en este caso los presupuestos de los cuales parte el libelista se presentan, pues para el juzgado ni para el Tribunal pasaron inadvertidas aquellas versiones, ni las afirmaciones en ellas contenidas sobre el cruce de descalificaciones verbales, tampoco sobre la conducta de los menores y su relevancia frente al artículo 60 del Código Penal.

Es así como en las providencias se destaca desde la narración misma de los hechos y luego a lo largo del análisis demostrativo, que el homicidio del menor Ceballos Arroyave sucedió cuando éste había escalado los techos de varias casas con el propósito de rescatar un balón que allí había caído y les tenía paralizado su juego. También se reconoció que por la proximidad de la residencia del acusado con el campo de juegos, esa conducta era repetida, y que la misma había suscitado ya las amenazas del señor Tobón en contra de los menores, y de manera inmediata el intercambio de términos ofensivos.

Sin embargo, y sin que bastase para la aplicación del artículo 60 del Código Penal la sola presencia de la alteración emotiva por parte del sujeto agente, fue el análisis de las otras exigencias normativas (gravedad de la ofensa, injusticia de la provocación y equivalencia de bienes) el que dio lugar a la inaplicación del precepto para el caso analizado, como bien se comprende cuando el juzgado afirma que "antes de producirse el disparo contra Walter, el acusado ya tenía conocimiento de que algunos jóvenes traviesos escalaban la fachada de su casa. Por eso les profirió amenazas...", y que "Además, según injurada de Margarita Jiménez, uno de los muchachos que fue recriminado por Alberto Tobón, insultó a éste (48 v.), situación ésta que lo pudo haber tornado colérico, asumiendo ese riesgo homicida...". Sin embargo, cuando de la aplicación de la aminorante se ocupa, afirma que "No se reúnen los requisitos para reconocer la atenuante punitiva consagrada en el artículo 60 del Código Penal, porque la conducta del procesado no la asumió por comportamiento grave e injusto de la víctima, quien solamente se disponía a buscar un balón en el entejado..."

La misma postura asumiría el Tribunal, tras el siguiente análisis de circunstancias:

> "Cuando el menor John Alexander Benítez González (fls. 22 vto. a 24 fte.), en unión de otro menor que no fue posible identificar procesalmente, trató de recoger el balón de los techos, fue recriminado, inicialmente, por la fémina Margarita María Jiménez Mejía (compañera permanente del procesado); a esta, e instantes después, se le unió el varón Alberto Tobón

> Vélez, quien inició un intercambio de palabras con el primero, las que culminaron con toda clase de epítetos de lado y lado, y con la amenaza futura para quien repitiera la acción de subirse al cielo raso, de recibir un tiro..."

> "...Por eso, cuando nuevamente se escucharon pasos en el cobertizo y advertido de ello por la dama, tomó la pistola..."

Pero tampoco se limitó el *ad quem* a señalar el hecho, sino que asumió también la consecuencia surgida en el ánimo del acusado, pues renglones adelante añade:

> "Con el ánimo alterado por no haberse acatado su advertencia, el imputado tomó la pistola y con conciencia de sus actos subió hasta el lavadero, ya abierta la rejilla se introdujo por ella, cual se anotara..."

Mucho menos dejó de valorarse el hecho y su prueba frente a la consecuencia jurídico penal surgida de la disminuente consagrada en la normativa penal, porque de modo expreso la segunda instancia resaltó que la determinación del acusado a disparar contra el muchacho que le desobedeciera no estaba movida "porque se estuviera ofendiendo alguno de los intereses jurídicamente tutelados por la ley. Por esta última circunstancia, es por lo que no tiene aplicación el estado de ira alegada a último momento por el profesional del derecho (no hubo acto injusto y grave en su contra), pues como se sabe, Walther Huber resultó muerto en el tejado contiguo a más de seis metros del suyo". En consecuencia concluyó en que la sentencia del *a quo* había acertado al tasar la pena y en concreto al "desconocer cualquiera de las causales de desvigorización punitiva previstas en los artículos 60 del Código Penal ('Ira e intenso dolor')..."

Lo transcrito deja en evidencia la irrealidad del falso juicio de existencia que en este caso adujo la demanda, porque ni en los fallos se desconocieron en su materialidad o contenido las versiones por las cuales reclama el demandante, tampoco se menospreciaron los varios hechos que encendieron la cólera del procesado, ni se dejó de lado su estado emocional, siendo suficientemente analizado que si la disminuente no se admitía, era en razón a la liviandad de los motivos generantes de la explosión anímica, cuando el artículo 60 los exigía graves, a la no injusticia del comportamiento de los muchachos respecto de los bienes en concreto de Tobón, y en cuanto a las injurias de palabra a la reciprocidad instantánea del acto.

Si en estas condiciones la inconformidad radica respecto del alcance que los juzgadores dieron al precepto sustancial, considerando que el intercambio de epítetos ofensivos con unos menores, ni el escalamiento de éstos a unas casas —incluida la del acusado— para los fines lúdicos ya vistos constituían motivo de tal injusticia y gravedad como

para suscitar el amparo del estado emocional del agresor bajo los beneficios demandados, la vía adecuada para la acusación debió ser la de la violación directa de la ley y no la indirecta. No recurrió expresamente el censor a ésta eventualidad para su ataque, y mal podría la Sala entrar a reorientarlo, restringida por el principio de limitación a analizar y responder con exclusividad los cargos que de manera clara, precisa y oportuna formalice el libelo.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

Por las razones que preceden, 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 del acusado Alberto Tobón Vélez.

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

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

FUERO / CONGRESO

La Carta Política en su artículo 185 creó como expresión del mismo derecho político, una jurisdicción especialísima para el juzgamiento de los congresales, en tratándose de las "opiniones y votos que emitan en el ejercicio del cargo". Será, pues, la respectiva Cámara a la que pertenezca el parlamentario el órgano competente para este tipo de juzgamiento, el que se realizará conforme el correspondiente reglamento disciplinario.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 023, marzo 3 de 1994.

Harold Bedoya Pizarro, mayor del Ejército Nacional y Comandante de la Segunda División, se querella el primero de julio de mil novecientos noventa y tres, ante el Fiscal General de la Nación, contra el señor Carlos A. Lozano Guillén, por una publicación en el semanario "VOZ", que estima calumniosa. Posteriormente, el 25 de octubre del mismo año, también se querella contra el congresista *Manuel Cepeda Vargas* y, al respecto, anota:

"En mi condición de Comandante de la Segunda División del Ejército Nacional, con fundamento en el artículo 30 del C. de P. Penal, en concordancia con el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, pido a su señoría investigar u ordenar a quien corresponda hacerlo, al señor Manuel Cepeda, quien en la página 3 de 'El Colombiano', edición del 8 de octubre de 1993, se reproducen unas infames y mentirosas imputaciones lanzadas por el citado personaje contra mi honra y buen nombre, pido me sean protegidos al tenor de lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 2º de la Carta Política, los artículos 15 y 21 *ibidem*, los artículos 1º, 11, 13.2 y 14.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos o 'Pacto de San José de Costa Rica', y artículos 313 y siguientes del Código Penal. En efecto, la publicación mencionada, que ostenta como título *'en el Congreso plantean división entre los poderes civil y militar'*, en la tercera columna, se afirma que mi querellado, públicamente, dijo:

"'Según Cepeda «hay una cúpula militar que escapa al control del Ministerio de Defensa» y por ello no basta con sostener que el responsable pudo haber sido un teniente. Calificó al Comandante de las Fuerzas Militares general Ramón Emilio Gil Bermúdez y al general Hárold Bedoya Pizarro como «los señores de la guerra» que se oponen al curso de las negociaciones y se destacan *«por su anticomunismo profesional y su vinculación con grupos paramilitares»*'.

"No es la primera vez, señor Fiscal General, que por su digno conducto, pido a la justicia investigar delitos contra mi integridad moral. El 1º de junio del año en curso (1993) envié a su despacho una querella contra el señor Carlos A. Lozano Guillén, cuya fotocopia acompaño, por haber publicado en el semanario 'VOZ' correspondiente a la edición 1737, semana del 29 de abril al 5 de mayo de 1993, en la página 5, parte inferior, un artículo titulado *'la justicia sin rostro'*, en el que afirma:

"'*Es evidente que en este proceso, el general Hárold Bedoya Pizarro, señalado por habitantes de la región de ser el promotor de grupos paramilitares, hizo de «juez instructor» para amparar compinches y llevar a la cárcel a quienes con valor lo denunciaron*'.

"De semejante monstruosidad denunciada por el suscrito, hasta la fecha, no ha merecido una sola actuación de funcionario judicial alguno. Quiero hacer notar al señor Fiscal General de la Nación que ese señalamiento público, mentiroso desde luego, que me hacen tanto el señor Manuel Cepeda como Carlos A. Lozano Guillén como *'promotor o vinculado a grupos paramilitares'*, no es más que una invitación a los bandoleros de la subversión para que me asesinen. Por ende, si algo llegase a suceder, señor Fiscal General, se puede atribuir a señalamientos como los anotados".

2. La Dirección Nacional de Fiscalías remitió este segundo escrito (aunque también anexa el primero) a la Corte, por competencia. Y, en esta sede, se ordenó, primeramente, que se acreditara la condición de parlamentario actual del señor Manuel Cepeda Vargas. Y se demostró entonces que, efectivamente, éste fue elegido representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Santafé de Bogotá, para el período constitucional de 1991-1994, habiendo tomado posesión de este cargo el primero (1º) de diciembre de 1991.

Y es este momento oportuno para que la Corporación se pronuncie sobre la conducencia o no de apertura de investigación penal, por los señalados hechos, o si lo pertinente, por imperio legal, es la remisión del asunto a otra autoridad.

Previamente, conviene referir que, según lo relatado por el diario al que alude el querellante, donde se publicó la noticia sobre los acontecimientos de los que desprende el atentado contra su "honra y buen nombre", el debate respectivo fue promovido por un *grupo parlamentario multipartidista* y al mismo concurrieron, entre otros, los minis-

tros de Gobierno, Fabio Villegas y de Defensa, Rafael Pardo, así como el Consejero Presidencial para la Paz (E), Ricardo Santamaría. La sesión fue convocada oficialmente para "ahondar en los hechos que rodearon la muerte de Enrique Buendía y Ricardo González, negociadores de la Corriente de Renovación Socialista, CRS", y estuvo caracterizada "por intervenciones en las que se señaló que los altos mandos militares no acataban del todo las disposiciones del poder civil. Gustavo Petro, *AD M-19*, señaló que existía una contradicción entre la versión de los hechos del consejero Santamaría y los testimonios recogidos entre los pobladores de Blanquiceth, corregimiento donde hace más de 15 días se produjo la muerte de los negociadores. Todo da a entender que González y Buendía creían estar en una zona de distensión, lo que podría llevar a pensar que el esquema de Santamaría fue irresponsable, sostuvo el representante. Estamos ante un crimen de Estado, dijo, de cuyo esclarecimiento dependerá la credibilidad de este proceso y los que en el futuro puedan sobrevenir".

El congresal conservador Rafael Serrano Prada, "afirmó que los hechos demostraban que había una actitud de desconocimiento de algunos sectores de las Fuerzas Militares a las órdenes civiles. 'Esta clase de crímenes no pueden quedar impunes', aseveró el parlamentario".

El representante liberal antioqueño, Arlen Uribe, entre otras cosas, señaló que "la explicación a esas muertes no podía ser la de que los insurgentes no estaban en una zona de distensión, cuando el mismo Gobierno los había trasladado en un helicóptero".

"...Una de las tesis más candentes fue la expuesta por la representante Gloria Quiceno, *AD M-19*, quien sostuvo que el Ejército no había podido cambiar de mentalidad en momentos en los que se habla del nuevo país. Se necesita un ejército con ética y responsabilidad porque cuando un guerrero sin importar el bando al que pertenezca obra sin ética y sin moral, estamos hablando de un asesino, conceptuó". Vienen, entonces, las palabras del parlamentario Manuel Cepeda Vargas, a las que ya se hizo concreta referencia.

3. Quiere la Corte subrayar de las diversas intervenciones de los citados parlamentarios, las siguientes expresiones: *El esquema de Santamaría fue irresponsable; estamos ante un crimen de Estado; hay una actitud de desconocimiento de algunos sectores de las Fuerzas Militares a las órdenes civiles; se necesita un ejército con ética y responsabilidad porque cuando un guerrero sin importar el bando al que pertenezca obra sin ética y sin moral, estamos hablando de un asesino. Los generales Gil Bermúdez y Bedoya Pizarro son los señores de la guerra, se oponen al curso de las negociaciones y se destacan por su anticomunismo profesional y su vinculación con grupos paramilitares.* Pues bien, todas ellas son aseveraciones de una gravedad extraordinaria, pero sin dejar de serlo, no puede desconocerse que cada una de ellas es también, meramente, el concepto particular del parlamentario que las expresó en el recinto mismo del Congreso y en sesión oficial

y que, por mandato constitucional "los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo" (art. 185).

Se trata, pues, de que, con la indicada norma, la Carta Política creó, como expresión del mismo derecho político, una jurisdicción especialísima para el juzgamiento de los congresales, en tratándose de las "opiniones y votos que emitan en el ejercicio del cargo". Será, pues, la respectiva Cámara a la que pertenezca el parlamentario el órgano competente para este tipo de juzgamiento, el que se realizará conforme el correspondiente reglamento disciplinario.

Disponía la anterior Constitución Política en su artículo 106: "Los senadores y representantes son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo. En el uso de la palabra sólo serán responsables ante la Cámara a que pertenezcan; podrán ser llamados al orden por el que presida la sesión y penados conforme al reglamento por las faltas que cometan". Pues bien, esta norma, en el fondo, es la misma disposición que la Asamblea Nacional Constituyente plasmó en el artículo 185 de la actual Carta Magna. Y cree la Corte que pese a estarse frente a una nueva Constitución, lo que en su oportunidad ella señaló refiriéndose al indicado artículo 106, conserva cabal vigencia, en orden a la dilucidación de un evento como el *sub examine*.

Así, pues, señaló esta Corporación, el 6 de septiembre de 1988, siendo magistrado ponente el doctor Rodolfo Mantilla Jácome:

"...Debe entenderse (el art. 106 de la Constitución Nacional), dentro del marco del estado de derecho, como un desarrollo del principio de la autonomía y del equilibrio de las Ramas del Poder Público y constituye valioso instrumento en la definición de la democracia siendo en nuestros días uno de los más importantes derechos de la oposición y de las minorías políticas en el Congreso de la República.

"2. La actividad política democrática, que en términos generales se concibe en torno al poder, como posibilidad de dirigir el Estado bajo determinadas concepciones ideológicas o programáticas, o ser alternativa cierta para acceder a esa dirección, exige la presencia de mecanismos que a manera de balanzas, controlen y regulen el ejercicio del poder para que no se torne absoluto y arbitrario en unos casos o caótico en otros.

"3. En este orden de ideas es que se concibe la actividad parlamentaria como expresión de las luchas políticas; allí tienen su escenario natural los diferentes grupos políticos, los que apoyan un gobierno determinado y los que lo combaten y controlan; dentro de esa concepción se entiende entre otras cosas la atribución que tienen las Cámaras de citar a los miembros del Gobierno para que expliquen sus activi-

dades, de iniciar debates y cuestionar actuaciones en la más sana crítica purificadora.

"La vitalidad de un sistema político está íntimamente relacionada con estas prácticas democráticas que imponen el riguroso control del ejercicio del poder, la posibilidad de la denuncia oportuna de las malas prácticas y de los comportamientos viciosos. Es por ello propio de los sistemas democráticos la necesaria disponibilidad de los funcionarios para que como en una vitrina pública sean examinados por sus actuaciones permanentemente sin tapujos y sin contemplaciones.

"Es precisamente dentro de ese marco, donde se entiende el artículo 106 de la Constitución Nacional que le garantiza a los senadores y representantes el ejercicio de su actividad con libertad, sin temores al emitir sus votos y opiniones, sujetándose lógicamente al decoro y la decencia por cuya violación deberán responder ante su propia Cámara. Se trata de una prerrogativa, de un privilegio y de una facultad de los parlamentarios, en el sentido de que no serán responsables por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo y que podrán decir cosas en ocasiones urticantes y molestas, sin responsabilidad, en el cumplimiento de sus actividades.

"6. Claro está que esta prerrogativa no es absoluta, está circunscrita a las opiniones y votos de los congresistas en el ejercicio de sus cargos; se ha sostenido en este caso y es ese el punto fundamental de la controversia entre las dos jurisdicciones, por una parte, que el ejercicio del cargo de los congresistas está rigurosamente circunscrito a los debates oficiales y a las reuniones reglamentarias del Congreso, tesis que sostiene el Juzgado y la parte civil, al tiempo que la Presidencia del honorable Senado afirma su opinión de que el ejercicio del cargo va más allá de la mera actividad reglamentaria del Congreso. Para la Sala, la cuestión debe resolverse por la tesis amplia, la condición de senador o representante implica una investidura y una actividad que trasciende los muros del Congreso y las reuniones reglamentarias del mismo. El congresista en su actividad, en el ejercicio del cargo, participa en debates, reuniones políticas con miras a sus fines parlamentarios en los que no puede ni debe desprenderse de su alta investidura y sus opiniones en tales circunstancias son las de un senador o parlamentario que goza del privilegio que le otorga el artículo 106 de la Constitución Nacional.

"7. Pero el caso que hoy se resuelve es aún más claro, los hechos sucedieron en el ámbito de una clásica actividad parlamentaria, en una 'Junta Preparatoria' que en otros términos es la reunión de trabajo previa, propia de la dinámica de los partidos en su actividad parlamentaria. Allí se reunieron congresistas en función de su labor y sería necio dudar que quienes en ello participaron cumplían funciones propias de su cargo".

Así las cosas, resulta indudable en el evento *sub judice* la *incompetencia* de la Corte para el juzgamiento de la conducta del doctor Manuel Cepeda Vargas, pues como quedó visto, las expresiones suyas que en sentir del querellante lesionan su honra fueron proferidas en el cumplimiento de una clásica actividad parlamentaria, lo que hace que, se reitera, sea la Cámara de Representantes de la cual es miembro la competente para conocer de las presentes diligencias.

Este asunto, bien ha podido despacharse por la vía del simple auto de trámite; empero, quiso la Corte imprimirle el carácter de interlocutorio, para fijar de una vez no la mera opinión del magistrado sustanciador, sino el criterio general de la Sala en un asunto indudablemente de trascendencia y para reiterar unas pautas que en sentir de la Corporación continúan vigentes, con la Constitución Política imperante. También, desde luego, en la búsqueda de la realización del principio de la economía procesal, pues que es de esperarse que conocido su criterio, de presentarse nuevamente un evento como el presente el asunto se remitirá, *de una vez, por competencia*, a la Cámara a la que pertenezca el parlamentario acusado.

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

Resuelve:

REMITIR, a la mayor brevedad posible, el presente expediente, a la Cámara de Representantes, para los fines de ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / CASACION DISCRECIONAL

Al juez corresponde la valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y no coincidir sus conclusiones con las de la defensa no solamente es una situación normal dentro de la dinámica del proceso, sino que con ello no se viola ninguna garantía. / La discrecionalidad que la ley le otorga a la Sala Penal no llega hasta el extremo de que pueda dar vía libre a la tramitación del recurso extraordinario para revivir un debate probatorio ya superado, pues como ya se dijo, tratándose de la modalidad de casación excepcional sólo procede si se considera necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 23, marzo 3 de 1994.

Vistos:

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional interpuesto por la defensora del procesado *Orlando Zea Mora*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, en la cual le impuso pena de dieciséis (16) meses de prisión por el delito de abuso de confianza.

Argumentos de la recurrente:

Para fundamentar la viabilidad del recurso, la abogada defensora se apoya en los siguientes planteamientos:

1. Que no obstante existir pruebas relacionadas con los hechos debatidos en el proceso, las cuales no fueron tachadas de falsas, los jueces de instancia no las valoraron conforme a derecho.

2. Dentro del proceso no se tuvieron en cuenta las pruebas que demostraban la inocencia del acusado, de modo que se desconocieron flagrantemente y se falló subjetivamente sin tener en cuenta la objetividad procesal que daba cuenta de hechos diferentes a los creados en la mente del juzgador.

3. Se violó el derecho de defensa porque no basta que las pruebas sean aportadas al proceso, sino que es necesario que se valoren legalmente, ya que se viola ese derecho fundamental si se allegan las pruebas pero el juez las desconoce.

4. Estima que la sentencia es violatoria de normas sustanciales, debido a un error de derecho por falso juicio de convicción.

5. Cree que la Corte debe casar la sentencia en el evento de que sea admitido el recurso, porque la conducta de su representado en ningún momento se pudo encuadrar en el artículo 358 del Código Penal y por ende no se daban los presupuestos que al efecto exige el artículo 2º *ibidem*.

6. El verbo rector de la conducta imputada es apropiar, y si se tiene en cuenta que el bien mueble salió del dominio y tenencia de Zea Mora desde el 15 de septiembre de 1990 porque fue entregado al secuestre, mal puede predicarse que él se apropió del automotor.

7. Si se hubiera valorado en legal forma la prueba documental, a juicio de la recurrente su representado no estaría incurso en responsabilidad alguna, ya que ésta recaía únicamente en Guillermo Vargas Acosta, secuestre a quien se entregó el vehículo.

8. Al negársele el valor probatorio a la prueba documental, se cercenó toda posibilidad de defensa del encartado, se le invirtió la carga de la prueba y se desconoció el principio de que la buena fe se presume.

9. En el presente asunto ocurrió un error de derecho, porque el juzgador apreció la existencia objetiva de la prueba documental, pero le negó el valor que la ley le otorga, omitió darle el valor de documento auténtico. Si la hubiera apreciado en legal forma habría traído como consecuencia la cesación de procedimiento en favor del encausado, petición reiterada a través de todo el proceso.

Consideraciones de la Sala:

De la lectura del memorial en el cual se dan las razones por las que se estima procedente el recurso de casación excepcional, se desprende con absoluta claridad que la argumentación se centra en la inconformidad de la defensora respecto a la apreciación probatoria dada por los juzgadores de instancia, y más concretamente, con la valoración dada a las pruebas.

En algunos párrafos da la impresión de que se refiriera a que algunas pruebas no fueron tenidas en cuenta, lo cual daría lugar a un error de hecho, pero finalmente se entiende que la expresión "no fueron tenidas en cuenta", la utiliza en el sentido de que no tuvieron aceptación, esto es, que no se les reconoció el mérito probatorio que la impugnante les otorga.

Como el inciso 3º del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal fija como pauta para la aceptación del recurso excepcional, que la Corte lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, la recurrente plantea que al no reconocerle a algunos medios de prueba el valor que a su juicio tienen, se violó el derecho de defensa, argumentación que obviamente no tiene ningún respaldo, pues al juez corresponde la valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica , y no coincidir sus conclusiones con las de la defensa no solamente es una situación normal dentro de la dinámica del proceso, sino que con ello no se viola ninguna garantía.

Es evidente que la abogada alude al derecho de defensa como un esfuerzo para ajustar la situación a la exigencia legal, pero lo que se concluye luego de leer la motivación es que eso nada tiene que ver con su verdadera inconformidad.

La discrecionalidad que la ley le otorga a la Sala Penal no llega hasta el extremo de que pueda dar vía libre a la tramitación del recurso extraordinario para revivir un debate probatorio ya superado, pues como ya se dijo, tratándose de la modalidad de casación excepcional sólo procede si se considera necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, y ninguno de estos dos aspectos demuestra la impugnante.

Por las razones dadas se inadmitirá el recurso interpuesto.

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

Resuelve:

INADMITIR el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensora del procesado Orlando Zea Mora. Ejecutoriado este proveído se devolverán las diligencias al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO / TIPICIDAD

El inciso final del artículo 16 de la Resolución número 869 del 23 de octubre de 1992 expresa: "La mesa directiva de cada una de las Cámaras determinará qué empleados públicos continuarán al servicio del Congreso, siempre y cuando éstos no sean sujetos de indemnización o pensión y bajo ninguna circunstancia su número podrá exceder del 15 por ciento de la planta actual". Esto es que el requisito de la continuidad o permanencia en el servicio de los empleados públicos dependía de que no fueran indemnizables (retiro compensado) o pensionables.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 24, marzo 9 de 1994.

Vistos:

Decide la Sala si es o no del caso dictar auto de apertura de investigación contra los senadores de la República, doctores *José Blackburn Cortés, Alvaro Pava Camelo* y *Jaime Vargas Suárez,* en relación con los hechos denunciados por el ciudadano Raúl de J. Villegas Gutiérrez ante esta Corporación el 10 de julio de 1993, específicamente los atinentes a supuestas irregularidades en la incorporación de la Jefe de Publicaciones del Senado, señora Ana Rosa Robayo Giraldo, al Plan de Pensión de Jubilación previsto en el Decreto número 1076 del 26 de junio de 1992, reglamentario de la Ley 04 del 18 de mayo del mismo año.

Lo anterior, de acuerdo a las fotocopias que en lo pertinente fueron dispuestas por el magistrado sustanciador de esta Sala, doctor Juan Manuel Torres Fresneda, mediante auto del 27 de agosto de 1993, en las preliminares número 8628 que por aparte se adelantaban a los mismos congresistas, "hecho sucedido en el mes de octubre de 1992 que no guarda relación alguna con los anteriores", "para que por separado se resuelva lo que en derecho corresponda a esa segunda imputación" (fls. 37-38).

Antecedentes:

1. El 21 de julio de 1992, la Sesión Plenaria del Senado de la República eligió como sus dignatarios, según la publicación de la Gaceta del Congreso número 6 del martes 28 de julio de 1992, a los senadores José Blackburn Cortés (presidente), Alvaro Pava Camelo (primer vicepresidente) y Jaime Vargas Suárez (segundo vicepresidente).

2. El Gobierno nacional, en acatamiento de lo reglado en el artículo 18 de la Ley 04 del 18 de mayo de 1992, expidió el Decreto reglamentario número 1076 del 26 de junio de 1992, por medio del cual "se dictan normas sobre el retiro compensado de los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional, y se dictan otras disposiciones en materia prestacional".

3. Este estatuto autorizó en su artículo 12 a las Mesas Directivas del Congreso para que en un término no mayor de 10 días calendario, contados a partir de la fecha de publicación del mismo, determinaran, mediante resolución, el proceso correspondiente al Plan de Retiro Compensado, en dos etapas, durante la vigencia fiscal de 1992.

4. En desarrollo del citado Plan, la Mesa Directiva del Senado elaboró un formato (fl. 8) en el cual el interesado debía señalar una de las tres opciones (dos sobre pensión de jubilación y la tercera respecto del retiro compensado).

5. La Jefe de Publicaciones del Congreso, Ana Rosa Robayo Giraldo, no se acogió en esa oportunidad a ninguna de las opciones del Plan, porque, según advirtió, su deseo era el de continuar al servicio de la entidad, para lo cual aspiraba a ser nombrada por la nueva Mesa Directiva del Senado, es decir la presidida por el doctor José Blackburn Cortés, en la Planta de Personal establecida por la Ley 5ª de 1992 (fl. 9).

6. El nombramiento a que aspiraba la empleada se produjo por medio de la Resolución número 522 del 17 de julio de 1992, como Jefe de Unidad, con una asignación mensual de $ 400.000.00 a partir del 21 siguiente, cuando tomó posesión legal del cargo.

7. Sucedió que por Resolución número 869 del 23 de octubre de 1992, la citada Mesa Directiva incorporó al Plan de Pensión de Jubilación a la citada Ana Rosa Robayo Giraldo, "sin tener derecho a ello", según el denunciante, acogiéndose así la petición que sobre el particular ella había formulado el 19 anterior, advirtiendo que se encontraba vinculada conforme a la Ley 5ª de 1992, pero que ello no era óbice para acogerse a la Ley 52 de 1978 para efectos de obtener su pensión de jubilación.

Se ha agotado la investigación preliminar decretada por auto del 21 de octubre de 1993, respecto de este último hecho, y por tanto es del caso entrar a decidir.

Consideraciones de la Corte:

Con la Resolución número 869 del 23 de octubre de 1994, la Mesa Directiva del Senado de la República accedió a la petición que el 19 anterior le cursara la señora Ana Rosa Robayo Giraldo, Jefe de Unidad de Fotocopiado de la misma Corporación, en el sentido de que se le incluyera en el Plan de Retiro como pensionada, a partir del 20 del mismo mes y año.

En esta fecha efectivamente se declaró el retiro de la funcionaria y con éste "la terminación de la relación legal y reglamentaria", al haber ajustado 19 años y 9 meses de servicio en la entidad (fl. 44), "de conformidad con los plazos establecidos en la Resolución número 223 del 3 de julio de 1992, emanada de la Mesa Directiva del Senado de la República".

Esos plazos fueron los siguientes:

1. Hasta el 8 de julio de 1992 para el interesado manifestar por escrito su voluntad de retiro de la Corporación por indemnización o pensión.

2. Hasta el 13 del mismo mes para tramitar las correspondientes solicitudes, y

3. Para la materialización del Plan de Retiro, conforme a las previsiones del artículo 12 del Decreto número 1076 de 1992, las siguientes fechas:

3.1. Para la primera etapa, los días 13 a 17 de julio.

3.2. La segunda etapa se fijaría por la Mesa Directiva una vez que fuera certificada la disponibilidad presupuestal.

La inclusión de la empleada al Plan de Pensión de Jubilación se apoyó en el Decreto 1076 del 26 de junio de 1992, artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º, cuyos requisitos cumplía a cabalidad, "tal y como consta en su respectiva hoja de vida y como lo afirma en su solicitud de inclusión", no sin advertir que ésta, "en el momento de la expedición del decreto... se desempeñaba en el cargo de Jefe del Grupo de Publicaciones del honorable Senado de la República, e ingresó a la Planta de Personal de esta Corporación, en octubre 16 de 1974".

Pero a juicio del denunciante, el citado acto administrativo quebranta especialmente el artículo 1º, "párrafo segundo, dado que a dicho plan no se le podía aplicar a los nombrados en la planta de personal

de la Ley 5ª de 1992" y por lo tanto estima que los dignatarios que suscribieron la mencionada resolución pueden estar incursos en el delito de "prevaricato".

Afirma el denunciante que al citado plan pensional no le era aplicable a la empleada Robayo Giraldo porque había renunciado libremente al derecho que le otorgaba el Decreto 1076 de 1992, en el escrito que le envió al Jefe de Personal del honorable Senado y por su vinculación en la planta de personal establecida por la Ley 5ª de 1992 (fl. 35).

El testimonio que rindió la pensionada Ana Rosa Robayo Giraldo (fls. 48-50) ratifica las motivaciones de la resolución que cuestiona el denunciante y no deja entrever en su expedición motivo alguno merecedor de reproche penal.

Todo parece indicar que la protesta del denunciante radicara más en una discrepancia interpretativa relacionada con la incorporación que la Mesa Directiva del Senado dispuso de la empleada Ana Rosa Robayo Giraldo al Plan de Retiro establecido por el citado Decreto 1076 del 26 de junio de 1992, que en la efectiva comisión de un hecho punible.

Un perfil de esta laya no lo encuentra la Corte con motivo de la expedición del cuestionado acto administrativo, pues al examen de su soporte normativo no se observa perplejidad alguna en su adopción. En efecto:

1. El artículo 1º del pluricitado estatuto reglamentario, como norma general, autoriza a las mesas directivas de Senado y Cámara para retirar del servicio a los empleados públicos que laboran en ellas, "dentro del plan de retiro compensado que se establece en el presente decreto". Ana Rosa Robayo Giraldo tenía el carácter de "empleado público" al servicio del Senado de la República como Jefe de Fotocopiado de esa Corporación.

2. Tal precepto, en su inciso 2º, señaló claramente que "el plan de retiro compensado" era aplicable "al personal administrativo nombrado por las mesas directivas,...". La empleada Robayo Giraldo había sido nombrada por la Mesa Directiva del Senado como Jefe de Unidad (ver Resolución número 522 del 17 de julio de 1992) —fl. 13—.

3. De conformidad con el artículo 3º *ibidem*, tienen derecho a la pensión de jubilación los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional que a la fecha de publicación del decreto reglamentario o *a la terminación de su período* —19 de julio de 1994— "tuvieren un tiempo de servicio igual o superior a 19 años continuos o discontinuos con esta Corporación", o 18 años y 6 meses, también continuos o discontinuos al servicio del Congreso y hayan servido durante un (1) año

en cualquier otra entidad del Estado, "hasta julio 19 de 1994", según reza el formato de acogimiento al plan de retiro compensado o de pensión de jubilación (fl. 8).

Ana Rosa Robayo Giraldo, cuando se produjo la resolución cuestionada, llevaba 18 años de servicio en el Senado de la República —su ingreso data del 16 de octubre de 1974— (fls. 15 y 49), pero su período constitucional en el ejercicio del cargo vencía el 19 de julio de 1994, tiempo este que por ficción debía sumarse al anterior, completando así 19 años y 9 meses de servicio en el Congreso.

Al respecto, el artículo 14 del citado decreto previó que: "Los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional que se acogen al plan de retiro compensado y reciban ya sea la pensión de jubilación..., se entenderá que lo reciben a *título de indemnización* y no como si se hubiese laborado efectivamente, hasta el 19 de julio de 1994".

Por su parte, el artículo 12 del mismo estatuto reglamentario que autorizó a las mesas directivas del Congreso para que determinaran el plan de retiro compensado en dos etapas, señaló para la ejecución de la segunda dos fechas límite: Iniciación el 1º de octubre y finalización el 30 del mismo mes de 1992.

Significa lo anterior que la Resolución número 869 del 23 de octubre de 1992, objeto de cuestionamiento, fue proferida también con observancia de esta disposición legal.

Y si hasta aquí la transparencia en la expedición del acto administrativo cuestionado por parte de los integrantes de la Mesa Directiva del Senado de la República es evidente, el inciso final del artículo 16 *ibidem* la torna inobjetable.

En efecto, expresa la norma que: "La Mesa Directiva de cada una de las Cámaras determinará qué empleados públicos continuarán al servicio del Congreso, siempre y cuando éstos *no sean sujetos de indemnización o pensión* y bajo ninguna circunstancia su número podrá exceder del 15% de la planta actual". Esto es que el requisito de *la continuidad o permanencia* en el servicio de los empleados públicos dependía de que *no fueran indemnizables* (retiro compensado) o *pensionables*, calidad esta última que ostentaba la empleada Ana Rosa Robayo Giraldo.

Por último hay que decir que el hecho de que esta empleada inicialmente no se haya acogido y luego sí al plan de retiro compensado establecido por el citado decreto, que es desarrollo de la Ley 4ª de 1992, no constituía obstáculo alguno para que reconsiderara su situación, toda vez que el estatuto no lo impedía de manera expresa. Ella, como bien lo advierte en el escrito enviado a la Mesa Directiva acogiéndose al plan (fl. 44), no lo hizo porque en su oportunidad estaba "mal asesorada" y no era "muy clara la resolución" —como así

lo reconoce el mismo denunciante, quien alude a la ambigüedad del "párrafo segundo del artículo 16 del Decreto número 1076" (fl. 36 *supra*) -, o porque creyó que "no tenía tiempo de servicio de pensión", pero que "después cuando me dí cuenta que tenía tiempo de servicio de pensión fue cuando pasó la carta cuya copia estoy dejando, pedí que estudiaran la posibilidad de mi pensión, explicando que estaba en la Ley 5ª (de 1992, aclara la Sala) y me regresaba a la Ley 52 (de 1975, advierte también la Sala) para pensionarme" (fl. 49).

Vistas así las cosas, la conclusión a que arriba la Sala no es otra que la *atipicidad* de la conducta denunciada como "prevaricato", por cuanto el acto administrativo acusado se expidió con sujeción estricta en la ley (Decreto número 1076 del 26 de junio de 1992).

Al darse entonces una de las causales objetivas de inhibición previstas en el artículo 327 del C. de P. Penal, la Corte habrá de abstenerse de iniciar instrucción de este asunto.

Por lo considerado, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Primero: INHIBIRSE de iniciar instrucción respecto de los hechos denunciados por el señor Raúl de Jesús Villegas Gutiérrez y a los cuales se hizo alusión en esta providencia, contra los integrantes de la Mesa Directiva del Senado de la República doctores José Blackburn Cortés (presidente), Alvaro Pava Camelo (primer vicepresidente) y Jaime Vargas Suárez (segundo vicepresidente), por ser *atípicos*.

Segundo: Archivar el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / PRUEBA

Las consideraciones probatorias que pueden ser válidas en las instancias, no lo son en el recurso extraordinario de casación, puesto que la dialéctica del recurso exige el ceñimiento a precisas regulaciones que de no ser cumplidas, hacen imprósperas las pretensiones del recurrente.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 24.

Vistos:

El Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito, en sentencia del 25 de agosto de 1992 condenó a Gabriel Antonio Acevedo Agudelo a la pena principal de once años, dos meses como responsable de los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas.

Apelada la decisión, el Tribunal Superior de Medellín por sentencia de noviembre 13 de 1992 confirmó en su integridad el fallo revisado.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, éste fue concedido y posteriormente, presentada la demanda fue declarada ajustada a las exigencias legales, por la Corte.

Se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal quien solicitó no se casara el fallo recurrido.

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

Hechos:

El 20 de diciembre de 1990 en la intersección de la calle Pichincha con Carabobo en la ciudad de Medellín, más o menos a las 10:30 de la mañana, luego de haber estado el procesado mediando en la disputa

sostenida por sus hermanos Nelson y Mario contra Guillermo Ossa Soto en relación con un puesto de venta ambulante, regresó al sitio del conflicto e hirió con arma de fuego a Luis Hernando Múnera y cuando iba huyendo, perseguido por Ossa Soto le ocasionó la muerte.

Actuación procesal:

El día 21 de diciembre de 1990 el Juzgado Veintiocho Penal Municipal ordenó abrir indagación preliminar para buscar la individualización del autor. Posteriormente el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, quien ya conocía de las diligencias, abrió la correspondiente investigación por auto del 11 de diciembre de 1991.

Escuchado en indagatoria Gabriel Antonio Acevedo Agudelo por auto del 18 de diciembre de 1991 se le profirió medida de detención preventiva.

Cerrada la investigación y presentados los alegatos por parte de la defensa, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el procesado por los delitos de homicidio simple, lesiones personales culposas y porte ilegal de armas de defensa personal, decisión que lleva fecha 7 de febrero de 1992.

Apelado el pliego acusatorio por el defensor, el Tribunal de Medellín, por auto del 29 de abril confirmó la resolución de acusación, modificándola en cuanto a que las lesiones personales fueron consideradas como dolosas.

Tramitada la etapa de juzgamiento en debida forma se dictó la sentencia de primera instancia el 25 de agosto de 1992 y de segunda el 13 de noviembre del mismo año, con los resultados ya conocidos.

Los argumentos de la demanda:

Al amparo de la causal primera, el defensor del procesado, solicita la casación del fallo, por presunta violación indirecta de la ley sustancial, al considerar que se está en presencia de un caso típico de falso juicio de identidad, "cuando se le da un alcance diferente a un medio de convicción que realmente existe, o se le desfigura su sentido. El sentenciador distorsiona el sentido y la interpretación de una prueba legalmente producida y por esta ruta desconoce el valor jurídico que le corresponde".

En resumen, ataca el fallo de segunda instancia por la existencia de un error de hecho, por habérseles dado a los medios de convicción un alcance diferente.

En el desarrollo de la impugnación sostiene que el Tribunal se limita a plantear una serie de interrogantes "sin que la Sala les dé una respuesta adecuada".

Afirma que el acervo probatorio demuestra que el procesado disparó contra el occiso para evitar la persecución de que era objeto.

Considera que el Tribunal malinterpretó la afirmación del sindicado cuando dijo a las autoridades que al haberlo perseguido se lo había buscado, para de ello deducir la intención homicida, lo que considera como una exageración del juzgador de segunda instancia.

En relación al testimonio de Luis Hernando Múnera (lesionado) dice que el Tribunal le está dando un alcance superior, porque considera que este deponente no se enteró de las circunstancias en que se produjo la muerte investigada.

En referencia al testimonio de Jaime Enrique Aristizábal, cita el salvamento de voto que se produjo en la sentencia de segunda instancia, donde se afirma que por sus varias contradicciones no merece el grado de credibilidad que se le está dando por la Sala del Tribunal, concluyendo el magistrado disidente que es falso el testimonio de Aristizábal, por lo que lleva al libelista a afirmar en torno al deponente, que el fallador incurrió, al apreciarlo, en un error de hecho por falso juicio de identidad "porque el sentenciador distorsiona el sentido de la prueba, ya que le hace ver efectos probatorios que no se derivan de su contexto".

En relación con el testimonio de la también presencial Nohelia Cano Gómez, considera que el sentenciador lo desfigura, porque deduce lógicamente del mismo, que los disparos tenían que ir dirigidos contra la humanidad del occiso, cuando en realidad en criterio del censor la testigo no se refiere a las circunstancias en que se produjo la muerte de Ossa Soto, sino al impacto del proyectil que recibió Múnera.

En este caso se fundamenta, igualmente, en el salvamento de voto para luego concluir que: "En consecuencia, estos dos pobres pilares son el sostén del fallo impugnado, en donde el sentenciador falsea el contenido fáctico de tales pruebas testimoniales; les da un alcance que no tienen, puesto que como vengo sosteniendo la prueba analizada no apunta a demostrar la 'intención o propósito' que hace alusión el fallo del *ad quem* y que se le endilga a mi representado en el homicidio cometido en la persona del señor Juan Guillermo Ossa Soto".

En referencia a la prueba pericial sostiene que el yerro del Tribunal fue en tenerla como demostrativa del comportamiento doloso del inculpado, cuando en realidad la inspección judicial, sólo resalta la perforación que hizo la bala en el puesto de venta de Aristizábal.

Concluye que la conducta sometida a juzgamiento es preterintencional.

Solicita se case el fallo impugnado y en su lugar se dicte fallo de reemplazo condenando al procesado por homicidio preterintencional.

El criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Inicia el concepto, destacando los errores técnicos exhibidos por la demanda en cuanto fundamenta su crítica probatoria "escudado decididamente en un salvamento de voto y que refleja un alegato digno de instancias pero inaceptable en sede casacional".

Considera que en el recurso extraordinario no es suficiente invocar posibles tergiversaciones, distorsiones o deformaciones de las pruebas sino que es indispensable señalar de manera inequívoca, clara y precisa, de qué manera la adecuada interpretación de los elementos de juicio hubiesen podido llevar a conclusiones diversas a las del fallador.

Considera que lo que el censor estima como interrogantes sin respuesta, son en realidad afirmaciones de la Sala, sin que de ello pueda afirmarse la existencia de errores de hecho por tergiversación de los contenidos probatorios.

Luego transcribe un pasaje de la sentencia donde se formulan unos interrogantes para concluir que con ellos lo que afirma el Tribunal es que Acevedo Agudelo abandonó el sitio de la pelea para armarse de un revólver y que una vez con el arma, el procesado regresó disparando contra Juan Guillermo Ossa Soto y que por haber errado uno de los disparos hirió a Luis Hernando Múnera.

Al no haberse indicado la prueba sustentatoria de tales conclusiones no se puede predicar la existencia de yerros en el juzgador, porque precisamente un poco más adelante cuando el juez de segunda instancia dice que tales conclusiones se fundamentan en los testimonios de Luis Hernando Múnera, Jaime Enrique Aristizábal, y Nohelia Cano Gómez, así como la injurada del procesado.

Considera equivocada la pretensión del demandante al predicar la falsa identidad del testimonio de Múnera Montoya al pretender que su versión se tomó como prueba de hechos diversos a los afirmados por el sentenciador, quien al referirse a la declaración de este testigo dice que él mismo había reconocido que por llevar ropas similares a las del muerto le habían disparado, testigo que aseveró, estando en las dependencias de la policía decía que lo llevaran al sitio de los hechos en compañía de otros agentes "por el tipo que lo había herido y matado a los otros".

En tales condiciones ninguna tergiversación se hizo del testimonio de Múnera Montoya y que en realidad al demandante le faltó comprensión del fallo impugnado "porque en su afán de demostrar la existencia de errores que llevaron al juzgador a dictar sentencia por el delito de homicidio simple (en lugar del preterintencional que reclama el libelista) confunde los análisis de la Corporación falladora, llevando dos que son ajenos al tema debatido (como los anteriores señalados) al ámbito de lo discutido, sin sentido ni razón".

En referencia a la crítica que se hace al testimonio de Aristizábal Zuluaga dice que la arremetida es infructuosa por lo antitécnica "toda vez que su labor se dirigió a reclamar airadamente contra la estimación de la misma, por no coincidir con sus expectativas y perspectivas, lo que está vedado en casación".

A pesar de haber alegado un falso juicio de identidad, el desarrollo lo desvió a órbitas relacionadas con el error de derecho, en cuanto sus reflexiones se orientaron a demostrar por qué la versión de este testigo no podía ser creída por falsa, fundamentándose para ello en las consideraciones formuladas en el salvamento de voto.

En lo tocante a las críticas formuladas al testimonio de Nohelia Cano, dice que una vez más tuerce la verdad procesal, porque no es cierto que la Corporación hubiera extendido sus afirmaciones al último hecho —la muerte de Ossa Soto— sino que por el contrario el Tribunal se fundamenta en el testimonio de la misma para deducir la intención homicida del procesado.

Al cuestionamiento que hace el libelista a la prueba pericial dice que "ni siquiera se detiene a determinar la naturaleza del presunto yerro, porque le basta decir que la prueba no tiene afinidad con el homicidio preterintencional que se debate", olvidando que el Tribunal había hecho consideraciones para concluir en el homicidio doloso.

Concluye solicitando no se case el fallo impugnado.

Consideraciones de la Sala:

Razón le asiste al Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando destaca las falencias técnicas que exhibe la demanda, porque la verdad es que su fundamento esencial son los argumentos que en su momento presentara el magistrado que discrepó del pensamiento mayoritario de la Sala y es bien sabido que las consideraciones probatorias que pueden ser válidas en las instancias, no lo son en el recurso extraordinario de casación, puesto que la dialéctica del recurso exige el cañimiento a precisas regulaciones que de no ser cumplidas, hacen imprósperas las pretensiones del recurrente.

Critica el impugnante al sentenciador de segunda instancia el formular una serie de interrogantes sin que les dé la correspondiente respuesta, pero en realidad de verdad no se trata de formular preguntas sin respuesta, sino que se trata de un estilo literario, por medio del cual se hacen claras afirmaciones respecto a lo que se quiere concluir y basta transcribir el acápite correspondiente para verificar el aserto de esta afirmación. El Tribunal dice: "La potencialidad del revólver y la zona anatómica vulnerada no son los únicos factores o elementos de convicción para deducir en aquel su propósito homicida: Por qué no recordar, por ejemplo, que el condenado se alejó del lugar

precisamente para hacerse al revólver y regresó disparando hacia el hoy occiso y en forma repetida, aunque al errar en el golpe lesionó a Luis Hernando Múnera? Por qué no recordar que luego, después de haber superado el asedio de Ossa Soto lo tuvo a escasos metros (no cuerpo a cuerpo como se insinuó) y le disparó nuevamente de manera certera a la altura del tórax? acaso no sabía el autor que el arma era mortífera y era idónea para tales fines? Por qué dijo ante las autoridades que para qué lo había seguido el occiso y él se lo había buscado? Por qué si era inocente, no se entregó a las autoridades, sino que las rehuyó por muchos meses hasta ser capturado gracias a que con todo desdeño de sus deberes y responsabilidades continuó trabajando por el mismo lugar, como si nada hubiera ocurrido?".

Es claro que allí no se hacen consideraciones probatorias, sino que son las conclusiones a que se llega con base en la apreciación de los distintos elementos de juicio existentes en el proceso y es un poco más adelante que se hace una enumeración y análisis de los medios de convicción en que se fundamenta el fallo que no son otros que los testimonios de Luis Hernando Múnera Montoya, Jaime Enrique Aristizábal Zuluaga, Nohelia Cano Gómez y la propia injurada del procesado.

De las conclusiones inicialmente formuladas por la Sala deduce el impugnante la existencia del error de los juzgadores, pero es evidente que en tratándose de un error de hecho, no se puede pensar en el mismo, precisamente porque allí no se analizan medios de convicción, sino que como se dijo en antecedencia se formulan las conclusiones deducidas de los medios de prueba analizados y valorados.

Considera como un error de hecho la valoración que el Tribunal dio al testimonio de Múnera Montoya, porque estima que tomar la frase que el procesado dijo, en el sentido de que si lo había perseguido era porque se lo había buscado y de allí a deducir la intención homicida es variar el sentido real de la frase porque "siendo el delito un factor interno es imposible valorarlo por una expresión escueta como fue la que nos llama la atención".

Pero, en realidad el sentenciador no deduce la intención homicida de la simple frase pronunciada por el procesado en su indagatoria, sino que, atendiendo los diversos testimonios de las personas que presenciaron los hechos, el arma utilizada, la forma y distancia desde la que fue disparada e incluso la propia indagatoria del procesado, concluye en la existencia de esa intención homicida, porque los testigos son uniformes en manifestar que una vez finalizado el primer incidente el procesado regresó armado de revólver disparando indiscriminadamente e hiriendo de manera equivocada precisamente a Múnera y que luego al ser perseguido por Ossa Soto detuvo su marcha y disparó contra quien lo perseguía completamente desarmado.

No corresponden entonces a la realidad procesal las afirmaciones que se hacen en la demanda respecto a la presunta existencia de un error de hecho por tergiversación del testimonio de Múnera, quien en su deposición explica la razón por la cual resultó herido, precisamente por vestir ropas similares a las del occiso. En este último aspecto el censor considera que el juzgador igualmente le está dando un alcance superior a la declaración de Múnera, porque considera que él no pudo percatarse de las circunstancias en que se produjo la muerte investigada.

Tampoco corresponde al contexto de la sentencia que el Tribunal hubiera hecho extensivas las declaraciones de Múnera al segundo incidente en el que murió Ossa, porque en realidad él se limitó a explicar como resultó herido y las posibles causas por las cuales le dispararon y en tales condiciones, es imposible pensar en la existencia de un error de hecho como lo pretende el impugnante.

Formula críticas a la apreciación o valoración que se dio en las instancias al testimonio de Jaime Enrique Aristizábal Zuluaga, pero aquí nuevamente se apoya en las consideraciones probatorias que se hicieron en el salvamento de voto en relación con el testimonio de esta persona, para concluir por su parte en la falsedad de este testimonio y hacer la siguiente afirmación: "El error de hecho se ubica dentro del falso juicio de identidad, porque aquí el sentenciador distorsiona el sentido de la prueba, ya que le hace ver efectos probatorios que no se derivan de su contexto, como que este señor no revela claridad en sus deponencias".

En realidad como ya se ha dicho, su inconformidad radica que en su criterio no se le ha debido dar credibilidad a este testimonio y por ello se apoya en las críticas que en tal sentido se hicieron en el salvamento de voto, pero como ya se ha expuesto en tantas ocasiones, esa simple diversidad en la apreciación de los medios de convicción no es susceptible de ser atacada en el recurso extraordinario de casación.

Luego, en referencia al testimonio de la señora Nohelia Cano Gómez dice que se distorsionó el sentido de esta declaración porque se extendió el contenido de la misma al último hecho, esto es, al homicidio que ha sido objeto de investigación y concluye en ese sentido afirmando: "...la Sala ha complementado el testimonio de la señora Nohelia Cano porque nótese que ella no refiere en parte alguna a las circunstancias en que se produjo la muerte del señor Juan Guillermo Ossa sino que hace referencia al balazo que recibió el señor Luis Hernando Múnera".

Pero basta verificar el contexto de la declaración supuestamente desfigurada por el sentenciador para concluir que no le asiste razón al impugnante y que por el contrario en su pretensión defensiva es él quien pretende cercenar el contenido de esta deposición. La testigo citada en la parte pertinente dijo: "...y ahí fue donde birió a Hernando

y entonces cuando Hernando cayó al suelo herido y entonces Guillermo dijo lo mató y entonces el tipo se voló y Guillermo salió detrás de él y entonces dentro del pasaje centro comercial del Palacio lo disparó y lo mató y yo ya no vi más nada".

En las condiciones precedentes es evidente concluir que no le asiste nuevamente razón al impugnante, porque en la apreciación de este testimonio los juzgadores no han podido incurrir en el error que se les imputa y es importante destacar que el censor busca apoyo en las consideraciones que se hacen en el salvamento de voto, como lo hace a lo largo de todo el libelo, como si sus argumentaciones pudieran ser trasladadas al recurso extraordinario, con validez y con posibilidades de éxito.

En referencia a la prueba pericial dice que se toma al dictamen como demostrativo de la intención dolosa del procesado, pero que en la inspección judicial lo único que se verificó fue la perforación que se hizo en el puesto de venta de gaseosas de Jaime Enrique Aristizábal.

Como se puede ver en este caso, se limita a calificar como error del fallador el que haya tomado la inspección judicial para concluir en la intencionalidad del procesado, pero en ningún momento el censor hace un esfuerzo por demostrar que esa apreciación es errónea, y es evidente, que en el recurso extraordinario no es suficiente que se diga que una determinada valoración es errada, sino que es indispensable que se demuestre por qué es equivocada y luego debe demostrarse la trascendencia que dicho error tuvo en el fallo que se cuestiona.

Como ninguna de estas obligaciones es cumplida por el censor es fácil colegir que el cargo debe ser desechado, de la misma manera que las críticas formuladas a lo largo de toda la demanda.

En las condiciones anteriores y de conformidad con las peticiones del Procurador Delegado se rechazará el cargo formulado.

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

IRA E INTENSO DOLOR / INIMPUTABILIDAD

El artículo 60 apunta a reducir el quantum de la pena sobre la base de la actividad consciente y libre, en tanto que el trastorno mental conduciría a un estado de inimputabilidad y por lo mismo a aplicar medidas de seguridad mas no a penas.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 24.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Eduardo Aldana Mendoza,* en contra de la sentencia del 28 de octubre de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual confirmó a la de condena emitida por el Juzgado Cincuenta y cinco Penal del Circuito de la misma ciudad. Al acusado se le impuso la pena principal de 12 años y 8 meses de prisión como autor y penalmente responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

Hechos y actuación procesal:

1. En la mañana del 17 de marzo de 1990 se acercó María Consuelo Vanegas a dos de sus compañeras de trabajo que departían en la cafetería "Don Pepe" ubicada en la calle 16 número 9-85 de esta ciudad para comentarles sobre la discusión que había tenido con su pretendiente Eduardo Aldana Mendoza. Instantes luego concurrió también allí el acusado, y prolongando su altercado con la Vargas, la ultrajó de palabra y le propinó un puntapié. María Consuelo reaccionó empujando a su ofensor y lanzándole un vaso de vidrio a la cara, enfrentando la réplica de Aldana Mendoza que empuñó un cuchillo y con él propinó trece heridas a la mujer que le determinaron su deceso.

Viendo cuanto sucedía, Lucila Nova Chacón una de las acompañantes de la víctima intentó la defensa de su amiga, pero como respuesta recibió del acusado una herida en el brazo. Consumados los hechos, Aldana intentó la huida, pero fue retenido por varias personas que lo condujeron a órdenes del CAI 111 de la Policía Metropolitana de esta capital.

2. Las primeras diligencias fueron adelantadas por el Juzgado Cincuenta de Instrucción Criminal Permanente de Bogotá, ante el cual se negó el acusado a rendir versión. Posteriormente conoció por reparto el Juzgado Ciento tres de la misma especialidad asumiendo la investigación y fijando fecha para la continuación de la indagatoria, ocasión esta en que el imputado expuso cuanto consideró conveniente a sus intereses. La situación jurídica provisional se definió con medida de aseguramiento de detención preventiva y una vez concluida la instrucción, la calificación de fondo condujo al proferimiento de resolución de acusatoria.

El enjuiciamiento del procesado señor Aldana Mendoza estuvo a cargo del Juzgado Cincuenta y cinco Penal del Circuito de esta ciudad del cual procede el fallo de condena, de contenido previamente anotado. Contra esa decisión la defensa recurrió en alzada, y confirmada que fuera por el Tribunal Superior del Distrito, también intenta ahora el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

Atenido a la causal primera de casación del artículo 226 del anterior Código de Procedimiento Penal (hoy 220 numeral 1º), el actor acusa la sentencia de segunda instancia como violatoria por vía indirecta de la ley sustancial por error de hecho y aplicación indebida de los artículos 5º, 23, 31 y 60 del Código Penal, y falta de apreciación en las pruebas. Como normas medio invoca los artículos 246, 247, 251, 253, 276, 279 y 295 del Decreto 050 de 1987, añadiendo que por igual fueron vulneradas las disposiciones que regulan la rebaja de pena por confesión.

Sin precisar su concepto sobre la violación de los artículos 5º y 23 del Código Penal, el esfuerzo defensivo todo se encamina a sostener que la sentencia proferida es injusta al desconocerle al acusado sus estados mental y emocional, pues según dictámenes médicos y antecedentes personales en el caso de Aldana se trata de un individuo morbosamente irascible pero además llevado a la explosión emocional por la conducta provocadora de la occisa, situación desconocida en cuanto la responsabilidad del acusado se dedujo de "medios de prueba con interpretación errónea, incurriendo así en un falso juicio de existencia". La sentencia, asegura, atentó contra las reglas de la prueba

al negarle estimación y alcance a los testimonios de "Nidia Yaneth Lozano", Lucila Chacón, y a la propia versión del imputado.

Según el impugnante, las pruebas desatendidas demostraban que Eduardo Aldana actuó bajo un estado de ira.

> "o se encontró bajo lo predispuesto en el artículo 31 del C. P., (de trastorno mental) pero en gracia de discusión así lo manifestaron todos los testigos de los desaires de María Consuelo... y esto acompañado de haberle lanzado un vaso causándole heridas... le causó a Eduardo Aldana, un estado emocional de ira... fuera de los trastornos que padece según los dictámenes siquiátricos forenses. Trastorno mental transitorio pues se ha encontrado recluído en clínicas siquiátricas, por todo ello su reacción anímica, fue de ira e intenso dolor, que causado por el reprochable comportamiento ajeno de María Consuelo al no admitirlo más como novio, y lanzarle el vaso a la cara...
>
> "...Es innegable que el insuceso presentado entre mi defendido y María Consuelo Mera deba tenerse como circunstancia de atenuación de conformidad a lo instituido en el artículo 60 del C. P., Decreto 100 de 1980. Todo lo anterior fue extrañamente desconocido, vulnerado, mal interpretado por el *ad quo* (sic), pero más notorio fue la distorsión del *ad quem*, confirmando una providencia global, de sentencia sin un estudio concienzudo, profundo del estado de ira que presentó Eduardo Aldana el día 17 de marzo de 1990, así se encuentra evidenciado en el plenario, así lo ratificó la delegada del Ministerio Público ante la vista pública, así lo demostró y lo solicita la suscrita defensa; en otras palabras, es decir, el sentenciado *ad quem* ignoró, la atenuante de ira que favorece a Eduardo Aldana Mendoza incurriendo en un falso juicio de existencia".

En definitiva, para el censor el rechazo de las pretensiones amorosas, sumado al hecho de lanzarle a la cara un vaso, generaron la reacción airada de Aldana, que de haber reconocido la sentencia del *ad quem* como correspondía, debió llevar al juzgador a aquella reducción proporcional de la pena autorizada por el artículo 60 del Código Penal, como a la rebaja pertinente por la confesión.

Prolongando luego su discurso sobre la incidencia de los estados emocionales en el comportamiento humano y la diferente reacción que cada individuo ofrece frente a un mismo estímulo, la petición central se encamina a que la Corte "revoque" la sentencia impugnada y casándola parcialmente le reconozca a Aldana Mendoza "la diminuente que instituye el artículo 60 del C. P., y a su vez, aplicando el artículo 510 y 299 del nuevo Decreto 2700 de 1991, concediendo la rebaja por la confesión".

Alegatos de los no recurrentes:

La Procuradora Trece en lo Judicial Penal descorrió en oportunidad traslado ofreciéndole apoyo a la demanda pretendiendo rectificar sus errores de lógica y de técnica, pues invocando la causal primera de casación por violación indirecta de la ley, con mayor precisión adujo que el sentenciador había incurrido en apreciación errónea de la prueba y a través de ella en el desconocimiento de la circunstancia debidamente demostrada de la ira, sobre la cual había insistido esa representación del Ministerio Público en vistas anteriores.

El sustento de esta petición se traslada de la alegación rendida ante la instancia en los términos que siguen:

"el procesado manifestó que tenía una relación sentimental con la occisa que ésta optó por no continuar por lo que empezó a padecer aguda crisis, ante su insistencia ella se muestra ofendida y dice no querer hablar con él, éste nuevamente suplica en presencia de sus compañeras de trabajo, no cambiando la interfecta su determinación, se siente tan ultrajado que la agrede, le lanza un puntapié, la mujer le responde tomando en su mano un vaso que le arroja, cortándolo en la cara. Quienes percibieron el suceso violento informan sobre la discusión entre los protagonistas y de que en efecto la interfecta no quería sostener relación sentimental alguna con el encausado.

"Obra en el informativo referencia procesal sobre antecedentes y estado siquico del autor del hecho punible así '...el autocontrol falla cuando el medio es agresivo, se siente incapaz de enfrentarlo de una manera fundamental. En su desarrollo yoico encontramos que hay preocupación por el miedo que siente al hacer frente a los problemas corporales con ausencia de figura de identificación y el conflicto a la problemática sexual que le genera angustia e inseguridad con rasgos neuróticos difíciles de resolver; se presenta una constante lucha contra lo femenino, con una vivencia de abandono materno y odio a lo femenino. Existe en su yo un desarrollo en el área intelectual y es por esto que logra integración hacia el medio con una agresividad reprimida de rasgos paranoides que maneja parcialmente... (fl. 22 cuaderno de incidentes).

"En historia clínica siquiátrica folios 484 y siguientes c. o., se consigna que el interno presenta un trastorno de personalidad de base, con características sociopáticas y paranoides. También los padres del procesado revelan respecto de su familiar actitud agresiva. Concluimos que no obstante que el acusado no fue enmarcado dentro de los parámetros de la inimputabilidad no pueden ignorarse entre sus caracteres personales, un grado extremo de susceptibilidad y sensibilidad

que lo hace particularmente propenso ante el injusto, el dolor, a la ira, y a la reacción explosiva. Es así como la negativa de la occisa a acceder a las pretensiones sentimentales del acusado que se tornó luego en ofensa de hecho, constituya la causa que le produce la turbación del ánimo que lo lleva a delinquir, es algo imprevisto que no depende del criminal pasional o emotivo, casi siempre comete el hecho en forma no planificada, abierta y ante los ojos de quien se encuentre, con los medios de que dispone en el momento. Por lo regular el delincuente pasional confiesa el delito, no niega su autoría, la explica y justifica con la ofensa...; y concluye diciendo:

"Cabe advertir al juzgador de segunda instancia que lo que permite una disminución de la pena, esto es, en lo que la ley fundamenta la razón sicológica de la atenuación, comportamiento ajeno que reúna los caracteres de injusticia y gravedad, es comprender situaciones humanas que implican una disminución de la capacidad intelectiva y volitiva del agraviado en virtud de la alteración anímica provocada por la ofensa, cuyo alcance para desencadenar la reacción violenta del acusado, ya se analizó".

En esos términos consideró rendido el alegato propio del trámite del recurso de casación.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal es partidario de la desestimación del cargo contenido en la demanda, ya que su formulación ofrece varias fallas de técnica que así a continuación precisa:

Pese a la invocación de un error de hecho, fundando la censura el casacionista incursiona tanto por la vía de la valoración probatoria como en razonamientos propios de la violación directa.

Luego, y de manera contradictoria y antagónica, la petición se encamina a solicitar que se case parcialmente el fallo revocando la injusta sentencia de condena, pero que a la vez se reconozca la diminuente de la ira contemplada en el artículo 60 del Código Penal, desatendiendo que la aplicación del descuento punitivo presupone la existencia de un fallo de condena que no podría cuervarse al mismo tiempo y al interior de un mismo cargo.

De otra parte y aunque sin la debida precisión, el libelo hace mención de la existencia de indebida apreciación y la falta de apreciación de las pruebas que apuntarían tanto a un falso juicio de identidad como a uno de existencia por omisión, lo que no obsta para que apenas se mencionen aquellos medios de convicción que en sentir del censor fueron excluidos de análisis por el Tribunal, olvidando en cuan-

to a la sugerida apreciación errada (falso juicio de identidad) entrar a demostrar de qué manera la prueba llegó a distorsionarse.

La equivocación persiste al mencionar que la sentencia le negó estimación y alcance a las pruebas testimoniales y a la injurada, sin reparar en que esos términos envuelven indebidamente la simultánea proposición de dos diversas formas del error: el de derecho por falso juicio de convicción, y el de hecho por falso juicio de identidad.

Esta falta de claridad conceptual y precisión siendo evidentes, impiden al casacionista "deslindar las esferas propias de los errores de derecho y de hecho, pues a cada uno de ellos corresponden las dos proposiciones enunciadas". De otra parte, con su particular valoración respecto de la actitud asumida por la víctima y del estado mental del acusado, afirma que: "el Tribunal ignoró la atenuante de la ira que favorece a Eduardo Aldana Mendoza incurriendo en un falso juicio de existencia", afirmación que conduce al casacionista por el camino de la violación directa de la ley por errónea interpretación, y que se extrema cuando

> "...incrustó en su escrito normas sustanciales que pretende infringidas respecto de las cuales no demostró ni la forma ni el sentido de la violación que imputa al Tribunal sentenciador, y que ni siquiera son compatibles con algunos de los postulados propuestos.
>
> "Así, por ejemplo, reputó la infracción del artículo 23 del Código Penal que establece quiénes son autores para efectos del derecho penal, pero en sus posteriores enunciados no dijo el por qué esta norma resultaba infringida y sí, contrario a lo invocado, destruyó su alegación reclamando la aplicación del artículo 60 del mismo Código a favor de su defendido, con lo cual reconoce tácitamente que Aldana Mendoza es autor del hecho y, por consiguiente, obró rectamente el juzgador al tenerlo como tal.
>
> "Más aún, el planteamiento simultáneo de la violación de los artículos 5º, 31 y 60 del ordenamiento penal, es a todas luces imposible porque se refieren a temáticas diversas y, en realidad, excluyentes, dentro de los parámetros en los que se desenvuelve la alegación".

Con fundamento, luego, en apartes de la sentencia de segunda instancia, el procurador replica las apreciaciones del censor, mostrándole que sí tuvo el Tribunal en cuenta tanto los testimonios de las declarantes Nidia Yaneth Lozada Ramos y Lucía Novoa Chacón, como la versión del acusado en injurada, recordándole sobre el estado de ira que,

"El hecho de no reconocer los efectos favorables, se deriva en este caso de la ausencia de sus presupuestos, no de que el juzgador haya creído, equivocadamente, que no existía la norma dentro del estatuto penal o que ella no tuviera vigencia. Si algún error se hubiere cometido, sería el de adecuación de las condiciones procesalmente demostradas al hecho hipotizado en el precepto, lo que tiene su ámbito particular de discusión en el campo de la aplicación indebida de la ley".

Trayendo posteriormente a memoria las enseñanzas del profesor Fabio Calderón Botero relacionadas con la violación directa de la ley, el concepto concluye en que así la demanda hubiera sido presentada con acatamiento a las exigencias técnicas, tampoco tendría posibilidad de prosperar ante el incumplimiento a las previsiones del artículo 60 del Código Penal, pues:

"Si analizamos la situación procesal frente a estos requerimientos legales, fácilmente llegaremos a la conclusión de que no puede disminuirse la pena a Aldana Mendoza porque, antes de la agresión que éste hiciera a la occisa, ni ella ni persona alguna había desplegado un comportamiento grave e injusto que motivara la violencia con la que reaccionó el imputado.

"No desconoce la delegada que el rechazo amoroso de María Consuelo Mera Vanegas ha podido generar en Aldana Mendoza una perturbación emocional; ella, sin embargo, no se presenta en momento alguno como generadora de un estado de ira, menos aún como la causante de un dolor intenso en el imputado que lo impulsara a la reacción violenta que concluyó con la muerte de su pretendida.

"Lo cierto del caso es que fue el mismo imputado quien pasó de las súplicas, que insistentemente venían siendo rechazadas, a las agresiones verbales y físicas, pues una vez en la cafetería lanzó improperios y un puntapié a su enamorada, lo que motivó la justa reacción de ésta. Así lo relataron las testigos presenciales de los hechos: así, por ejemplo, lo dice la señora Lucila Nova Chacón, al folio 10 del cuaderno de originales..."

Lo anterior, agrega, aparece confirmado con la declaración de la otra testigo, y permite colegir: "que la agresión partió del imputado" y que si algún comportamiento grave e injusto existió antes del homicidio "éste fue el desarrollado por el incriminado, puesto que a la occisa no se le podía exigir en forma alguna que violentara su voluntad para acceder a las peticiones amorosas de su pretendiente".

Si bien es cierto —termina— la personalidad del acusado es conflictiva, éste de acuerdo a lo dictaminado por los expertos no padeció

de enfermedad mental alguna; tampoco estuvo afectado por el consumo de alcohol que había motivado su anterior encarcelamiento en la ciudad de Bucaramanga, ni se encontraba en estado de intoxicación por otra droga, deduciéndose apenas de sus intervenciones en las diferentes versiones de indagatoria, que no medió olvido los hechos, sino la clara intención de confundir a los sentenciadores en procura de una imposible absolución.

Sin embargo del fracaso del libelo, la delegada observa que la sentencia excedió el límite consagrado en el artículo 44 del Código Penal para las penas accesorias, fijándola en un tiempo igual al de la pena principal (12 años y 8 meses), motivo que le lleva a solicitarle a la Sala que en uso de su potestad oficiosa rectifique el error mediante la casación parcial del fallo acusado.

Consideraciones de la Corte:

Desacierta desde un principio el demandante al señalar como modalidad de la violación de la ley sustancial la "aplicación indebida" de "los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 5º, 23, 31 y específicamente el artículo 60 del Decreto 100 de 1980...", cuando en su desarrollo y como queda visto, ni del artículo 5º se ocupó para explicar su transgresión en la sentencia, tampoco del artículo 23, y en relación con los preceptos de los artículos 31 y 60 hace un desarrollo equívoco y contradictorio, aduciendo al propio tiempo y dentro de único cargo que el acusado actuó bajo un estado de trastorno, reclamando para su caso la diminuente de la ira, con lo cual desconoce irremediablemente que el artículo 60 apunta a reducir el quantum de la pena sobre la base de la actividad consciente y libre, en tanto que el trastorno mental conduciría a un estado de inimputabilidad y por lo mismo a aplicar medidas de seguridad, mas no a penas.

Por encima de ésta incipiente confusión, que de algún modo podría entenderse a salvo cuando más adelante el censor admite que las fallas mentales padecidas con anterioridad por el procesado apenas constituían una predisposición enfermiza a la irascibilidad y a las reacciones violentas y desmedidas, centrando toda la acusación en la desatención de la diminuente de la ira, todavía el libelista incurre en una nueva y resonante confusión al precisar la modalidad o sentido del error, pues en la hoja 14 del escrito afirma que sobre los medios de prueba se hizo una "interpretación errónea", pero con ella se llegó a "un falso juicio de existencia", lo que muestra su confusión entre el falso juicio de identidad y el falso juicio de existencia.

Tan descuidado manejo de conceptos no impide, sin embargo, que a partir del subtítulo "Fundamentación de la causal. Demostración del cargo" finalmente se intente el desarrollo de un falso juicio de existencia al sugerir que el juzgador desestimó las pruebas que apuntaban a la demostración del estado emocional de ira en que intervino

el acusado, y en concreto respecto de las declaraciones rendidas por Nidya Yaneth Lozada y Lucila Chacón, lo mismo que de la versión rendida por el procesado, proposición forzada también a decaer porque al hacerla desconoció en este caso el censor el contenido de la sentencia que atacaba.

Es así como en la hoja 5 del fallo el Tribunal alude en concreto a estas tres pruebas extrañadas y de ellas destaca lo que sigue:

> "De acuerdo con la injurada, corroborada en cierto grado por las testigos presenciales Nidia Yaneth Lozada Ramos (fl. 8) y Lucía Novoa Chacón (fl. 10), el procesado Eduardo Aldana Mendoza pretendía entablar relación sentimental con María Consuelo Mera y a pesar de los regalos y otros detalles, la pretendida, se negó rotundamente a su requerimiento, razón por la cual esa mañana del 17 de agosto de 1990 la esperó para hablar en un lugar cerca de los hechos, lo que efectivamente ocurrió, y en ese sitio aprovechó el acusado para rogarle que fuera su novia o para que continuara el noviazgo; luego, ante la negativa de la mujer de acceder a su pretensión sentimental, la siguió hasta el establecimiento comercial 'Don Pepe' y delante de Nidia Yaneth y Lucila insistió en su ruego, pero como la respuesta negativa de María Consuelo fue rotunda, Aldana Mendoza resolvió agredirla con un puntapié por debajo de la mesa, que ella respondió arrojándole un vaso de vidrio en la cara que lo hirió y éste, sin más sacó un 'cuchillo carnicero' y la arremetió ocasionándole un sinnúmero de heridas en diferentes partes de su cuerpo para luego salir del lugar siendo capturados a pocos metros de distancia por personal civil; todas estas situaciones evidencian integridad de la percepción, del pensamiento y del juicio en el actuar del acusado".

No desconoce, pues, el Tribunal la existencia de los medios que el censor le reprocha ignorados, ni entra a subestimar su contenido, pues como luego lo explicará remitiéndose a la respuesta que en ocasión precedente había dado a la alegación de la diminuente reprodujo de ella que

> "El código de las penas ha contemplado la ira e intenso dolor como causal diminuente de responsabilidad, pero para que se pueda reconocer esta atenuante se necesita que el agente activo del delito haya actuado, precisamente, en estado de ira o de intenso dolor como consecuencia de un comportamiento ajeno, grave e injusto existiendo siempre, la relación causal. El hecho de que María Consuelo Mera Vanegas no haya aceptado las pretensiones de Aldana Mendoza, no es en manera alguna suficiente para estructurar la diminuente en comentario, pues es necesario que exista una ofensa grave e injusta, por parte de la víctima del delito. En el presente

caso Aldana Mendoza se enfadó porque la mujer no accedió a sus pretensiones amorosas, esa negativa no es posible considerarla o tenerla como grave o injusta puesto que ninguna persona está obligada a someterse amorosamente a voluntad del que la requiere. Por tal razón no se le puede reconocer la diminuente en cuestión y más aún si él dio lugar a la reacción" (fl. 42 *ibidem*).

Pretender, a partir de ésta realidad, que es la contenida en el proceso, que la Corte entre en sede de casación a reconocer y aplicar la reducción de pena contenida en el artículo 60 del Código Penal, de paso implica el desconocimiento del objeto mismo del recurso extraordinario, y como en éste, a diferencia de las alegaciones de instancia, no basta con acusar la ocurrencia de un error sino que ésta ha de adecuarse debidamente dentro de la respectiva causal que se escoja, y en el caso de la primera que se trae a mérito indicar la naturaleza de la violación intermedia, la modalidad o sentido del error, precisando la violación fin y ante todo acreditando el error y su incidencia en el fallo recurrido, presupuestos que por desatender el censor en el caso que se controvierte determinan la desestimación forzosa del libelo, del cual ni siquiera puede entrar a analizarse el planteamiento afinente con la rebaja de pena por confesión, pues no pasó de ser una afirmación ajena al desarrollo que requería en esta sede.

Las mismas fallas estructurales de la demanda formulada han de indicar la suerte del pedimento con el cual apoya la agencia del Ministerio Público ante el Tribunal el *petitum* de casación parcial para reconocimiento de la reducción que autoriza el artículo 60 del Código Penal, pues sin que la procuradora en lo judicial hubiese intervenido como demandante, su pretensión debía atenerse a la suerte que corriera por su desatinada proposición y desarrolló el libelo que descorría en traslado.

Lo anterior no obsta, sin embargo para contestar que tanto el defensor como la Procuraduría ante el Tribunal coincidieron en el error de alterar el orden cronológico de los sucesos al presentar el planteamiento de favorecimiento para el acusado, pues mal podría desatenderse la coincidencia en el dicho de los testigos presenciales, al indicar que cuando la María Consuelo Mera lanzó el vaso contra el rostro de Aldana, lo hizo como reacción por las palabras ofensivas con que éste la trataba ante sus compañeras y el puntapié con que la había golpeado. Siendo ello así, claro se muestra que el promotor del incidente fatal para la occisa fue el propio procesado, quien como ofensor de hecho y de palabra no podía entrar a alegar a su favor los beneficios de la aminorante de la ira, pues siendo que motivó a la infortunada María Consuelo, mal podía pretender que la reacción de la muchacha fuera injusta.

Y más remoto todavía el planteamiento al pretender que Eduardo Aldana había sido llevado a la situación emocional por los desdenes

de la cortejada, porque ésta estaba en plena libertad de aceptar o rechazar las pretensiones amorosas, así que al inclinarse por la segunda alternativa tampoco generaba ni la ofensa grave ni el comportamiento injusto para el enamorado, elementos invariablemente exigidos en el artículo 60 del Código Penal.

Los reconocimientos médico-psiquiátricos del acusado que descontaron un obrar bajo trastorno mental, dieron más bien la explicación de la airada y violenta reacción de Aldana pero con remisión a causas de índole endógena que escapan a los beneficios de reducción de pena que se invocan, y en su lugar sugieren un control y tratamiento a atender por el Instituto Nacional Penitenciario y el juez de ejecución de penas dentro del tratamiento resocializador.

Para concluir, y por encima del fracaso de las pretensiones demandatorias, acogerá la Sala oficiosamente según lo invoca la Procuraduría Delegada (art. 228 del Código de Procedimiento Penal), la modificación que sobre el fallo de condena se reclama de la pena accesoria impuesta, pues la que viene fijada excede los límites autorizados en el artículo 44 del Código Penal, involucrando la competencia oficiosa de la Corte para entrar a remediar el desconocimiento de la garantía constitucional de la legalidad del delito y de la pena. Lo anterior indica, que la pena de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas que se fijó en tiempo igual al de la pena principal, llegando a doce años y ocho meses, quedará definitivamente reducido a los diez años que autoriza como tope el Código Penal.

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

Resuelve:

Primero. Desestimar las pretensiones contenidas en la demanda de casación presentada por el defensor del acusado Eduardo Aldana Mendoza, en contra del fallo de segunda instancia proferido en su contra por el delito de homicidio, y

Segundo. Casar parcialmente y de oficio el fallo impugnado, reduciendo a diez (10) años el término de la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derecho y funciones públicas impuestas al acusado, y manteniendo lo allí resuelto en lo demás.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL / REBAJA DE PENA

Según los términos del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, en caso de confesión, el procesado tendrá derecho a una "reducción de pena" de una tercera parte de la que le corresponde por su conducta, es decir, que el sentenciador al momento de dictar sentencia, deberá fijar la sanción que debe cumplir definitivamente el condenado. La pena así determinada, será la base para cualquier cómputo que deba realizarse en los eventos de los beneficios como lo serán la condena de ejecución condicional, libertad provisional o libertad condicional.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 024.

Vistos:

El procesado no recurrente *Robert Angel Cantillo Bolivar* quien se halla detenido en la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, solicita el beneficio de libertad condicional previsto en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, por considerar que el tiempo en reclusión, la rebaja de una tercera parte de la sanción por confesión y la redención de pena por trabajo y estudio, le permiten satisfacer las dos terceras partes de la condena impuesta por el delito de homicidio agravado. Acompañó certificados de trabajo y estudio, copia de la cartilla biográfica y acta del Consejo de Disciplina.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia de fecha 22 de enero de 1993, condenó al peticionario a la pena privativa de la libertad de diez (10) años y seis (6) meses de prisión, como autor del delito de homicidio agravado en la persona del odontólogo Alvaro Antonio Bayona Uribe, luego de reconocerle el beneficio

consagrado en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la reducción de la pena a imponer, en una tercera parte por confesión, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad en fallo calendado el 30 de marzo siguiente, el que ahora es objeto del recurso de casación interpuesto por el defensor de Ciro Alfonso Ortiz Castro.

Afirma el peticionario que fue condenado a la pena privativa de la libertad de dieciséis (16) años de prisión por homicidio agravado y que se le reconoció una rebaja de una tercera parte por confesión que equivale a sesenta y cuatro (64) meses, los que sumados al tiempo efectivo en reclusión y las rebajas por concepto de trabajo estudio e instrucción, acumularía más de ciento veintiocho (128) meses con los cuales satisface plenamente el requisito previsto en el artículo 72 del Código Penal y por lo tanto, se hace acreedor a la libertad condicional.

Reiteradamente ha dicho esta Sala que corresponde al juez de ejecución de penas, atender las solicitudes de libertad condicional una vez la sentencia definitiva ha causado ejecutoria, es decir, hecho tránsito a cosa juzgada. Mientras no alcance firmeza, de reunirse a cabalidad los requisitos del artículo 72 del Código Penal, lo procedente será el otorgamiento del beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993.

Enseña esta última disposición que "Se considerará que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla".

"La rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción".

En el presente caso, la Juez Octava Penal del Circuito de Cúcuta en su sentencia, consideró que la pena a imponer a Cantillo Bolívar era la de dieciséis (16) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio agravado, disminuida en una tercera parte, es decir, cinco (5) años y cuatro (4) meses, no obstante lo cual en la parte motiva, al hacer los cálculos correspondientes precisó que la sanción definitiva sería la de diez (10) años y seis (6) meses de prisión. En la resolutiva incurrió en nuevo error al condenarlo a tan solo diez (10) años, siendo adicionado el fallo en proveído de fecha 27 de enero de 1993 para corregir parcialmente el yerro aritmético, es decir, determinar que la sanción que debía purgar Cantillo Bolívar, era aquella deducida en la motivación de la sentencia. Entonces, la pena que se debe tener en cuenta por la Corte para realizar los cómputos pertinentes a fin de resolver la petición que se le eleva, será la de diez (10) años y seis (6) meses de prisión, dado que el Tribunal Superior de la citada ciudad solamente modificó la sentencia en favor del procesado Ciro Alfonso Ortiz a quien reconoció una reducción de pena equi-

valente a una tercera parte por aplicación del artículo 8º del Decreto 1199 de 1987, confirmándola en todo lo demás.

Según los términos del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, en caso de confesión, el procesado tendrá derecho a una *"reducción de pena"* de una tercera parte de la que le corresponde por su conducta, es decir, que el sentenciador al momento de dictar sentencia, deberá fijar la sanción que debe cumplir definitivamente el condenado. La pena así determinada, será la base para cualquier cómputo que deba realizarse en los eventos de los beneficios como lo serán la condena de ejecución condicional, libertad provisional o libertad condicional, y no como lo pretende el solicitante, que se le abone como rebaja de una sanción a la que no se le condenó.

En el presente caso, la Corte no podrá aceptar los cálculos que presenta el peticionario, pues, se repite, si en la sentencia de primer grado, aunque en forma errónea se le impuso como pena privativa de la libertad la de diez (10) años y seis (6) meses de prisión, al ser ratificada por el Tribunal Superior de Cúcuta, las dos terceras partes de ella equivalen a sesenta y cuatro (64) meses que Cantillo Bolívar aún no satisface.

En efecto: Su captura se produjo el 12 de junio de 1990 y permaneció privado de su libertad hasta el 25 de junio de 1992 cuando se le excarceló provisionalmente (numeral 5º del art. 439 del Código de Procedimiento Penal), o sea, descontó en esta primera etapa veinticuatro (24) meses y trece (13) días. Revocada por el Tribunal Superior de Cúcuta la libertad concedida por el juzgado del conocimiento, fue nuevamente capturado el 24 de agosto siguiente, descontando en esta segunda oportunidad efectivamente dieciocho (18) meses y trece (13) días, para un acumulado de cuarenta y dos (42) meses y veintiséis (26) días.

Por estudio acredita 1.076 horas que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 97 de la Ley 65 de 1993 le representan una redención de pena equivalente a dos (2) meses y veintinueve (29) días. Como instructor, le figuran 1.212, horas sin que en el certificado correspondiente se especifique en qué área o programa, razón por la cual, no puede la Sala, reconocerle en forma definitiva descuento alguno como instructor, sino como simple trabajo. Tendría derecho por esta actividad a una rebaja adicional de dos (2) meses y quince (15) días, para un acumulado de cuarenta y ocho (48) meses y diez (10) días, inferiores a las dos terceras partes de la pena impuesta en los fallos de instancia.

En consecuencia, no estando acreditado el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, le será negado a Cantillo Bolívar el beneficio de libertad provisional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NIEGA al procesado Robert Angel Cantillo Bolívar el

beneficio de libertad provisional, por las razones consignadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / DEMANDA DE CASACION / AUTO INTERLOCUTORIO

Si bien el artículo 224 del estatuto procesal autoriza que la decisión que concede el recurso de casación se expida a través de un auto de sustanciación, tal permisión no se extiende a la situación opuesta. En tales condiciones y por decidir sobre un aspecto sustancial, como es este de negar el derecho a acceder a una vía legal, la determinación debe ser motivada y por tanto, interlocutoria. Y no podría ser de otra manera, pues cualquier decisión que revierta en perjuicio del procesado ha de provenir de un juez, el cual, en las corporaciones se integra con un determinado número de magistrados y no con uno solo de ellos, a excepción de las salvedades que la propia ley consagra.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 24.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de hecho que *Jaime Cervera Isaza* y *Harvis Velásquez Chila,* condenados como autores de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado, interponen contra la providencia del 12 de noviembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior de Tunja se negó a conceder el recurso extraordinario de casación.

Antecedentes:

El 2 de junio de 1993 la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja decidió el recurso de apelación que la defensa había interpuesto contra la providencia del 12 de marzo anterior en la cual el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Boyacá condenó a Jaime Cervera Isaza y a Harvis Velásquez Chila, a la pena principal de veintiún años

de prisión como autores de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado cometidos contra Saúl Rubio. La sentencia de segunda instancia redujo la pena privativa de la libertad a diecinueve (19) años y adoptó algunas otras determinaciones.

Las notificaciones de la sentencia proferida por el Tribunal se cumplieron así: al Procurador Judicial el 3 de junio; por edicto el 8 de junio; y a los sentenciados el 10 del citado mes.

Conforme a la respectiva constancia secretarial, el término para interponer el recurso extraordinario de casación transcurrió a partir del 11 de junio, lo que implica que venció el 6 de julio de 1993.

El 4 de noviembre de 1993, llegó a la Secretaría del Tribunal Superior de Tunja un memorial en el cual los condenados Harvis Velásquez Chila y Jaime Cervera Isaza manifestaron que interponían el recurso extraordinario de casación.

Providencia impugnada:

Mediante proveído del 12 de noviembre de 1993, el magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja que actuó como ponente del fallo de segunda instancia inadmitió el recurso extraordinario por haber sido interpuesto en forma extemporánea.

El auto anterior se notificó al procurador judicial en la misma fecha de su expedición; por estado el 17 de noviembre de 1993 y a los sentenciados el 30 del citado mes y año, quienes al pie de la diligencia dejaron constancia de que antes de enviar el memorial del 4 de noviembre ya habían enviado otro para la "apelación" el cual había sido decomisado por el director del establecimiento carcelario.

El magistrado que asumió la sustanciación del asunto respondió a la anterior manifestación en auto de "comuníquese" advirtiendo que la Sala sólo podía tomar decisiones basadas en los elementos de juicio aportados al proceso; y dejó a criterio de los condenados que usaran los procedimientos legales, ante las autoridades competentes, para que se investigara la conducta del director de la cárcel.

El 15 de diciembre pasado llegó a la Secretaría del Tribunal Superior de Tunja un memorial firmado por los sentenciados Jaime Cervera Isaza y Harvis Velásquez Chila mediante el cual interponen el recurso de hecho contra la providencia que denegó el recurso extraordinario de casación. Allí mismo sustentan su pretensión aduciendo que a los pocos días de haber sido notificados de la sentencia de segunda instancia interpusieron el recurso de casación en escrito que entregaran al director de la cárcel. Al efecto señalan los nombres de algunos testigos; de igual manera piden que se recauden esos testimonios antes de remitir a la Corte copia de la providencia que se niega a conceder el recurso de casación.

El 21 de enero del año en curso, el magistrado sustanciador dispuso compulsar las copias pertinentes de la actuación, que llegaron a la Secretaría de esta Sala el 26 del mes pasado. En consecuencia, la secretaría mantuvo el expediente a disposición de los procesados durante los días 27, 28 y 31 de enero, con el fin de que lo sustentaran, sin que en ese lapso aquellos hubieran participado en el trámite en forma alguna.

La Sala considera:

Las anomalías y deficiencias que se advierten en las diligencias enviadas a la Sala con motivo del recurso de hecho que promueven los sentenciados Jaime Cervera Isaza y Harvis Velásquez Chila, son múltiples, tales como que el auto impugnado lo profirió un solo magistrado; y que el recurso de hecho fue interpuesto extemporáneamente y no fue sustentado ante esta Corporación.

Estas últimas dos circunstancias bastarían para desechar el recurso sin más consideraciones, tal como lo reglamenta el inciso segundo del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, pues tal es la sanción que el legislador le impone a la parte que se aleja de los parámetros que establece para hacer uso de un derecho procesal.

No obstante, es de advertir que con antelación se incurrió en una irregularidad sustancial que afecta todo el trámite subsiguiente cual es el hecho de que el auto impugnado, que resuelve desfavorablemente el otorgamiento del recurso, fue proferido únicamente por el magistrado que actuó como ponente de la sentencia de segunda instancia.

Esa actuación es anómala, por cuanto si bien el artículo 224 del estatuto procesal autoriza que la decisión que concede el recurso de casación se expida a través de un auto de sustanciación, tal permisión no se extiende a la situación opuesta. En tales condiciones y por decidir sobre un aspecto sustancial, como es este de negar el derecho a acceder a una vía legal, la determinación debe ser motivada y por tanto, interlocutoria. Y no podría ser de otra manera, pues cualquier decisión que revierta en perjuicio del procesado ha de provenir de un juez, el cual, en las corporaciones se integra con un determinado número de magistrados y no con uno solo de ellos, a excepción de las salvedades que la propia ley consagra.

Así las cosas, el auto impugnado no proviene de la autoridad que tiene la facultad de denegar el recurso extraordinario de casación, esto es, el juez plural señalado por la ley y en tales circunstancias evidentemente carece de eficacia procesal. Por ello es imperativo que con base en la causal establecida en el artículo 304.1 de la codificación que se viene citando, se declare la nulidad de lo actuado en este trámite a partir del propio auto impugnado, pues la validez de todas las actuaciones posteriores dependen de ese específico pronunciamiento.

De ahí que en este momento resulte inocuo que el recurso de hecho se hubiera interpuesto fuera de tiempo, e igualmente, que no se hubiera sustentado ante esta superioridad.

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

Resuelve:

DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado en este trámite a partir, inclusive, del auto del 12 de noviembre de 1993, por medio del cual uno de los magistrados integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja denegó la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por los condenados Jaime Cervera Isaza y Harvis Velásquez Chila.

DISPONER que se reponga la actuación viciada.

DEVOLVER este expediente a la oficina de origen a fin de que se adopten las determinaciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en precedencia.

COMISIONAR a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja por el término de tres (3) días para que notifique a los condenados este proveído.

LIBRESE el despacho comisorio pertinente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION (SALVAMENTO DE VOTO) / AUTO DE SUSTANCIACION / AUTO INTERLOCUTORIO

Como el legislador ordenó sin duda que la decisión sobre concesión o denegación del recurso debe ser tomada por auto de sustanciación y los autos de esta naturaleza serán siempre proferidos por el magistrado ponente cuando el juez es colegiado (art. 182 del C. de P. P.), ello y sólo ello explica el por qué el auto en comento sea siempre dictado por el magistrado ponente del Tribunal respectivo y no por la Sala. / La motivación no es característica exclusiva de los autos interlocutorios, ya que muchos de sustanciación son y deben ser motivados.

Con mi habitual respeto, me permito consignar a continuación las razones de mi discrepancia con la decisión de mayoría en el proceso de la referencia:

1. Dice la Corte mayoritariamente: "...se incurrió en una irregularidad, sustancial que afecta todo el trámite subsiguiente cual es el hecho de que el auto impugnado, que resuelve desfavorablemente el otorgamiento del recurso, fue proferido únicamente por el magistrado que actuó como ponente de la sentencia de segunda instancia.

"Esa actuación es anómala, por cuanto si bien el artículo 224 del estatuto procesal autoriza que la decisión que conceda el recurso de casación se expida a través de un auto de sustanciación, tal permisión no se extiende a la situación opuesta. En tales condiciones y por decidir sobre un aspecto sustancial, como es este de negar el derecho de acceder a una vía legal, la determinación debe ser motivada y por tanto, interlocutoria. Y no podría ser de otra manera, pues cualquier decisión que revierta en perjuicio del procesado ha de provenir de un juez, el cual, en las corporaciones se integra con un determinado número de magistrados y no con uno solo de ellos, a excepción de las salvedades que la propia ley consagra".

2. El meollo de la cuestión está en la forma como se interprete el artículo 224 del C. de P. P.; para el suscrito el alcance del contenido de ese precepto no es claro, por lo que amerita una interpretación sistemática y aún teleológica. En efecto, literalmente la norma dice

"quien haya proferido la sentencia decidirá dentro de los tres días siguientes si lo concede". Es evidente que quien profiere la sentencia es el Tribunal no el magistrado ponente y que la locución "decidir si lo concede", significa pronunciarse en uno u otro sentido sobre la viabilidad del recurso, es decir, concederlo o negarlo. Así las cosas, tal cometido, correspondería siempre a la Sala y nunca al magistrado ponente; más como el legislador lo que tuvo en mente al reformar este trámite fue la necesidad de acelerar el procedimiento, dijo expresamente que tal decisión debe tomarse "mediante auto de sustanciación", lo que no excluye que en uno u otro sentido deba ser siempre motivado, seguramente en consideración a ser un trámite de mero impulso procesal y con la garantía de ser revisado siempre por la Corte, bien en el acto de ajuste de la demanda en donde previamente debe constatar la viabilidad de la impugnación, o a través del recurso de hecho que expresamente quedó consagrado para el evento en que sea negado el extraordinario por el Tribunal (art. 207, inc. 2º).

Ahora, como el legislador ordenó sin duda que la decisión sobre concesión o denegación del recurso debe ser tomada por auto de sustanciación y los autos de esta naturaleza serán siempre proferidos por el magisarado ponente cuando el juez es colegiado (art. 182 C. de P. P.), ello y sólo ello explica el por qué el auto en comento sea siempre dictado por el magistrado ponente del Tribunal respectivo, y no por la Sala como lo entendió la providencia mayoritaria.

3. Una razón más para que la decisión referida no sea de carácter interlocutorio, es que contra ella no existe recurso de apelación, luego qué objeto tiene hacer intervenir la Sala de un Tribunal (lo que hace más dilatado el procedimiento) cuando la decisión que tome el solo ponente siempre tendrá el control de la Corte por cualquiera de las dos vías ya señaladas. No ve el suscrito, entonces, que se afecten las garantías de las partes por tomar la decisión mediante auto de sustanciación como lo ordena, por lo demás, la ley.

Tampoco es valedero el argumento de mayoría consistente en que es interlocutoria la decisión porque debe ser motivada, pues ya se ha dicho y es verdad de perogrullo, que la motivación no es característica exclusiva de los autos interlocutorios, ya que muchos de sustanciación son y deben ser motivados. Los argumentos en que se fundan las decisiones judiciales — y eso es motivar— es una garantía y como tal, debe ser una característica de toda decisión de ese orden. Y tan cierto es esto, que el inciso final del referido artículo 224 del C. de P. P., faculta expresamente al magistrado ponente para declarar desierto el recurso por la no presentación en tiempo de la demanda. Con lo que se demuestra que la filosofía de ese precepto es que toda decisión relacionada con la concesión o no del recurso y su trámite ante el Tribunal ha de ser tomada por auto de sustanciación.

Dídimo Páez Velandia, Magistrado.

Fecha ut supra (marzo 9 de 1994).

CALUMNIA

De conformidad con la preceptiva del artículo 314 del Código Penal, el delito de calumnia básicamente se estructura por la imputación falsa que a otro se haga de algún hecho punible. Esa atribución de determinada acción u omisión, debe tener tal condición, esto es, que no corresponda a la realidad y estar referida exclusivamente a hechos a los cuales la misma ley les ha otorgado el calificativo de punibles, que para efectos penales, son los mentados en el artículo 18 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 24.

Vistos:

Decide la Corte si existe o no mérito para abrir investigación penal en este asunto.

Hechos:

A raíz de una publicación periodística aparecida en distintos diarios de circulación nacional el 11 de marzo de 1993, intitulada *"Bancos violan la Ley de Refinanciación Cafetera"*, los directores de la Caja Agraria de las Oficinas de la Inspección de Gaitania-Planadas y del Municipio de Planadas (Tolima), formularon cargos contra el representante a la Cámara *Carlos García Orjuela,* por encontrar calumniosas las afirmaciones que allí se contienen.

El siguiente es el contenido de la publicación origen de la denuncia:

> "Con pruebas en la mano recolectadas en las puertas de las entidades oficiales de crédito, el parlamentario Carlos

García Orjuela denunció que los gerentes locales del Banco Cafetero y la Caja Agraria en Tolima y Huila están violando la Ley 34 de 1993 por la cual se refinancian las deudas de cafeteros, algodoneros, arroceros y demás productores agrícolas.

"García Orjuela, quien fue ponente de la ley en la Cámara de Representante, dijo que tales funcionarios, 'interpretando a su acomodo la ley', están exigiendo el pago de intereses y capital por adelantado o, de lo contrario, no refinancian a los agricultores.

"Esta conducta es violatoria de la Ley 34 y de los Decretos reglamentario 233 y 433 de febrero 3 y marzo 5 del presente año, dijo García Orjuela, quien solicitó la intervención de la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia Bancaria con el objeto de que se investigue y sancione a los responsables.

"En carta dirigida al Superintendente Bancario, José Elías Melo, el representante García Orjuela le pidió la aplicación de las medidas consignadas en el Estatuto Orgánico del sistema financiero así como las previstas en la propia ley para sancionar a funcionarios y entidades crediticias que estén violando o dilatando la aplicación de la ley de refinanciación".

También se indica que en la carta de denuncia dirigida al Superintendente Bancario, el representante García Orjuela anexó la declaración verbal de varios agricultores del Tolima y Huila, según las cuales no solamente se los ha negado el derecho a refinanciar sus créditos, sino que se les han impuesto y exigido condiciones onerosas.

Sinopsis probatoria:

1. Al ampliar la denuncia José Luis Alzate Henao anota que no obstante lo asegurado en los comunicados de prensa, relacionados con una posible violación de la Ley 34 de 1993 por parte de algunos bancos, lo cierto es que para entonces ellos, como empleados bancarios, no habían aún recibido órdenes internas sobre su aplicación y tampoco les había sido remitido su texto. Y que, como uno de los casos allí referidos era el del señor Elmer Tavera, debía tenerse en cuenta que cuando a éste se le informó sobre el pago al menos de intereses si aspiraba a un arreglo de su crédito, ello se hizo de acuerdo con lo contemplado en el Manual de Administración de Cartera y Cobros Judiciales de la Caja Agraria por entonces vigente. Que también con referencia exclusiva a esta reglamentación, en otra oportunidad informó a los caficultores que si aspiraban a que sus créditos en mora tuvieran algún arreglo, debían previamente cancelar —a título de intereses— al menos un 30% para poder arreglar sus créditos vencidos.

Es reiterativo en afirmar que cuando estos hechos ocurrieron no se había reglamentado por la Caja Agraria la aplicación de la Ley 34 de 1993, lo que le impedía entrar a ejecutarla por su cuenta.

2. Por su parte, José Raúl Rocha Rodríguez, director de la Caja Agraria del Municipio de Planadas, asegura que conoció el texto de la Ley 34 en el mes de febrero de 1993 cuando algunos usuarios le llevaron la copia que, a su turno, les había hecho llegar al representante para que exigieran su cumplimiento, sin que para entonces estuviera reglamentada su operatividad. Que luego les fue remitida la Carta Circular número 934 de la Gerencia Departamental de la Caja Agraria, donde se le daban las primeras instrucciones para la aplicación de dicha ley y, posteriormente, el 18 de marzo de ese año, procedente del Departamento de Cartera del Banco de la República, les llegó la reglamentación que permitía su aplicación integral.

3. En versión libre y espontánea el representante Carlos García Orjuela comienza por señalar que por razón de la crisis cafetera originada en la caída del precio del grano, se puso de presente la deuda interna de los caficultores con los bancos oficiales, lo que dio lugar a la protesta del sector, que encontró eco de inmediato, pues por esa época, se presentó un proyecto orientado a aliviar su situación con una refinanciación de deudas hasta por 4 ó 5 años, con un período de gracia de un año para intereses y capital. Como en la etapa del trámite final de dicho proyecto fue designado ponente coordinador, hubo de participar en diversos foros y reuniones para oír las propuestas de los productores, hasta llegar a un acuerdo con el Gobierno para su aprobación final.

Agrega que siendo conocido del país entero el trámite de esa ley, las gentes dejaron de pagar sus deudas en espera de su aprobación, pero no solamente frente a la oficina de la Caja Agraria en Planadas, sino ante todos los bancos interesados en el problema, sin que de su parte hubiera precedido insinuación en tal sentido. Precisa que durante su gestión como coordinador del referido proyecto, jamás produjo expresiones irresponsables que comprometieran su credibilidad o perturbaran el orden público.

Al ser preguntado sobre reclamos que se le hubieran formulado por falta de aplicación de la refinanciación de créditos, contesta que aún hoy, no sólo en Planadas sino en muchas partes del país, los agricultores usuarios de créditos vencidos se quejan de que no les es fácil obtener los beneficios de la ley, porque existen resoluciones de la Superintendencia Bancaria que dificultan aún para los propios funcionarios su aplicación. Y agrega que, en una de sus visitas a la región del sur del Tolima, entre ellas Planadas, realizada con posterioridad a la promulgación de la ley, varios campesinos de la región le solicitaron su intervención pues no habían sido objeto de la refinanciación. Entre ellos recuerda a Uldarico Andrade, Julio César Ramírez, Evergisto Olaya, Alfonso Devia Tapiero. Todas estas quejas las trasladó a la

Comisión Tercera Económica de la Cámara, luego de lo cual puso el hecho en conocimiento del Superintendente Bancario para que se impusieran las sanciones disciplinarias si a ello había lugar.

Finaliza precisando: "Jamás he denunciado a los señores gerentes de la Caja Agraria de Gaitania y Planadas, ni de ninguna otra oficina del país. Lo que he hecho es transmitirle al gerente general en Bogotá y al Superintendente Bancario y al Procurador General de la Nación la vigilancia sobre el cumplimiento de la ley, ya que como lo reconoce el Gerente Departamental del Tolima no se había reglamentado su aplicación hacia los inicios del mes de abril del 93. Cuando visité en febrero del 93 al municipio de Planadas yo les pedí el favor a quienes recurrían a mí con sus quejas que me las fundamentaran y que me dieran su nombre completo, su número de cédula y la entidad bancaria para ayudarles, pero, en ningún momento con el ánimo de denunciar a alguien en particular sino aclarar un procedimiento y favorecer tanto al usuario como a la entidad".

5. Obra en autos la comunicación de marzo 9 de 1993, dirigida por el Representante al Superintendente Bancario. En ella se indica que en cumplimiento de la Ley 34 de 1993 y sus Decretos reglamentarios 233 de febrero 3 y 433 de marzo 5 de 1993, las entidades oficiales deben atender las solicitudes de refinanciación. Que un gran número de agricultores le ha hecho conocer que gerentes locales de oficinas del Banco Cafetero y la Caja Agraria, les exigen abono a capital más intereses para entrar a considerar la solicitud de refinanciación, citando, entre otros, a Uldarico Andrade, Aracely Pérez de Andrade, Evergisto Olaya, Julio César Ramírez, Elmer Tavera y Alfonso Devia.

6. El superintendente responde que de acuerdo a circular interna, se le dio traslado de las inquietudes a las entidades financieras respectivas, para que explicaran lo ocurrido, "sin que se haya evidenciado irregularidad alguna en la aplicación de tales normas por parte de los intermediarios financieros que se encuentran obligados a su acatamiento, especialmente en los casos que fueran denunciados por usted". Se anexa copia del informe del Gerente Departamental de la Caja Agraria en el Tolima, donde textualmente se indica:

> "Como se puede observar, de parte de nuestros funcionarios se ha venido brindando atención oportuna a nuestra clientela y los posibles arreglos no se habían cristalizado en los meses de diciembre de 1992 y enero de 1993, *en razón a que se desconocían las medidas especiales decretadas por el Gobierno nacional*".
>
> Más adelante se agrega: *"De acuerdo con el cronograma adjunto, las oficinas inician el programa a partir del mes de abril de 1993, luego no era posible la reestructuración del sector, ya que las oficinas no contaban con la totalidad de la reglamentación"*.

La Corte:

1. La Corporación es competente para conocer de esta investigación, pues si en la actualidad el denunciando Carlos García Orjuela ostenta la calidad de representante a la Cámara, tal como se acreditó en autos con los documentos de rigor legal, su situación especial de fuero se acomoda plenamente a las nuevas previsiones de la Carta Política sobre el particular.

2. De otra parte, como la jurisdicción se encuentra frente a una denuncia por un presunto delito de calumnia, para cuya investigación se ha previsto como condición de procedibilidad la formulación de querella por parte del interesado, se concluye que también este requisito se cumple pues los cargos que al unísono lanzan contra el representante, los señores José Luis Alzate Henao y José Raúl Rocha Rodríguez, directores de las oficinas de la Caja Agraria en la inspección de Gaitania-Planadas y el municipio de Planadas (Tolima), en su orden, en su condición de eventuales afectados con los hechos, han sido reiterados bajo la gravedad del juramento dentro del presente averiguatorio penal.

3. Aclarado lo anterior, véase el concreto cargo atribuido al parlamentario: Haber afirmado por el mes de marzo de 1993, que algunas instituciones bancarias se negaban a dar cabal cumplimiento a la Ley 34 de 1993, sobre refinanciación de créditos agrarios, aprobada por el Congreso desde el 16 de diciembre de 1992 y sancionada el 5 de enero siguiente. La irregularidad, en concreto, se estructuraría a partir de la exigencia de las instituciones bancarias de cancelación de intereses, en determinados porcentajes, dirigida a lograr la refinanciación de sus créditos, cuando esta situación específica no estaba contemplada en la susomentada ley.

4. De conformidad con la preceptiva del artículo 314 del Código Penal, el delito de calumnia, básicamente se estructura por la imputación falsa que a otro se haga de un hecho punible. Esa atribución de determinada acción u omisión, debe tener tal condición, esto es, que no corresponda a la realidad y estar referida exclusivamente a hechos a los cuales la misma ley les ha otorgado el calificativo de punibles, que para efectos penales, son los mentados en el artículo 18 del Código Penal.

De lo anterior se tiene que, como lo ha reiterado la Colegiatura, "cuando la imputación verse sobre un hecho que la ley no ha descrito como delito o contravención, o cuando ella se refiere a un comportamiento efectivamente realizado por el sujeto pasivo y subsumible en cualquier tipo delictivo o contravencional, la conducta del agente no genera responsabilidad penal por ausencia de tipicidad, ya que no se da en tales casos un pleno acomodamiento de la acción del actor en todos y cada uno de los elementos integradores de esta figura, pues el hecho imputado no es punible, o, él corresponde a uno efectiva-

mente realizado por la persona a quien se atribuye y, por ende la imputación no ha sido falsa" (Providencia, abril 5 de 1991, magistrado ponente doctor Calvete Rangel).

5. Regresando al caso de la especie, pronto se concluye que se dan las hipótesis de atipicidad mencionadas en el acápite antes transcrito. En efecto, la primera conclusión que se obtiene es la de que el representante no ha lanzado cargos directos contra los querellantes, pues los elementos de juicio aportados indican que se limitó a transmitir las quejas de unos campesinos del sector cafetero, inicialmente a la Comisión Tercera Económica de la Cámara para que se diera sobre el punto el respectivo debate, y luego a la Superintendencia Bancaria, pues consideró que era este el organismo indicado para investigar lo que estaba ocurriendo en orden a que se impusieran las condignas sanciones disciplinarias si a ello había lugar.

Basta la remisión en este contexto al contenido de la comunicación dirigida por el doctor García Orjuela al Superintendente Bancario, para concluir que su intención al proceder de esa manera no era otra que la exteriorizada en la diligencia de versión libre y espontánea: Colaborar en la solución del problema que le narraron campesinos del sector cafetero, haciendo conocer la situación a los entes gubernamentales competentes para ello. En esta comunicación —bueno es resaltarlo— no se indica agencia u oficina alguna de la Caja Agraria, ni se señalan los nombres de sus directores. La información es de un innegable contenido genérico puesto que incluye referencias tanto a la Caja Agraria como al Banco Cafetero en sus oficinas del Tolima y Huila, como aquellas instituciones que podían estar cometiendo irregularidades en la refinanciación de los créditos referida en la Ley 34 de 1993.

No entraña, pues, este modo de actuar una atribución o imputación directa a una persona determinada de hechos falsos y, por contrario, la actividad del parlamentario aparece precedida de corrección, al buscar en los organismos competentes la solución a los problemas de los campesinos del sector cafetero, mediante el informe de las quejas que, a su turno, le habían sido transmitidas en distintas oportunidades.

5. De otra parte, claro surge que los hechos referidos en la nota dirigida al Superintendente Bancario, que fueron luego repetidos por los medios de comunicación, realmente acontecieron como allí se precisa. Esta conclusión se obtiene sin dificultad del informe del Gerente Departamental de la Caja Agraria del Tolima, que indica que como las oficinas iniciaron el programa a partir del mes de abril de 1993, "no era posible la reestructuración del sector, ya que las oficinas no contaban con la totalidad de la reglamentación".

Y es que sobre este aspecto, bueno es recordar que los mismos querellantes —en una u otra forma— han explicado que a pesar de haber sido promulgada la Ley 34 de 1993, en los primeros meses de ese año no la estaban aplicando, pues esperaban órdenes de sus su-

periores, en tanto que por cuenta propia no podían proceder a su ejecución, manifestaciones que coinciden plenamente con el informe rendido por el Director Departamental de la Caja Agraria del Tolima, a que antes se hizo referencia.

Si para el mes de marzo de 1993, el doctor García Orjuela informó a la Cámara de Representantes y al Superintendente Bancario que no se estaba dando aplicación a la Ley 34 de 1993 por parte de algunas entidades bancarias y que por ello los cafeteros se quejaban de las dificultades que tenían para la refinanciación de sus créditos, tales afirmaciones y las recibidas de los caficultores, eran ciertas. Esta coyuntura elimina, de contera, la posibilidad de que se trate de imputaciones falsas, que es otra de las exigencias que reclama el artículo 314 del C. Penal para la estructuración del delito-tipo de calumnia.

La circunstancia de que los directores de las agencias de la Caja Agraria y el Banco Cafetero investigados por petición del representante, no hubieran sido sancionados disciplinariamente, no tiene la virtualidad de eliminar la existencia misma de la situación fáctica en que la queja se fundamentó, que es lo que tiene relevancia en este momento en que se investiga si se está o no en presencia de comportamiento calumnioso que amerite una investigación penal.

6. Finalmente, es incuestionable que las afirmaciones que el representante García Orjuela hizo en las oportunidades que vienen de referirse, tienen relación apenas con irregularidades en la aplicación de una normatividad que beneficiaba a un sector productivo de la población, en tanto que consagraba refinanciación de sus créditos en muy favorables condiciones, pero en modo alguno entrañan la atribución o imputación a personas determinadas de verdaderos hechos punibles.

Si a lo anterior se agrega la postura seria y reiterada del representante, al insistir que su comportamiento no estuvo precedido de ánimo de calumniar o denunciar a terceros, sino apenas de proporcionar una ayuda a los campesinos del sector agrario para la solución al problema de sus créditos en mora, poniendo de presente las irregularidades que se estaban presentando en la aplicación de la ley tantas veces referida, fuerza es concluir que tampoco se reúne la exigencia relacionada con la atribución de un "hecho punible", a que se hizo referencia en este acápite.

7. Así las cosas, no apareciendo configurados los elementos compositivos del delito de calumnia, forzoso es concluir que por ausencia de tipicidad, el hecho atribuido al representante, carece de relevancia jurídica, lo que apareja el proferimiento de una decisión inhibitoria con sustento legal en el artículo 327 del C. de P. P.

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

Resuelve:

Primero. ABSTENERSE de abrir proceso penal en contra del representante a la Cámara, Carlos García Orjuela, por las razones consignadas en la anterior motivación.

Segundo. ARCHIVAR las diligencias una vez en firme esta providencia, sin perjuicio de lo previsto en el inciso final del artículo 327 del C. de P. P.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / NULIDAD / CONFESION

Obligatoriamente, sin importar el estado del proceso, sin tenerse en cuenta el factor temporal, ni mucho menos las diferentes especies delictivas, la Jurisdicción de Orden Público debe conocer de los punibles que se le atribuyen y de los conexos con ellos, incluso sin tomar en cuenta otras jurisdicciones que pudieran tener algún tipo de injerencia en el asunto —con las excepciones legales allí previstas— jurisdicción de menores y casos de fuero constitucional y con la salvedad, naturalmente del principio de favorabilidad. / Como quiera que la normatividad que regía los procesos que se ventilaban ante la Jurisdicción de Orden Público presentaba diferencias con la ordinaria, debe observarse si éste comportaba algunos instrumentos procesales favorables para los intereses de los acusados. De ser así, y al estar demostrado que los hechos se sucedieron bajo su vigencia, habría necesidad de continuar aplicando sus previsiones. / En la etapa de la causa es de ver una diferencia fundamental: En la jurisdicción ordinaria tiene lugar la audiencia pública, acto último y a buen seguro, el de mayor trascendencia para el acusado, al tener a su disposición la oportunidad plena de defenderse y controvertir la prueba de cargo tanto personalmente como a través del letrado que lo representa. Las normas de orden público no contemplaron la celebración del debate oral pues luego de realizarse el período probatorio del juicio, se citaba a sentencia. En virtud del principio de favorabilidad —instituto que frente a una situación de contraste encuentra su razón de ser en la aplicación más favorable al reo— salta a la cara que el proceso ordinario era más benéfico y menos gravoso para los intereses del acusado. / El instituto de las nulidades se creó para remediar vicios estructurales del proceso que por su esencia afectan los intereses de los sujetos procesales. / El derecho sustancial prevalece sobre el procedimental lo ordena la Constitución. / Se ha dicho que la benevolencia del Estado se encuentra sigmada por el premio que merece el delincuente que colabora con la justicia al proporcionar los detalles necesarios que denotan

no sólo los pormenores de la conducta en sí, sino también —si es el caso— el revelamiento de la participación de otras u otras personas en la comisión del injusto. / Si la investigación es capaz por sí misma de suministrar los elementos de juicio necesarios para desentrañar el suceso criminoso, los datos del encartado advienen innecesarios. Esto sucede cuando las características del hecho o el acervo probatorio desde un comienzo muestran con certeza sus autores y circunstancias.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 24.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Norberto Lizarazo Acevedo contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable de los delitos de homicidio y secuestro extorsivo, sancionándolo a purgar la pena principal de catorce (14) años de prisión, imponiéndole como accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, así como al pago de los perjuicios causados con los hechos punibles. En el proceso se acumularon tres causas y se condenaron varios procesados, centrando su atención la Sala únicamente en lo que hace referencia con el recurrente.

Hechos:

El Tribunal resumió los sucesos criminosos en los siguientes términos:

"Primera causa.

"Los hechos ocurrieron en las horas de la noche del seis (6) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) en el interior del restaurante denominado 'Niqui', ubicado en la calle 13 con carrera 23 de Bogotá, donde se presentó una discusión y posterior riña entre Julio Ernesto Daza y Gerson Omar Cañón Sarmiento, en cuyo desarrollo, el último de los acusados le causó herida cardíaca al primero, con arma cortopunzante, la cual determinó su muerte momentos

más tarde en el hospital 'San José' de esta ciudad. Por estos hechos fue residenciado en juicio criminal Gerson Omar Cañón Sarmiento.

"Segunda causa.

"El siete (7) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987), en el patio séptimo del Centro de Reclusión Nacional 'La Modelo', resultó herido con arma cortopunzante el interno José Ismael Peña Delgadillo, quien falleció luego en las dependencias de sanidad del centro carcelario, como consecuencia de la lesión recibida, la cual le interesó el corazón y la aorta. Por estos hechos fue enjuiciado otro interno de nombre Norberto Lizarazo Acevedo, cuyas prendas fueron halladas luego por los guardianes del penal, impregnadas de sangre.

"Tercera causa.

"El episodio fáctico de esta causa se registró la tarde del dieciocho (18) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987) en el Centro de Reclusión Nacional 'La Modelo', cuando el personal de la guardia que prestaba servicio en el pabellón de aislamiento, advirtió el amotinamiento de los reclusos, siendo tomados como rehenes algunos de los guardianes por los internos Alfonso Piñeros Sardi, Marco Tulio Gómez Ramírez, Norberto Lizarazo Acevedo, Gerson Omar Cañón Sarmiento, John Villabón Méndez, Luis Enrique Tamayo y Alexander Betancourt Ramírez; quienes armados de cuchillos de fabricación carcelaria, exigieron por la liberación de los rehenes, la presencia del Director General de Prisiones, para que ordenara su traslado a otros centros carcelarios, particularmente a la ciudad de Manizales. El funcionario accedió a las exigencias y dispuso el traslado de los internos a la capital caldense, y una vez cumplido el objetivo, fueron liberados los rehenes y entregadas las armas. En desarrollo de estos hechos de insubordinación, resultó lesionado con arma cortopunzante el guardián nacional Ernesto Rangel. Los sujetos Cañón Sarmiento, Lizarazo Acevedo, Piñeros Sardi y John Jairo Villabón, fueron *citados a audiencia*, como responsables del delito de 'secuestro extorsivo' ".

Sinopsis procesal:

Respecto a la actuación cumplida en cada una de las investigaciones acumuladas, la delegada hizo la siguiente síntesis:

"Primera causa.

"Con fundamento en los antecedentes procesales, el Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal, abrió la correspon-

diente investigación y en el decurso de la misma vinculó mediante indagatoria a Gerson Omar Cañón Sarmiento.

"Durante la etapa instructiva se allegó diversidad de prueba de índole pericial, documental y testimonial que sirvió de fundamento al instructor para proferir resolución de acusación en contra de Cañón Sarmiento por el delito de homicidio simple, punible por el que igualmente le dictó medida de aseguramiento (interlocutorio del 26 de mayo de 1989, fl. 188, cuaderno número 1).

"En la etapa de la causa, el Juzdado Cuarto (4º) Superior a quien le correspondería adelantar el juicio recibió comunicación del Juzgado 27 de su misma categoría sobre la existencia de causas acumuladas en contra de Gerson Omar Cañón Sarmiento, John Jairo Villabón, Alfonso Piñeros Sardi o Daniel Salcedo Abadía y Norberto Lizarazo Acevedo.

"Segunda causa.

"El Juzgado 72 de Instrucción Criminal, con fundamento en el acta de levantamiento, la versión libre y espontánea de Norberto Lizarazo Acevedo, quien se mostró ajeno a los hechos y la recepción de otras declaraciones abrió la correspondiente investigación y en el decurso de la misma oyó en indagatoria a Lizarazo Acevedo, quien en esta intervención admite la comisión del homicidio de José Ismael Peña Delgadillo aduciendo haber actuado en legítima defensa.

"Por interlocutorio del 19 de enero de 1987, el Juzgado instructor resuelve la situación jurídica del indagado con medida de detención por el delito de homicidio (fls. 69 y ss. del cuaderno número 2).

"Durante la etapa instructiva se practicó diversidad de pruebas e igualmente se allegaron otras que sirvieron de fundamento al Juzgado instructor para proferir resolución de acusación en contra de Norberto Lizarazo Acevedo por el delito de homicidio sin reconocimiento de la causal de justificación de la legítima defensa invocada por el acusado (interlocutorio del 9 de junio de 1989 —fls. 204 y ss. *ibidem*).

"En la etapa de la causa, el Juzgado Primero Especializado de esta ciudad comunicó al Juzgado 27 Superior a quien le correspondiera adelantar el juicio, que ese Despacho adelantaba proceso en contra de Norberto Lizarazo Acevedo, Alfredo Piñeros Sardi o Salcedo Abadía Daniel, John Jairo Villabón, Gerson Omar Cañón Sarmiento y Marco Tulio Gómez Ramírez o José Hernán Ramírez Galeano, por los punibles de secuestro extorsivo, lesiones personales y hurto, y

que en el proceso se había proferido auto de citación a diligencia de audiencia pública con ejecutoria el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por lo cual el Juzgado Superior dispuso remitir las diligencias al especializado, pues en la actuación procesal adelantada por ese Despacho en contra de Lizarazo Acevedo, la citación para audiencia pública había quedado en firme el 19 de abril del mismo año (auto del 27 de octubre de 1989, fl. 41, cuaderno número 3).

"El Juzgado Especializado no aceptó los planteamientos del Juez Superior sobre la acumulación de las causas y por auto del treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (fl. 48) propuso colisión de competencia negativa.

"Por auto del 27 de noviembre de 1989 (fl. 53) el Juzgado 27 Superior se declaró competente para conocer de las causas y por ende decretó la acumulación de la causa seguida contra Norberto Lizarazo Acevedo y otros por secuestro extorsivo y otros en el Juzgado Primero Especializado a la que adelantaba el superior en contra de Lizarazo Acevedo por el delito de homicidio.

"El Juzgado Cuarto Superior (hoy Juzgado 48 Penal del Circuito) comunicó a su homólogo (27 Superior) que en ese despacho cursaba en contra de Gerson Omar Cañón Sarmiento por el delito de homicidio (primera causa) en el cual había recaído resolución de acusación en contra del procesado, la cual había cobrado ejecutoria el 8 de junio de 1989, pero como quiera que la causa seguida contra Cañón Sarmiento y otros, por parte del Juzgado Especializado había cobrado firmeza el 15 de junio de 1989, el Juzgado 27 Superior dispuso remitir las dos causas acumuladas al Juzgado Cuarto de su misma categoría (Auto del 12 de julio de 1990, fl. 134). Esta decisión no fue admitida por el Juzgado Cuarto, aduciendo entre otras cosas que en uno de los procesos acumulados adelantados por el Juzgado Especializado y seguido contra Gerson Omar Cañón Sarmiento, se había proferido auto de llamamiento a juicio que había quedado ejecutoriado el 19 de abril de 1989; en consecuencia la acumulación y tramitación de los juicios correspondía al Juzgado 27 Superior, despacho a quien propuso colisión de competencia negativa por auto del 16 de julio de 1990 (fl. 138) el Juzgado 27 Superior no admitió los argumentos de su colega, disponiendo remitir las diligencias al Tribunal Superior que dirimiera la colisión, mediante auto del 17 de julio de 1990 (fl. 141).

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por auto del 3 de agosto de 1990 (fls. 2 y ss. del cua-

derno del Tribunal) dirimió la competencia en el Juzgado Cuarto Superior Despacho en el que primero cobró ejecutoria la resolución de acusación proferida en contra de Gerson Omar Cañón Sarmiento.

"Por auto del 24 de agosto de 1990 (fl. 256) el Juzgado Cuarto Superior (actual 48 Penal del Circuito) acumuló a la causa que adelantaba ese Despacho en contra de Cañón Sarmiento las procedentes del Juzgado 27 Superior.

"Tercera causa.

"Con fundamento en el informe rendido por el director y asesor jurídico de la Cárcel Nacional Modelo, sobre el amotinamiento y secuestro de varios guardianes del citado penal por parte de algunos internos entre los cuales se encontraba Norberto Lizarazo Acevedo y que tuviera ocurrencia el 18 de enero de 1987, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal abrió investigación y en el desarrollo de la misma oyó en declaración a los guardianes detenidos por lo cual se vinculó mediante indagatoria entre otros a Sardi Alfonso Piñeros o Salcedo Abadía Daniel o Abel, Gerson Omar Cañón Sarmiento y Norberto Lizarazo Acevedo, quienes admitieron haber participado en los hechos porque con anterioridad habían solicitado su traslado del precitado centro carcelario ya que sus vidas corrían peligro y no habían recibido respuesta alguna.

"El Juzgado instructor al resolverle la situación jurídica de los indagados profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el punible de secuestro simple, haciendo extensiva la medida por lesiones personales en contra de Sardi Alfonso Piñeros (Auto de agosto 31 de 1987, fl. 204 del cuaderno número 4).

"Agotada inicialmente la etapa instructiva, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario mediante providencia de 4 de octubre de 1988, en resolución de acusación en contra de los procesados por el delito de secuestro simple, a más del punible de lesiones personales para el acusado Sardi Alfonso Piñeros o Salcedo Abadía Daniel. Igualmente en esta decisión se decretó el cese del proceso en favor de Luis Enrique Tamayo Salazar y Betancourth Rodríguez Alexander (fl. 393 del cuaderno número 4).

"El Juzgado 23 Penal del Circuito a quien le correspondió en principio adelantar la etapa de la causa, para el momento de proferir el control de legalidad, dispuso decretar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, al considerar que la conducta desplegada por los internos pro-

cesados no podía considerarse como un secuestro simple como equivocadamente lo calificara el instructor, sino un secuestro extorsivo dada las exigencias y propósitos de los mismos; por consiguiente la competencia radicaba en los Juzgados Especializados (Auto del 11 de noviembre de 1988, f. 421).

"Correspondiéndole por reparto el proceso al Juzgado Primero Especializado, Despacho que por auto del 1º de diciembre de 1988 decretó el cierre de investigación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 2ª de 1984 e igualmente dispuso correr el término legal a las partes para alegar (fl. 438).

"El Juzgado Primero Especializado, por auto del 15 de febrero de 1989 profirió citación a audiencia en contra de los sindicados por el delito de secuestro extorsivo, a más de los delitos de lesiones personales para Alfonso Piñeros Sardi y hurto para Marco Tulio Gómez Ramírez o José Hernán Ramírez Calcano. Así mismo, ordenó ampliar la investigación en contra de los acusados que habían sido favorecidos con cese de proceso por parte del Juzgado Superior (fls. 458 y ss.) (sic).

"Abierto el juicio a pruebas, mediante auto del 15 de junio de 1989 (fl. 544) se dispuso la práctica de algunas pruebas solicitadas por el procesado John Jairo Villabón así como unas diligencias decretadas de oficio.

"Compendiadas las diversas causas por parte del Juzgado Cuarto Superior, hoy 48 Penal del Circuito, se dispuso la acumulación de las mismas al proceso seguido en ese despacho en contra de Gerson Omar Cañón Sarmiento por el delito de homicidio, mediante auto del 24 de agosto de 1990 (fl. 256).

"Adelantada la etapa de la causa y llevada a cabo la diligencia de audiencia pública el Juzgado de conocimiento profirió sentencia condenatoria en contra de Norberto Lizarazo Acevedo y Gerson Omar Cañón Sarmiento respectivamente a quienes impuso las penas de 14 y 15 años de prisión por los delitos de secuestro extorsivo y homicidio. Igualmente condenó a John Jairo Villabón y Alfonso Piñeros Sardi o Daniel Salcedo Abadía respectivamente a las penas principales de 7 y 9 años de prisión como autores materiales responsables de los delitos de secuestro extorsivo, más el punible de lesiones personales para Alfonso Piñeros Sardi. Así mismo impuso como penas accesorias para los acusados la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal para cada uno".

La demanda:

Con fundamento en las causales de casación *tercera* y *primera*, cuerpos primero y segundo el recurrente eleva los siguientes reproches:

Primero:

Considera que el fallo se dictó en un proceso viciado de nulidad por incompetencia de juez. Al efecto, recuerda que las causas por los delitos de homicidio contra Norberto Lizarazo Acevedo (Juzgado 27 Superior) y Gerson Omar Cañón Sarmiento (Juzgado Cuarto Superior) fueron acumuladas con la adelantada por el secuestro extorsivo (Juzgado Primero Especializado), acatando lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 2ª de 1984.

La situación cambió al dictarse los Decretos 2790 de 1990, 99 y 390 de 1991, al establecerse que el adelantamiento de los procesos por los delitos de secuestro, cualquiera fuese su modalidad, le correspondería a la Jurisdicción de Orden Público. Para corroborar lo anterior advierte que el artículo 10 del Decreto 2790 de 1990, modificado por el artículo 4º del Decreto 1676 de 1991 "...definió la competencia de juzgamiento de los jueces superiores en los casos de secuestro, excluyendo la posibilidad de conocimiento de los delitos de secuestro extorsivo".

Por consiguiente, desde el dieciséis (16) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), el Juzgado Cuarto (4º) Superior (hoy 48 Penal del Circuito) perdió su competencia para adelantar el juzgamiento y, por ende, todas sus actuaciones a partir de esta fecha se encuentran afectadas de nulidad. La Sala deberá reconocerlo así ordenando rehacer el trámite desde el día en comento.

Segundo:

En forma subsidiaria, en el evento de que se descarta el anterior ataque, y también en el ámbito de la causal tercera solicita de la Colegiatura, se case parcialmente el fallo "...ordenando el reconocimiento de la reducción de pena establecida por el artículo 299 del C. P. P....", cuya aplicabilidad es manifiesta dentro del proceso que por el delito de homicidio se acumulara para la decisión común del Tribunal, dado que en la injurada de rigor, Lizarazo aceptó ser el autor del delito aduciendo legítima defensa frente al ataque de que fue objeto por parte de José Peña. Al final aclara que la versión que rindiera en el establecimiento carcelario es inexistente por haberse realizado sin la presencia de defensor, amén de que la captura no se produjo en flagrancia.

Tercero:

Lo formula con fundamento en la causal primera, enunciándolo como "violación de la norma sustancial por error en la apreciación

de la prueba". Lo centra en el delito de secuestro y parte de la solicitud de traslado hecha por los implicados para salir de la Cárcel Nacional Modelo a cualquier otro establecimiento carcelario. Respalda el aserto no sólo con sus propias manifestaciones sino también con la declaración de Ernesto Rangel quien refiere haberle escuchado "...que la retención se constituía en la única forma de lograr su desplazamiento". José Tabares, retenido el día de los hechos, admite que dicha solicitud se había hecho previamente, mientras que el guardián José Saavedra advierte que los procesados hablaban "...sobre la inseguridad de sus vidas dentro de la cárcel".

A continuación relieva "...el error de valoración del material probatorio testimonial y las confesiones calificadas de los procesados", advirtiendo que su actuación se encontraba amparada por el estado de necesidad, poniendo de presente que las pruebas que echara de menos el juzgador de segunda instancia fueron ordenadas por el Juzgado Especializado pero al momento de la acumulación de causas se omitió su práctica.

Cuarto:

También lo formula con base en la causal primera, dado que el Tribunal "...se abstuvo equivocadamente de dar aplicación al artículo 299 del C. de P. P. es el substrato de este ataque, pues no se le reconoció a Lizarazo Acevedo la disminución punitiva merced a la confesión que rindiera en su primera diligencia de descargos por el delito de secuestro". "Tal reconocimiento con independencia de las calificantes que el procesado le agregue, permite que se haga acreedor al beneficio de reducción de la pena a imponer...".

Concepto del Procurador
Primero Delegado en lo Penal:

Luego de analizar los Decretos 2790 de 1990, 099 y 2271 de 1991, acepta los planteamientos del recurrente, expuestos en su primer reproche, concluyendo que el Juez Superior no era el funcionario competente para proseguir con la etapa de la causa. Además, señala que no se trata de prohijar formalismos pues la situación es de orden sustancial "...como que se mira a la legalidad y preexistencia del juez de fallo dentro del desarrollo de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional como uno de sus derechos fundamentales". Y si bien el proceso debe propender porque se garantice el derecho material "...también es verdad que necesariamente la garantía de ese derecho implica el respeto absoluto por lo esencial del rito procesal y por sobre todo el principio de legalidad del juez, previo al delito, que pide también la Constitución en su artículo 29". Por consiguiente, solicita casar la sentencia impugnada, declarando la nulidad de todo lo actuado a partir del 19 de enero de 1991, por falta de competencia.

La Corte:

1. Primer cargo.

1.1. El acaecimiento de los diversos sucesos punibles de que da cuenta el expediente tuvo lugar en vigencia de la Ley 2ª de 1984. Como quiera que los ilícitos estaban sujetos a diversas competencias (dos homicidios y un secuestro extorsivo) y que los tres procesos se encontraban en la etapa de la causa, se ordenó su acumulación. Una colisión que se desató en aquel momento siguió el mandato de su artículo 12, otorgándole el conocimiento al Juzgado Cuarto (4º) Superior. Su inciso final no dejaba la menor duda:

> "Cuando con cualquiera de los delitos a que se refiere este capítulo se cometiere delito conexo de competencia del Juez Superior, una vez instruido el proceso, se remitirá a dicho juez para que conozca de él de conformidad con las normas comunes del procedimiento penal".

No obstante, la situación varió con la expedición del Decreto 2790 de 1991 y del Decreto-ley 099 de 1991 (enero 14) que lo modificó. En su artículo 9º le atribuyó a los Jueces de Orden Público el conocimiento en primera instancia...

> "...De los procesos por delitos de secuestro en todas sus modalidades, con excepción de los que se atribuyen a los Juzgados Superiores en el artículo siguiente así como del concierto para cometerlo, su encubrimiento y la omisión de su denuncia o del informe de que trata el artículo 8º".

A su vez, el artículo 10 les asignó a los dichos Jueces Superiores, entre otros procesos, los seguidos...

> "...por delitos de secuestro simple definidos por el artículo 268 del citado estatuto (C. P.) cuando la calidad, cargo o profesión de la víctima, o los fines, propósitos u objetivos sean diferentes a los enunciados en el artículo 8º de este decreto...".

Estas finalidades se referían a las de "...perseguir o intimidar a cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no..." (Decreto 1631 de 1987) o a los secuestros que tuviesen como propósito exigir por la libertad del secuestrado "...un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios o de carácter político..." (art. 268 del C. P.).

La preceptiva del Decreto 2790 en comento fue adoptada como legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991, conforme a lo dispuesto por su artículo 4º.

Ahora bien, el Decreto 2790 en cita, que empezó a regir el dieciséis (16) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), prescribió que los procesos en curso, en los cuales se hubiese proferido auto de citación para audiencia, resolución acusatoria o auto de proceder o el que dispone el traslado al Ministerio Público para el concepto de fondo, deberán ser enviados a los Directores Seccionales de Orden Público para que procedieran a su distribución entre los jueces de esta jurisdicción para continuar el decurso procesal. Para evitar cualquier duda, el parágrafo del artículo 9º desechó cualquier intervención de los funcionarios que habían venido conociendo de los mismos al señalar:

> "La competencia de los jueces de orden público comprenderá además el conocimiento y proceso (s) 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 jurisdicciones, con excepción de la de menores, así como de los casos de fuero constitucional".

Por su parte, el Decreto 1676 de 1991 (julio 3), en su artículo 3º (convertido en legislación permanente por el art. 6º del Decreto 2271 de 1991), adicionó este parágrafo con el siguiente texto:

> "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 adecuén a ellos. *En todo caso la ley sustancial favorable o la procesal de efectos sustanciales de la misma índole, tendrá prelación sobre la desfavorable*" (subrayas de la Corte).

El mandato es claro. Obligatoriamente, sin importar el estado del proceso, sin tenerse en cuenta el factor temporal, ni mucho menos las diferentes especies delictivas, la Jurisdicción de Orden Público debe conocer de los punibles que se le atribuyen y de los conexos con ellos, incluso sin tomar en cuenta otras jurisdicciones que pudieran tener algún tipo de injerencia en el asunto —con las excepciones legales allí previstas— (jurisdicción de menores y casos de fuero constitucional) y con la salvedad, naturalmente, del principio de favorabilidad.

1.2. Hasta aquí le asistiría razón al impugnante. Sin embargo, el asunto aún no está resuelto. Como quiera que la normatividad que regía los procesos que se ventilaban ante la Jurisdicción de Orden Público presentaba diferencias con la ordinaria, debe observarse si esta comportaba algunos instrumentos procesales favorables para los intereses del acusado. De ser así, y al estar demostrado que los hechos se sucedieron bajo su vigencia, habría necesidad de continuar aplicando sus previsiones.

En la etapa de la causa —ámbito en el cual se estaba desarrollando el acto *sub examine*— es de ver una diferencia fundamental: En la jurisdicción ordinaria tiene lugar la audiencia pública, acto último y a buen seguro, el de mayor trascendencia para el acusado, al tener a su disposición la oportunidad plena de defenderse y controvertir la prueba de cargo tanto personalmente como a través del letrado que lo representa. Las normas de orden público no contemplaron la celebración del debate oral pues luego de realizarse el período probatorio del juicio, se citaba a sentencia. En virtud del principio de favorabilidad —instituto que frente a una situación de contraste encuentra su razón de ser en la aplicación de la pretensión más favorable al reo— salta a la cara que el proceso ordinario era más benéfico y menos gravoso para los intereses del acusado. En rigor esto es así.

1.3. De manera indefectible, y tal como lo prescriben los decretos en comento, todos los procesos en curso debían remitirse a la jurisdicción de Orden Público para continuar su desarrollo bajo sus especiales reglas. El artículo 13 del Decreto 2790 de 1990 (adoptado como legislación permanente por el art. 5º del Decreto 2270 de 1991) no deja dudas al respecto:

> "1. Los procesos en que se haya proferido auto de citación para audiencia, resolución acusatoria o auto de proceder, o el que dispone el traslado del Ministerio Público para el concepto de fondo, los distribuirán entre los jueces de conocimiento de Orden Público *para que éstos continúen el trámite con el procedimiento establecido para el juicio*. Si alguna de las decisiones anteriores no estuviere ejecutoriada, el expediente se dejará en la Sección Jurisdiccional, hasta cuando ésta se produzca" (Subrayas ajenas al texto).

Como bien se observa, una vez el proceso hubiese llegado a las manos del juez de conocimiento de Orden Público, el decreto le ordenaba continuarlo desarrollando bajo el ritual del procedimiento de esa jurisdicción particular. Para que no quedaran dudas, el inciso siguiente iba aún más allá. Incluso en el supuesto de que se hubiese ordenado la práctica de probanzas durante el debate público, estas se harían en un período especial, terminado el cual, se citaría para sentencia, pues —se repite— bajo esta sistemática no se contemplaba la audiencia. El texto tenía los siguientes términos:

> "Cuando en el proceso se hubieran decretado pruebas para practicar en la audiencia, el juez las practicará directamente o por comisión a una Unidad de Investigación de Orden Público, en un término que no podrá exceder de diez (10) días. Practicadas las pruebas, el juez citará para sentencia de acuerdo con el artículo 46 del Decreto 2790 de 1990".

Por cierto que el parágrafo del numeral tercero (3º) de este artículo es aún más explícito:

"En los procesos de competencia de los Jueces de Orden Público, no habrá audiencia pública en ningún caso".

1.4. El mandato era coherente con la política del Gobierno nacional de restablecer el orden público turbado por las actividades de grupos delincuenciales dedicados a desestabilizar las instituciones democráticas con el fin de facilitar sus productivas actividades. Se necesitaba una justicia ágil, pronta y segura para combatir a estas organizaciones, poseedoras de un ingente poder militar, económico e intimidativo. Obvio resultaba, entonces, el recorte a ciertas garantías como la audiencia pública, cuyos intervinientes en muchas oportunidades fueron amenazados y obligados a renunciar como en el caso de los jurados de conciencia.

Pero este procedimiento singular necesitaba de un soporte humano también único, en el que estaban comprometidos, la Dirección de Instrucción Criminal, a través de la Subdirección Nacional de Orden Público y sus respectivas Seccionales, las Unidades Investigativas de Policía Judicial y los jueces de instrucción y conocimiento de Orden Público, cuyo concurso armónico hacía posible llevar a la realidad la eficacia y prontitud requeridas. Recuérdese, además, que estos jueces actuaban dentro de las Secciones Jurisdiccionales pertenecientes a las Direcciones Seccionales de Orden Público, bajo las órdenes del funcionario que las coordinaba. Incluso su identidad aparecía reservada por su propia seguridad.

No podría pues, pretenderse, que dentro de esta especial organización, sujeta a unos términos cortos, con secretarias comunes, estructura piramidal y, por ende, subordinación, autonomía relativa, incluso reserva de nombres, se pudieran adelantar simultáneamente procedimientos ordinarios, explicables sólo dentro de la estructura orgánica tradicional de la Rama Judicial.

1.5. Por consiguiente, y pese al mandato expreso de las normas en estudio, no podía aspirar el legislador a violentar el principio de favorabilidad. Aunque con reiteración innecesaria pero demostrativa de que entendía el fenómeno y las limitaciones que le imponía, señaló que el procedimiento especial que instauraba tendría aplicación en tanto sus normas no fueran en detrimento de los intereses del imputado.

Fue lo que sucedió en el suceso de autos. El proceso con las tres causas acumuladas venía adelantándose bajo el procedimiento ordinario y se encontraba en la etapa de juzgamiento, cuando se sucedieron estos cambios normativos. No obstante, aún se hallaba pendiente la realización del debate público, el cual tan solo pudo efectuarse a mediados de mil novecientos noventa y dos (1992) en tres sesiones (mayo 28, julio 28 y agosto 3). Es obvio que si se hubiese atendido exegéticamente el mandato de los decretos en mención, este tipo de controversia no habría podido realizarse, en detrimento de los intereses del procesado Lizarazo Acevedo.

1.6. Así las cosas, bien hizo el Juez Cuarto (4º) Superior en proseguir con el conocimiento de este proceso que, como ya se vio, resultaba notoriamente más favorable para el encartado. Su competencia es indubitable. Ningún vicio de nulidad provocó su decisión de seguir conociendo de la actuación.

Si hubiera atendido el simple tenor literal de la norma que ordenaba enviar el proceso a la por entonces Jurisdicción de Orden Público, el debate oral y con él, la oportunidad más amplia y vigorosa con la que cuenta un procesado para defender sus intereses, jamás se hubiera producido. Resulta insólito por consiguiente, que la guarda de un principio fundamental del proceso sea objeto de controversia. El desatino es mayúsculo y concita el más enérgico rechazo. El instituto de las nulidades se creó para remediar vicios estructurales del proceso que por su esencia afectan los intereses de los sujetos procesales. Jamás pueden utilizarse como lo pretende el casacionista para desconocer la aplicación de principios cardinales como el que hoy es materia de estudio sobre la base de una presunta incompetencia. El derecho sustancial prevalece sobre el procedimental lo ordena la Constitución. Este es un claro ejemplo. Lo demás son simples discusiones que ven en la insularidad de una norma la razón de ser del derecho, olvidando que es el hombre mismo quien hace posible que éste viva y se desarrolle pues sólo en función de su bienestar ha de hacer sentir su presencia.

No prospera el reproche.

2. *Segundo cargo.*

2.1. Lo plantea en el ámbito de la causal tercera y se fundamenta en la "confesión" de su representado. No se aplicó el artículo 299 del C. de P. P. pese a que en su injurada aceptó ser el autor del homicidio de José Peña —aunque aduciendo la legítima defensa como justificación de su conducta— y a que su captura no se produjo en flagrancia.

2.2. Sea lo primero señalar la vía errónea escogida por el censor para presentar su ataque. Sabido es que la última causal de casación se instituyó para corregir los errores *in procedendo*, esto es, los que acaecen cuando por no observarse los requisitos que le proporcionan validez a los actos procesales se violan los derechos fundamentales de las partes. Tal falencia impide que tanto el juicio como la sentencia se ajusten a la ley, razón por la cual han de invalidarse a partir del momento en que se presentó el vicio sobre el ritual.

Este no es el caso. Lo que se le achaca al sentenciador es haber inaplicado una norma de carácter sustancial al elaborar el razonamiento sobre el cual edificó su decisión final. Este error en el desurrollo de su actividad intelectual es de los llamados *in iudicando*, puesto que comporta un falso juicio de valor sobre la disposición legal, en este caso, al no haberla escogido como era su deber. Es claro, por consi-

guiente, que el ámbito natural para elevar esta clase de objeciones es la causal primera, cuerpo inicial, por falta de aplicación y no la causal tercera, como incorrectamente se propone.

2.3. Esta sería razón suficiente para predicar el rechazo del reproche. Sin embargo, la Sala quiere destacar la sinrazón de su crítica, reiterando añosos conceptos, cuya vigencia en los nuevos ordenamientos procesales se mantiene incólume.

Dos son los temas que suscita el ataque: Uno, la confesión calificada; el otro, la exigencia legal de ser el basamento de la sentencia. Respecto al primero, el cargo es parco en razonamientos, limitándose a indicar las normas pertinentes y la aceptación de su patrocinado de ser el autor del delito, aunque aduciendo una legítima defensa frente al ataque de que supuestamente fue objeto por parte de Peña. El desacierto es inducible. Se ha dicho que la benevolencia del Estado se encuentra signada por el premio que merece el delincuente que colabora con la justicia al proporcionar los detalles necesarios que denotan no sólo los pormenores de la conducta en sí, sino también —si es el caso— el revelamiento de la participación de otra u otras personas en la comisión del injusto.

Ahora, la ayuda debe ser trascendente. Esto significa que si la investigación es capaz por sí misma de suministrar los elementos de juicio necesarios para desentrañar el suceso criminoso, los datos del encartado advienen innecesarios. Esto sucede cuando las características del hecho o el acervo probatorio desde un comienzo muestran con certeza sus autores y circunstancias.

Diferente es el supuesto cuando el culpable —de ahí la exigencia de que la manifestación la haga en su primera versión— colabora para dilucidar aspectos oscuros del delito y guía a la administración de justicia hacia su solución. El Estado premia su sinceridad y, lo que es más importante, su arrepentimiento. Por ello, se ha aceptado tradicionalmente la confesión pura y simple y se ha rechazado, por lo general, la calificada.

En lo que se refiere a esta última, el acceso a la diminuente únicamente es viable cuando la investigación posterior, guiada por sus informaciones, confirme su aserto o ayude a descubrir otros partícipes. Es claro, entonces, que la verdad está de su lado y que su colaboración fue eficaz, por lo que ha de corresponderse con una disminución de la pena.

El tema sirve de premisa para el segundo, esto es, el de ser la confesión el fundamento del fallo. La Sala ha advertido con reiteración que pese a no contemplarse expresamente este requisito en el nuevo ordenamiento procesal, de todas maneras continúa como exigencia lógica. Si se reclama que los informes suministrados por el imputado sean importantes para dilucidar el hecho, es claro que se convierten

en pilar de la sentencia. Por ello, si su aporte es secundario o cortical, es decir, no toca aspectos importantes del acaecer punible, limitándose a proporcionar datos baladíes o señalamientos fútiles e inanes, es obvio que sus palabras en nada ayudan a cimentar el fallo y por ello su rol es intrascendente no sólo para la decisión final sino también para la aplicación de la atemperante.

2.4. En el caso de la especie, tales preceptivas no se cumplen. El acusado, es cierto, aceptó en su primera intervención procesal, ser el autor del homicidio. Sin embargo, como lo recuerda parcamente su apoderado, adujo una legítima defensa. Según su exégesis, el occiso, que se encontraba recluido en otro lugar del penal, se trasladó a su patio con el exclusivo fin de quitarle la vida, conducta que no pudo realizar al defenderse eficazmente Lizarazo Acevedo del ataque, causándole la muerte a su agresor.

Dicientes son los fallos de primera y segunda instancia para demostrar la mendacidad de las palabras del sentenciado. Descartan el presunto ataque de Peña al no habérsele encontrado arma alguna en la diligencia de levantamiento del cadáver, ni haberse demostrado su existencia por boca de los guardianes que conocieron del hecho. Por el contrario, en el proceso se probó que la presencia ocasional de la víctima en patio diferente al que tenía asignado obedeció al encargo que le había hecho otro interno (José Solano) para que se trasladara al almacén central y le comprara víveres por valor de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) para surtir su "caspete". Apoya esta versión el propio comandante del patio noveno, Elberto Noguera. A más de ello tampoco se tuvo noticia alguna sobre las presuntas amenazas de muerte que le profiriera el extinto a Lizarazo Acevedo.

Por consiguiente, antes que desear colaborar con la justicia en el esclarecimiento de la conducta delictiva, el sujeto ha querido desviar el curso de la investigación proporcionando datos falsos con el evidente fin de soslayar sus responsabilidades y de abrazar una indulgencia inmerecida, engaño que lo excluye del beneficio punitivo. Además, como es obvio, esta farsa no sirvió de fundamento para el fallo, al establecerse su infundio.

La improsperidad del reproche es manifiesta.

2.5. No estará demás anotar que carece de trascendencia la alusión que hace el defensor sobre la versión libre y espontánea que rindiera su representado ante las autoridades carcelarias sin la presencia de un profesional del derecho que lo asistiera. Como se observa en los fallos, no mereció atención especial esta pieza preliminar ni mucho menos tuvo trascendencia en la decisión condenatoria que finalmente se tomó. De ahí que su ausencia en nada afectó el decurso procesal ni el derecho de defensa.

Por último, su referencia a que la captura de su defendido no se produjo en flagrancia, nada agrega a la tesis que defiende en el

ataque, esto es, que ha debido reconocérsele su confesión calificada y, por ende, la respectiva diminuente. Como se vio, dadas las circunstancias en que se produjo el suceso prohibido, la causal de justificación que aduce el reo no es de recibo, independientemente de las circunstancias procesales en que rindiera su versión. Esta llamada de atención del censor, por tanto, queda reducida simplemente a una muestra de su inconformidad y nada más.

3. Tercer cargo.

3.1. Lo eleva en el terreno de la causal *primera*, cuerpo final, en relación con el delito de secuestro. Como quiera que los inculpados adujeran que se vieron obligados a asumir tal comportamiento para presionar su traslado a otro establecimiento carcelario, el recurrente recuerda que de las declaraciones de los guardianes Ernesto Rangel y José Vicente Saavedra y de las injuradas, era factible extraer que en verdad la vida de aquellos corría peligro y por ello previamente habían solicitado se les ubicara en otra penitenciaría.

3.2. Enmarcada de esta manera la tacha se espera que el censor aclare qué especie de yerro fue el cometido respecto de estas probanzas, aunque al comienzo anuncie un error en su apreciación, indicativo de que piensa alegar un error de hecho por falso juicio de identidad por haberse tergiversado su sentido. Sin embargo, al desarrollar el debate bruscamente cambia de opinión. Habla sobre un "...error de valoración del material probatorio testimonial y las confesiones calificadas de los procesados...", afirmación que traslada la tacha al error de derecho por falso juicio de convicción pues su desacuerdo con el fallo estriba en el justiprecio que se les otorgó a estos medios de persuasión.

En busca de la necesaria claridad se avanza en la lectura hasta el párrafo final donde frases equívocas no esclarecen el problema. Mientras se queja de que el Tribunal no hubiese valorado probatoriamente la confesión calificada de los procesados (error de derecho por falso juicio de convicción), se duele, coetáneamente que el fallo tampoco hubiere "considerado de manera correcta las versiones de los ofendidos...", lo cual puede significar un error de hecho por falso juicio de identidad al tergiversarse sus dichos. El galimatías es indudable.

3.3. Lo primero a resaltar es la impropiedad de sus manifestaciones conceptuales. La ausencia de tarifa legal impide entablar una controversia en torno al justiprecio de la prueba realizada por el fallador. Su norte son las reglas de la sana crítica, por lo que una discusión sobre el tema advIene impertinente. De otro lado, su vacilación entre los dos errores también menoscaba el escrito, pues ante la imprecisión que impide conocer el verdadero alcance de su pensamiento, la Sala no puede tomar partido. Se lo impide el principio de limitación que rige el recurso extraordinario.

3.4. Ahora bien, el tema sobre la confesión calificada que no se le reconoció a su patrocinado, también sufre desmedro ante la realidad probatoria. Bastan las consideraciones que la Sala hiciera sobre el particular en el cargo anterior para darle una cabal respuesta. Y lo referente a las declaraciones de los guardianes queda perdido en la poquedad del razonamiento al no enseñarle a la Sala en qué consistió el error. ¿No se les tuvo en cuenta? ¿Se les tergiversó? ¿Quizás se les valoró de manera inequitativa? Lo cierto es que estos testimonios fueron analizados correctamente en el fallo al referirse a los hechos que rodearon su encerramiento en una celda por parte de los coacusados. Y algo muy importante. El único que alegó desde su indagatoria la causal de justificación en comento fue John Jairo Villabón. Sobre Lizarazo, en cambio, el Tribunal se expresó de la siguiente manera:

> "En su diligencia de inquirir, no ofreció ninga explicación satisfactoria sobre su actuar delictivo. Al interrogársele sobre las razones por las cuales quería su traslado a Manizales, sencillamente dijo que porque su compañero de causa (?) tenía la familia allá. Sobre los hechos indicó que estando en el calabozo advirtió desde su celda algo anormal y que un compañero se acercó y le dijo que si quería salir en remisión, propuesta que éste aceptó, dándose cuenta al salir que en una celda tenían a siete guardianes encerrados".

Pero también adujo que había solicitado su traslado a la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota", aunque sin dar a conocer el motivo de su petición. Como quiera que, posteriormente, brindó mayores luces sobre el tema, el Tribunal destaca con buen juicio:

> "Nótese que Norberto Lizarazo Acevedo únicamente habló de que su vida corría peligro, al ser interrogado por su defensor en la vista pública. Así se expresó: *'Yo me encontraba en la celda, me dijo que para que nos fuéramos en remisión, ya que me encontraba en peligro por unos amigos del occiso, por el cual me encontraba en el calabozo'* (se subraya). De manera que este argumento de última hora, que le sirvió a la defensora oficiosa para sustentar el recurso de alzada, resulta a todas luces inatendible para la Sala".

Huelgan mayores comentarios sobre el particular. Temprano se descubre la patraña del encausado, intentando elaborar una disculpa a su reprochable proceder.

3.5. Algo más. En un párrafo intermedio, el censor pone de presente que las pruebas que hubiesen podido demostrar "...el peligro al cual se encontraban enfrentados los condenados...", aunque fueron ordenadas por el Juzgado Primero (1º) Especializado no fueron practicadas al acumularse las causas. Esta afirmación es extraña al cargo propuesto. Como lo ha adoctrinado la Colegiatura en numerosas oportunidades, la omisión de pruebas en el proceso constituye una violación

al derecho de defensa cuyo campo natural para denunciarla es la causal *tercera*. Aparte de la equivocación en la vía escogida y la carencia de sustentación, de todas maneras una presentación correcta del reproche no tenía posibilidad de éxito. Como ya se dejó dicho, la inconsistencia de la versión de Lizarazo impedía tomar en cuenta sus disculpas.

El fracaso de la objeción es ostensible.

4. Cuarto cargo.

Este reproche también se eleva en el ámbito de la causal *primera* de casación, por haberse abstenido el fallador de dar aplicación al artículo 299 del C. de P. P., reconociendo la diminuente punitiva, pese a que Lizarazo manifestó haber participado en el secuestro al rendir indagatoria. Al respecto advierte que la aminorante debe aplicársele "...con independencia de las calificantes que el procesado le agregue...".

Aparte de la inconveniencia de reconocer la atenuante en el caso de la confesión calificada, como ya quedó expuesto en su oportunidad, recuérdese que las informaciones que proporcionó buscaron confundir a la administración de justicia. Su rechazo fue la respuesta. A más de ello, la sentencia condenatoria por este injusto se basó en las declaraciones de los guardianes secuestrados y en la inconsistencia de las disculpas de sus captores.

No prospera el cargo.

Casación oficiosa.

Se observa en las sentencias de primera y segunda instancia 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 Gerson Omar Cañón Sarmiento y Alfonso Piñeros Sardi o Daniel Salcedo Abadía veinte (20) y veinticuatro (24) años de prisión, respectivamente, y a Norberto Lizarazo Acevedo a catorce (14) años. 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 (art. 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:

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado, en lo referente a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas im-

puestas a los procesados Gerson Omar Cañón Sarmiento, Alfonso Piñeros Sardi o Daniel Salcedo Abadía y Norberto Lizarazo Acevedo, fijándoles como término de duración diez (10) años en vez de los veinte (20), veinticuatro (24) y catorce (14) años que se les impusieron —respectivamente— en ella. En lo demás, permanecerá incólume la providencia materia de este recurso extraordinario.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR / FUERO

La relación con el servicio que exige la Constitución para que los miembros de la fuerza pública gocen de fuero, conlleva que en el desempeño de la actividad haya una extralimitación, un desbordamiento, pero en todo caso manteniendo conexidad con la función, esto es, con ocasión de una misión propia del servicio, lo cual presupone que por lo menos ella esté perfectamente establecida. / 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 de juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad que ampara el fallo.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 24.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Wilson Horacio Zamora Barbosa*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Superior, de la misma ciudad, con la modificación de disminuir la pena de prisión de veinticuatro (24) a dieciocho (18) años y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a diez años, como autor intelectual de los delitos de homicidio y homicidio tentado, agotados en las personas de *John Jairo N.*, y *Alvaro Aristizábal García.*

I. Hechos:

Fueron narrados por el Tribunal en la sentencia así:

"Según la prueba legalmente recaudada se tiene que, alrededor de las dos y media (2:30) de la tarde del día veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991), estando Alvaro Aristizábal García y John Jairo N. (a. Chilaco) descansando en un potrero de la localidad de Caicedonia, fueron detenidos por tres agentes que se movilizaban en un vehículo Nissan, policial, y ambos fueron conducidos a la estación de policía donde, antes de ser encerrados en un calabozo, Aristizábal fue agredido físicamente por un teniente que estaba movilizando una moto y pudo reconocer a un uniformado que se encontraba en la guardia, el cual es 'orejón' y responde al nombre de Reinaldo Villada Morales, quien no lo registró no obstante ser el que en esos momentos 'estaba recibiendo los retenidos' y lo agredió de palabras para expresarle que lo desconocía a él y a su familia. Ya en horas de la noche, llegaron hasta la celda donde se encontraban, cinco agentes de la policía, los que procedieron a atarlos con cabuyas de las manos, pretextándoles que eran solicitados en Armenia; y esos cinco uniformados, en compañía del mismo teniente que lo agredió físicamente, los condujeron por la salida hacia Sevilla hasta un paraje cercano al retén de la aduana, lugar en el cual sacaron a su amigo 'Chilaco' de la Nissan cuatro puertas en que los transportaban 'lo llevaron cuatro pasos o cinco atrás, lo alzaron de los pies y lo clavaron en la cuneta y le dispararon como cuatro o cinco veces en la cabeza', luego cogieron a Aristizábal García le dispararon en la cabeza al oponer resistencia y después de haber caído le acertaron tres tiros más, uno en la cabeza, otro en la espalda y el último en una de sus piernas. Y estando herido Aristizábal escuchó al teniente dar la orden de que los arrojaran a la cuneta y los desataran, como así se hizo. Ya retirados los autores del hecho Aristizábal se incorporó y logró llegar hasta el retén de la aduana siendo las 12:30 de la madrugada, de allí fue trasladado en un bus hasta una inspección y de ahí, en un camión, hasta el hospital del sur de Armenia, de donde lo condujeron para el hospital del norte, donde fue atendido clínicamente, y visitado en horas de la mañana por el teniente y el que le disparó a él, quienes después de reconocerlo se marcharon saliendo él del hospital poco después, para ir en busca de su padre.

"En horas de la mañana del día 30 de agosto de 1990, en la carretera que del Corregimiento de 'Estación Caicedonia', jurisdicción de Sevilla, conduce a Caicedonia, exactamente frente a predios pertenecientes a la hacienda 'Los Kingos' se

practicó el levantamiento del cadáver de un sujeto de sexo masculino, de unos 25 años de edad, constatándose que en uno de sus bolsillos portaba 'una cauchera de caucho color verde y horqueta de hueso' (fl. 1)".

II. Actuación procesal:

El Juzgado Once de Instrucción Criminal de Sevilla (Valle) adelantó indagación preliminar para establecer los hechos relacionados con el cadáver antes referido. La Procuraduría Regional de Armenia comunicó al juez mediante oficio que los hechos en que perdió la vida el sujeto encontrado frente al inmueble "Los Kingos" guardaba relación con los denunciados por Alvaro Aristizábal García y por tal razón le solicita que se traslade a la Procuraduría para que se entere del material probatorio allí recopilado, cuyas copias auténticas fueron posteriormente allegadas a los autos.

El 19 de septiembre de 1990 el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal abre la correspondiente investigación. Fueron vinculados al proceso mediante indagatoria Wilson Horacio Zamora Barbosa, Reinaldo de Jesús Villada, Sigifredo Angulo Tabares, Miguel Angel Valencia, Jairo Ortiz Prieto, Edgar Montero Ortiz, Jair Ocampo, Hernando Potosí Henao, Alex García, Luis Eduardo Sánchez y James Durán Díaz Ortiz.

En auto de noviembre 29 de 1990 se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva contra el subteniente Wilson Zamora Barbosa y los agentes Miguel Angel Valencia Loaisa y Jair Ortiz Prieto, miembros de la Policía Nacional, por los delitos de homicidio y homicidio tentado.

Cerrada la investigación, el Juzgado Once de Instrucción Criminal el día 19 de junio de 1991 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Zamora Barbosa, Reinaldo de Jesús Villa Morales y Sigifredo Agudelo Tabares, por los delitos de homicidio y homicidio tentado; decretó la detención preventiva de los dos incriminados últimamente citados; y dispuso la reapertura de investigación en relación con los demás procesados.

Al Juzgado Primero Superior de Tuluá le correspondió adelantar el trámite de la causa, despacho que luego de la audiencia pública profirió sentencia condenatoria contra Wilson Horacio Zamora Barbosa y absolvió a los otros dos procesados por los cargos proferidos en su contra.

El Tribunal Superior de Buga, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Zamora Barbosa y el Fiscal del Juzgado Superior, confirmó la sentencia con las modificaciones antes referidas.

III. La demanda:

El defensor del procesado Zamora Barbosa formula tres cargos así:

Primer cargo. Al amparo de la causal tercera, acusa la sentencia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por falta de competencia del funcionario judicial (art. 304-1 del C. de P. P.). Cita además como normas violadas los artículos 221 de la C. N., 291, 353 y 652 del Código Penal Militar vigente.

Sustenta el cargo, en que está demostrado que el subteniente Wilson Zamora Barbosa, para las fechas del 29 y 30 de agosto de 1990, se encontraba en comisión de servicios como comandante de la Estación de Policía de Caicedonia y como tal ejercía las funciones las 24 horas, es decir que en forma permanente estaba de servicio; "de lo anterior se desprende que cuando cometió los punibles, de acuerdo con la acusación se encontraba de servicio y más aún según la sentencia hizo uso del grado que como superior tenía en la institución armada para impartir órdenes relacionadas con los hechos ilícitos".

Considera que en este caso era la justicia castrense la competente para calificar y fallar la conducta de los procesados, por estar ante la presencia de la figura jurídica del fuero militar, porque indudablemente para cometer el hecho atribuido a su representado "se requería tener la calidad de superior jerárquico de la institución armada, pues a un particular, de buenas a primeras no se le iba a permitir el que sacara detenidos de las instalaciones ordenando ir a balearlos y menos se le iban a cumplir órdenes en tal sentido, por lo tanto la actuación en que se ha incriminado a mi defendido sólo podía realizarla en su condición de oficial de la Policía Nacional y más específicamente en la calidad de comandante de la Estación de Policía de Caicedonia, si aceptábamos la versión del lesionado Alvaro Aristizábal García, que es lo acogido por los falladores".

Agrega que igual acontece en cuanto al juzgamiento de los procesados absueltos.

Solicita que se case la sentencia recurrida, decretando la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, ordenando remitir el proceso a la jurisdicción penal militar.

Segundo cargo. Invoca la causal segunda, por considerar que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

En el desarrollo del cargo transcribe un parágrafo de la parte resolutiva del auto que calificó el mérito del sumario, para decir que de él se infiere que los procesados "fueron llamados a responder en juicio criminal en igualdad de condiciones, tal como allí se expresa"; los

cargos deducidos fueron los de coautores de un doble homicidio, sin agravantes ni atenuantes, sin embargo en la sentencia impugnada se condena a su representado "a la pena de 16 años de prisión por el homicidio agravado cometido en la persona de John Jairo N. (a. Chilaco) y aumentada en dos años más por el homicidio tentado agotado en Alvaro Aristizábal García, por lo tanto indudablemente se formularon unos cargos y la sentencia condenó por otros..."

Sostiene, que las providencias judiciales deben analizarse en conjunto, pero cuando se dan casos como este en que en la parte motiva se dice una cosa y en la resolutiva otra "lo que las hace contradictorias, lo aplicable u obedecible es lo dispuesto en la parte resolutiva, que es donde se ordena", lo cual se desprende, en su concepto, del artículo 181 del C. de P. P., cuyo texto transcribe.

Solicita que "se devuelva el proceso al juez de instancia para que se dicte la sentencia a que haya lugar, pero estando en consonancia con los cargos de la resolución acusatoria".

Tercer cargo. Lo presenta en forma subsidiaria, cita la causal primera "por ser la sentencia violatoria del derecho sustancial, por error al dar valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, por omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción y por errónea valoración probatoria".

En concepto del censor, el Tribunal violó las siguientes disposiciones del C. de P. P.: artículos 246 necesidad de prueba, 247 prueba para condenar, 294 criterios para la apreciación del testimonio, 357 prohibición de juramentar al imputado, y 369 reconocimiento a través de fotografías.

Fundamenta el cargo en que la diligencia de reconocimiento fotográfico practicada por la Procuraduría sobre las tarjetas biográficas del personal de la policía perteneciente a la Estación de Caicedonia por parte del ofendido Alvaro Aristizábal García, no cumplió con las exigencias del artículo 369 del C. de P. P. (Decreto 2700 de 1991) ya que no se efectuó con la presencia de los defensores de cada uno de los que fueron reconocidos, entre ellos su representado, además de que las fotografías utilizadas (cuyo número no se conoce en realidad) no fueron adjuntadas en su totalidad a la correspondiente acta y solamente se allegaron las de las personas reconocidas.

En cuanto a la "errónea valoración probatoria", respecto de los testimonios de Ricardo de Jesús Monsalve, María Consuelo Grajales y Carmen Elisa Rojas Arenas quienes corroboran la versión del procesado Zamora Barbosa, dice que se les analizó con desmedido rigorismo, no dándoles credibilidad. Por el contrario, el testimonio del ofendido Alvaro Aristizábal García "fue tratado con el máximo de benignidad y credibilidad", cuando este "sí que merece críticas y sospechas".

Agrega, que aunque para el Tribunal la actuación de la policía en el accidente de tránsito referido en el proceso fue intrascendente, el declarante Geovanny Calderón Useche —miembro del Cuerpo de Bomberos—, afirma qué el teniente Zamora Barbosa estuvo en dos ocasiones en el lugar de dicho accidente; así las cosas habiendo estado el oficial de la Policía en el sitio referido, aunque no en forma permanente, no existió tiempo para que éste hubiera podido llevar a las víctimas del homicidio al lugar en donde fueron baleados, porque hubiera requerido de un tiempo mayor de una hora del cual no dispuso.

En concepto del libelista, con el testimonio retractado posteriormente por el ofendido "no existe mérito suficiente para adquirir convicción" respecto a que su representado fue autor intelectual de los punibles, menos aún cuando el reconocimiento fotográfico en que se apoya carece de valor probatorio.

Solicita que se case la sentencia y en su lugar se profiera fallo absolutorio.

IV. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita no casar la sentencia, por las siguientes razones:

Causal tercera:

El Ministerio Público se apoya en un pronunciamiento de la Corte de julio 23 de 1992, para conceptuar que el cargo por nulidad no puede prosperar.

Agrega que en eventos similares al que es materia del presente examen, la delegada ha venido sosteniendo "que la competencia del fuero para la Policía, en la Jurisdicción Penal Militar, se deriva de una relación funcional de la actividad del agente y el hecho punible realizado en el marco de la misma, de modo que puede atribuirse que el delito se verificó 'con ocasión del servicio' es decir como consecuencia propia de desarrollo del servicio mismo, o que se realizó 'por causa del mismo', es decir originado en el servicio policial de modo directo, o por funciones propias del cargo como decir, que igualmente, derivadas del cargo policial en cuanto tal. Por ello las actividades delictivas que se producen coetáneamente con el servicio, de modo paralelo al mismo, pero que no tienen origen causal en él, o que no se correlacionan con la investidura misma, no guardan esa relación del servicio que es la determinante del fuero policial (o militar en su caso), y por lo mismo la única posibilidad de atribuir competencia a la justicia militar".

Estima que si bien es cierto, como lo afirma el demandante, que en la situación concreta debía tener el procesado la doble calidad de ser superior jerárquico de los agentes, y comandante del puesto de

policía en que se hallaban los capturados, lo primero para que su orden fuera obedecida, y lo segundo para que se lograra sacar de los calabozos a las personas capturadas, ello sólo no es suficiente "pues la ilicitud de la orden y lo brutal del homicidio ordenado, no se encuentran en el decurso de la actividad policial, ni de comandante ni de superior jerárquico. Esos casos rompen abruptamente la relación funcional del servicio que es lo exigido por la Constitución Nacional y la ley procesal, que mantienen el fuero castrense sólo para casos que son inherentes al curso normal de la actividad militar o policiva".

Luego de citar algunos ejemplos en los cuales sí se mantiene el fuero, sostiene que en este caso no ocurre lo mismo, porque "la orden del comandante y del superior jerárquico por fuera de todo criterio posible de la función o del servicio, rompe la relación de servicio necesaria para conceder el fuero castrense".

Causal segunda:

El procurador transcribe un aparte de la motivación de la providencia calificatoria, para poner en evidencia que al subteniente Zamora Barbosa se le endilgó expresamente la causal de agravación punitiva para los delitos, consagrada en el numeral 7 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

Agrega que es vieja la discusión sobre el tema, en el sentido de que "La resolución acusatoria contiene los cargos imputados no sólo en la parte resolutiva —que por ley debe hacerse en forma genérica— sino también en la motiva, que es el cuerpo esencial de la argumentación del Estado, y que no puede desatenderse en modo alguno visto que constituye el razonamiento judicial de reproche penal. Tanto es así que el recurso que se propusiera debe tener argumentos de impugnación contra el contenido de la providencia recurrida (la motivación) y no solamente de lo que aparezca en la parte resolutiva". Jurisprudencia de la Corte, en tal sentido, demuestra que carece de razón el recurrente en este punto.

Lo anterior demuestra que al procesado recurrente se le formuló acusación con la observancia de las formalidades legales, por el delito de homicidio agravado por las circunstancias previstas en el numeral 7º del artículo 324 del C. P. Dicha providencia cumple con el principio de la congruencia interna que debe existir entre la parte motiva y la resolutiva que deben integrarse para ser valoradas como un todo. Además el artículo 471 del C. de P. P. (Decreto 050 de 1987), refiriéndose a los requisitos formales de la resolución de acusación señala que ésta debe contener entre otras exigencias la calificación jurídica provisional del hecho, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del C. P.

Concluye que no existiendo incongruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia condenatoria, debe ser rechazado el cargo formulado por el defensor.

Causal primera.

Señala que el demandante, no indicó en forma clara y precisa los fundamentos de la causal que invoca ni cita las normas sustanciales que estiman vulneradas; tampoco señaló el sentido de la violación de la ley sustancial, si por vía directa o indirecta, ni si dicha violación se presentó debido a un error de hecho o de derecho en que incurrió el fallador.

No obstante las fallas de orden técnicos anotadas, estima que en relación con la primera censura al parecer el recurrente expresa que existe un falso juicio de legalidad en la aducción de la prueba. Si bien es cierto que el procesado Zamora en la diligencia de reconocimiento fotográfico no fue asistido por su defensor como tampoco se adjuntaron al expediente las fotografías utilizadas como así lo exige el artículo 391 del Decreto 050 de 1987, también lo es que esta prueba no fue determinante de la decisión que tomó el sentenciador al dictar el fallo, ya que no solamente tuvo en cuenta esta probanza sino muchas otras que obran en el proceso tal como se expresa en el fallo recurrido.

Pero sobre todo, considera que el señalamiento en las fotografías de los agentes no fue un reconocimiento como el señalado en la ley procesal en la norma antes referida, que es diligencia regulada formalmente. "Es otro tipo de acta de investigación, en que para poder individualizar al agente de la estación que participó, se le mostraron las fotografías de todos los miembros de la misma unidad policiva, lo cual resulta apenas elemental en una pesquisa como esta, y cabe dentro del principio de libertad de... prueba que tiene el funcionario instructor, para orientar la averiguación penal". Artículo 254 del C. de P. P., derogado, 253 y 248 del C. de P. P., vigente.

Respecto a la segunda censura que tiene que ver con el supuesto error frente a la valoración probatoria tanto de los testimonios como de la versión del incriminado Zamora Barbosa, la delegada señala que el casacionista se limita a hacer un cuestionamiento al análisis y valoración jurídica de las pruebas que hizo el sentenciador "lo que no es de recibo en este recurso por cuanto el fallador tiene la libre apreciación racional de las pruebas conforme al principio de la sana crítica (lógica experiencia y datos de ciencia) que forman su convencimiento, lo que prima frente a los personales criterios del demandante".

La anterior circunstancia se hace evidente con lo sostenido por el impugnante en algunos apartes de la demanda, que transcribe el procurador en su concepto.

Por lo anterior concluye que los cargos presentados no pueden ser acogidos.

V. Consideraciones de la Corte:

Causal tercera. El casacionista afirma que es la justicia castrense y no la ordinaria, la competente para calificar y fallar este proceso, y

que por tanto, se está en presencia de la nulidad consagrada en el numeral 1º del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

El contenido del artículo 170 de la anterior Carta Política fue reproducido en el artículo 221 de la Constitución vigente, en los siguientes términos:

> "De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

De la clara redacción del canon político antes transcrito, surge como hecho indiscutible que el fuero no se otorgó a los miembros de la fuerza pública por el solo hecho de serlo en el momento de su comportamiento ilícito, sino que reclama para la efectividad de esta garantía que el delito se cometa "en relación con el mismo servicio".

En el proceso se estableció plenamente que el inculpado era miembro de la Policía Nacional y que para el momento de los hechos estaba de comandante de la Estación de Policía de Caicedonia, luego el punto a resolver es si lo sucedido fue o no en relación con el servicio.

A éste propósito se debe tener en cuenta, que John Jairo N. (a. Chilaco) y Alvaro Aristizábal García, fueron trasladados a la Estación de Policía de Caicedonia, en donde quedaron retenidos, sin que su ingreso a ese lugar fuera debidamente registrado. En horas de la noche, por razones indemostradas, pero claramente ajenas a cualquier actividad propia del servicio, fueron atados por algunos uniformados y llevados hasta un paraje cercano al retén de la Aduana, donde les dispararon y los arrojaron a una cuneta con los resultados ya conocidos.

No existía ninguna misión que el subteniente y los agentes que participaron en el hecho debieran cumplir en relación con los capturados, pues ciertamente ningún traslado de los mismos había sido ordenado, ni había razón alguna para sacarlos de la Estación. Los homicidas resolvieron por su propia cuenta y riesgo ejecutarlos, en un acto ajeno por completo a la función policial, así éste se hubiera cumplido en un momento en que se encontraban en servicio activo, aspecto que precisamente confunde el libelista, pues erróneamente cree que todo acto comtido estando en horas de servicio queda automáticamente relacionado con dicha actividad.

Un miembro de la fuerza pública en servicio activo puede incurrir en un delito no relacionado con su actividad, y para ilustrar esta afirmación, basta pensar que el individuo se sustraiga al cumplimiento de sus tareas para participar en un asalto a una entidad bancaria, o en un secuestro, o para matar a una persona con la cual tiene enemistad, etc. La hipótesis es aún más evidente, si como en el caso del subteniente Zamora Barbosa, la labor cumplida es la de determinador.

Otra situación que interpreta equivocadamente el censor para sustentar su planteamiento, es que la condición de policías les haya facilitado sacar de la Estación a las víctimas, pues en muchos casos es posible que efectivamente el pertenecer a la Fuerza Pública haga más viable la comisión de un ilícito, pero eso no significa que el hecho sea realizado en razón del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando participan en asaltos a vehículos estableciendo retenes, indicando al conductor que pare, aprovechando para ello el estar uniformados.

Que la orden dada por el subteniente Zamora fuera obedecida por su condición de superior jerárquico, o simplemente por ser el determinador del hecho, nada cambia la conclusión de estar ante un crimen cometido sin ninguna relación con el servicio, pues es perfectamente claro que un oficial puede valerse de su superioridad jerárquica para cometer delitos totalmente alejados de la actividad que a él corresponde cumplir. En este punto es oportuno destacar, que todos los agentes que fueron vinculados se limitaron a negar su participación en los hechos, de modo que ninguno adujo haber obrado cumpliendo una orden, ni el subteniente acepta haberla dado.

La relación con el servicio que exige la Constitución para que los miembros de la Fuerza Pública gocen de fuero, conlleva que en el desempeño de la actividad haya una extralimitación, un desbordamiento, pero en todo caso manteniendo conexidad con la función, esto es, con ocasión de una misión propia del servicio, lo cual presupone que por lo menos ella esté perfectamente establecida, no como en este caso, en donde no hay ninguna prueba que la acredite y los implicados niegan haber tenido función alguna que tuviera que ver con las víctimas.

Desde el auto que resolvió la situación jurídica de los indagados, acertadamente el juez instructor de Buga señaló que la competencia correspondía a la justicia ordinaria, por no tener los delitos cometidos ninguna relación con el servicio que correspondía atender a los acusados, conclusión a la cual también llega la Sala conforme a lo explicado, por lo tanto el cargo de nulidad propuesto se desestimará.

Causal segunda.

No es cierto que el fallo impugnado se haya dictado en desacuerdo con los cargos formulados en la resolución de acusación, como tampoco lo es, que exista contradicción entre la parte motiva y resolutiva del pliego de cargos, como pasa a verse.

En la parte motiva de la providencia calificatoria se dice en forma concreta que Wilson Horacio Zamora Barbosa deberá responder por los delitos de homicidio en la persona de John Jairo N., y homicidio en grado de tentativa en Alvaro Aristizábal García, y en relación con las circunstancias de agravación punitiva se expresa textualmente:

> "Al subteniente Zamora Barbosa se le endilgará como circunstancia de agravación punitiva para los dos delitos, la contemplada en el numeral 7º del artículo 324 del Código Penal que hace referencia al agotamiento del homicidio colocando a la víctima en situación de indefensión, que fue lo que sucedió en este caso, por cuanto recordemos que Alvaro Aristizábal García y John (sic) Jairo N., alias 'Chilaco' fueron amarrados de las manos y conducidos en el vehículo Nissan hasta un paraje de la vía que de Caicedonia conduce a este municipio".

En la parte resolutiva de la providencia en mención se consignó la parte motiva y la resolutiva del pliego de cargos, y que éste se ajusta artículo 471 del Decreto 050 de 1987, con indicación del Libro 2º, Título XIII, Capítulo 1º del Código Penal.

Lo anterior indica claramente que no existe contradicción entre la parte motiva y la resolutiva del pliego de cargos, y que éste se ajusta a las exigencias legales.

Ahora bien, al procesado Zamora Barbosa se le condenó por los delitos de homicidio consumado y homicidio tentado con la circunstancias de agravación prevista en el numeral 7º del artículo 324 del Código Penal, como se dejó consignado en la sentencia que dice textualmente:

> "Conclusión inequívoca es la de que el subteniente Wilson Horacio Zamora Barbosa en su calidad de comandante de la Estación de Policía de Caicedonia, actuó como autor intelectual del homicidio de John Jairo N., 'a. Chilaco' y el homicidio tentado de Alvaro Aristizábal García . . . Los homicidios imputados tienen su adecuación típica en el artículo 323, Capítulo Primero, Título XIII, Libro Segundo del Código Penal, con circunstancias de agravación punitiva que a buena hora contempló el juez de instrucción en la resolución de acusación en tanto que colocaron a las víctimas en condiciones de indefensión o inferioridad. . ."

De otra parte, aunque el abogado demandante no tiene legitimidad para alegar la supuesta incongruencia del fallo respecto de los procesados absueltos, la Sala advierte que también en ese aspecto se equivoca, pues no es verdad que dichas personas fueron llamadas a juicio como coautores y se les absolvió como cómplices, ya que tanto en uno como en otro proveído el grado de participación imputado fue la complicidad.

Causal primera.

Como lo destaca el Ministerio Público, el demandante no indicó en forma clara y precisa los fundamentos de la causal que invoca,

pues no dice el sentido de la violación de la ley sustancial, si es por vía directa o indirecta, como tampoco señala si dicha violación se presentó debido a un error de hecho o de derecho en que pudo incurrir el sentenciador, ni menciona siquiera las normas sustanciales violadas.

Sin embargo, de las alegaciones consignadas en la demanda parece ser que lo que pretende el actor es plantear dos errores de derecho, el primero por falso juicio de legalidad errores de derecho, el primero por falso juicio de legalidad (error de la adución de la prueba) respecto de la diligencia de reconocimiento fotográfico, y el segundo por falso juicio de convicción (error en la valoración probatoria) en relación con los testimonios y la versión del incriminado Zamora Barbosa.

Respecto del primer reproche, se trata simplemente de una diligencia practicada por la Procuraduría dentro de su actividad investigativa y disciplinaria que tiene por objeto *tratar de ubicar* quiénes eran los posibles autores de los hechos materia de la queja que en esa oficina formuló el perjudicado Alvaro Aristizábal García.

La diligencia cuestionada fue practicada por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, luego el acta de la misma tiene las características de documento público contra el cual sólo es viable la prueba que acredite la falsedad del documento mismo, y además constituye prueba de los hechos de que el funcionario da fe.

El abogado asesor de la Procuraduría Regional de Armenia acredita que el señor Alvaro Aristizábal García efectuó el reconocimiento de 8 de los posibles autores de los hechos que denunció en el disciplinario que allí se adelanta, sobre 41 tarjetas biográficas con fotografía del personal de policía asignado a la Estación de Caicedonia, suministradas por el comandante del IV Distrito de Policía Sevilla Valle, junto 6 tarjetas sin fotografía. Se anexa a la diligencia la lista de remisión en donde aparecen anotadas 38 tarjetas con fotografía y 8 sin ella. La diferencia numérica que se aprecia carece de trascendencia para restarle valor a la prueba que fue trasladada al expediente, luego no existe razón para que no sea valorada, ni mucho menos para que no sea tenida como existente dentro del proceso, tal como lo pretende el casacionista.

En lo que tiene que ver con las exigencias para un reconocimiento de tal naturaleza la Sala se ha pronunciado así:

> "No todas las indicaciones previstas para el reconocimiento en fila de personas se aplican a la identificación mediante fotografías. Al respecto podría anotarse que, en los primeros estadios de una indagación, cuando todavía no se da en un individuo la condición de imputado, es imposible que figure un apoderado. Esta actuación busca precisamente, ubicar al sujeto que pueda atraer todo el esfuerzo investigativo,

> Como tal tiene, entonces, un menor valor indiciario al reconocimiento en fila de personas y, por supuesto permite, una forma más amplia de atestar su realización" (M. p. doctor Gustavo Gómez Velásquez, agosto 14 de 1992).

En el caso que nos ocupa, no se puede pasar inadvertido, que este reconocimiento fue practicado por la Procuraduría, en un proceso disciplinario, antes de la apertura de la investigación penal, luego es absurdo aducir que debió estar representado por un defensor.

El mérito de esta diligencia, a la que evidentemente sólo se anexaron las fotografías de quienes fueron reconocidos no fue el que impuso en forma definitiva el sentido de la sentencia emitida, se dan en esta otros medios de comprobación, suficientes por sí, para fundar un fallo como el que se impugna.

El estudio realizado por el Tribunal, a la postre conduce a establecer que el testimonio del ofendido Alvaro Aristizábal García, ofrece entera credibilidad, no sólo porque cuando se le pusieron de presente las fotografías, señaló al "teniente" que resultó ser el comandante del puesto de policía, como uno de los participantes de los hechos, sino también porque suministró una versión detallada y circunstanciada de los mismos, luego es dable apoyar en elemento tal un fallo de condena.

El hecho de que el casacionista no coincida con esta opinión, no constituye motivo alguno para elevar esta subjetiva discrepancia en eficaz causal de casación, pues el sentenciador ofreció razones atendibles conforme a las reglas de la sana crítica del testimonio, para deducir la credibilidad de esta testificación, y su juicio prevalece en el trámite del recurso de casación, porque su pronunciamiento goza de la doble presunción de acierto y legalidad.

Respecto de la segunda censura, el casacionista se limita a hacer un cuestionamiento al análisis y valoración jurídica de las pruebas que hizo el sentenciador, para concluir que "inexplicablemente mientras los testimonios de personas que entran a corroborar la versión de mi defendido, son analizadas con un desmedido rigorismo como es el caso del señor Ricardo de Jesús Morales, María Consuelo Grajales y Carmen Elisa Rojas Arenas a quienes no se les da credibilidad... Por el contrario el aserto del testigo Alvaro Aristizábal García, si que merece críticas y sospechas, sin embargo fue tratado con el máximo de benignidad y credibilidad hasta el punto tal que se lleva a pensar que entre menos calidades morales tenga el testigo más posibilidad de ser creído tiene..."

Lo que se destaca de la lectura de la sentencia impugnada y de la demanda de casación, es una aguda confrontación y discrepancia sobre el valor de la prueba considerada por el Tribunal, tanto para aceptar la que revela factores incriminantes, como para rechazar la que se ofrece como favorable al sentenciado, quien se muestra totalmente ajeno a los hechos investigados.

El Tribunal advirtió una serie de realidades que por el estudio cuidadoso y ajustado a las prescripciones de una sana crítica, le permitieron inferir un sólido juicio de responsabilidad del procesado recurrente. La alegación del libelista no revela la presencia de un imperdonable yerro de apreciación en la valoración probatoria, sino una posición crítica de distinta entidad que obedece a otra manera de ver las cosas, luego el reproche que al respecto se exterioriza, sobre la credibilidad de algunos testimonios y circunstancias tomadas como de cargo, o sobre la que le fue negada a las declaraciones de quienes vinieron a corroborar la versión del procesado, no puede prevalecer sobre el juicio del sentenciador.

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 de juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo.

El cargo no prosperará.

En cuanto a los escritos dirigidos a esta Corporación por el acusado Wilson Horacio Zamora Barbosa, con el fin de adicionar la demanda de casación, así como el suscrito por la señora Dora Barbosa de Zamora, madre del incriminado, la Sala se abstiene de hacer pronunciamiento alguno, en consideración a que de acuerdo con las normas de procedimiento penal, el único que tiene facultad para sustentar este extraordinario recurso, es el defensor del procesado recurrente.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

JUEZ DE PENAS / COMPETENCIA

De conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 51 del Código Penitenciario y Carcelario, corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, conocer "de todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena", es decir, cuando el fallo ha quedado ejecutoriado y hecho tránsito a cosa juzgada, y al Director del Instituto Penitenciario y Carcelario o a los Consejos de Disciplina con aprobación de aquél, determinar la procedencia o no de los beneficios administrativos a que alude el artículo 146 ibídem, sin que exista norma expresa que faculte al juez que conozca del proceso entrar a autorizar beneficios administrativos o revisar decisiones de tal naturaleza.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 024.

Vistos:

El procesado *Héctor Joaquín Apache Jara,* quien se halla detenido en la Penitenciaria Central de Colombia "La Picota" de esta ciudad, solicita *"Autorización para hacer uso del beneficio administrativo"* previsto en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, pues al estar en trámite el recurso extraordinario de casación, corresponde a la Corte impartir "...aprobación legal..." al beneficio aludido.

Consideraciones de la Corte:

De conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 51 del Código Penitenciario y Carcelario, corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, conocer "De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterio-

ridad a la sentencia, rebaja de pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena", es decir, cuando el fallo ha quedado ejecutoriado y hecho tránsito a cosa juzgada, y al director del Instituto Penitenciario y Carcelario o a los Consejos de Disciplina con aprobación de aquél, determinar la procedencia o no de los beneficios administrativos a que alude el artículo 146 *ibídem*, sin que exista norma expresa que faculte al juez que conozca del proceso (en este caso la Corte) entrar a autorizar beneficios administrativos o revisar decisiones de tal naturaleza.

Entonces, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre la solicitud concreta del procesado, pero en garantía del derecho de petición, por la Secretaría de la Sala se expedirá certificación, con destino a la dirección del establecimiento carcelario, en el sentido de que revisado el proceso, se pudo constatar que el peticionario fue condenado por el Juzgado Cuarenta y seis Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 20 de agosto de 1992, a la pena privativa de la libertad de doce (12) años de prisión, como coautor del delito de homicidio consumado y en grado de tentativa, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad, en fallo del 17 de noviembre siguiente, el que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación, con proyecto de fallo registrado.

Que Apache Jara se halla detenido desde el 9 de abril de 1990, es decir, ha descontado efectivamente de la pena cuarenta y siete (47) meses, los que sumados a la redención de pena a que pueda tener derecho por las labores realizadas en el centro de reclusión, le permiten acreditar el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el numeral 2º del artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario.

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

Resuelve:

1º ABSTENERSE de pronunciarse sobre la pretensión del procesado Héctor Joaquín Apache Jara, por las razones consignadas en precedencia.

2º Por la Secretaría de la Sala y con destino al director de la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota" de esta ciudad, expídase la certificación a que se hizo referencia en la parte motiva y en los términos allí indicados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

SEGUNDA INSTANCIA / SENTENCIA

En muchas ocasiones las providencias se preocupan por exponer su propio razonamiento sobre el particular, entrando en veces en contradicción con lo dicho por el inferior. Como quiera que se está desatando la alzada se entiende que sus razones priman sobre las esgrimidas en primer grado, las cuales quedan de hecho modificadas, sin necesidad de que sean rebatidas directamente.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 25.

Vistos:

Decide la Sala sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado *Jaime Artunduaga Torres* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero (3º) Penal del Circuito de El Espinal, mediante la cual lo halló responsable de un delito de homicidio culposo, condenándolo a purgar la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, multa de un mil pesos ($ 1.000.00) a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y un (1) año de suspensión en el ejercicio de su profesión de conductor. De igual manera, lo sancionó con la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y al pago de los perjuicios materiales (700 gramos oro) y morales (400 gramos oro). Al respecto el Tribunal aclaró que esta indemnización se hacía en favor de la progenitora de la víctima. Finalmente, le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

La síntesis la realizó con fidelidad el Tribunal. Aquí su transcripción:

"Según las constancias procesales estos tuvieron ocurrencia el diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en momentos en que el hijo de la señora Gloria María de Serrano transitaba por la carretera central que de Girardot conduce al Espinal a la altura de la localidad de Flandes, en inmediaciones del restaurantes Las Opitas, sobre la margen derecha de la vía dirección Flandes-Espinal, el bus marca Chevrolet V-60, modelo 88 de placas VZ 54-27 afiliado a la empresa COOMOTOR de Neiva y distinguido con el número interno de la empresa 1035, al mando de Jaime Artunduaga Torres atropelló al menor *Arbey Serrano*, a consecuencia de lo cual posteriormente murió, pues le produjo trauma craneoencefálico con objeto contundente, según consta en la necropsia".

Sinópsis procesal:

El Ministerio Público realizó el compendio en los siguientes términos:

"El Juzgado Penal Municipal de Flandes-Tolima, el veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) profirió auto de apertura de investigación penal. Una vez fue escuchado en indagación Jaime Artunduaga Torres y practicados varios medios probatorios, se le resolvió su situación jurídica por auto del seis (6) de julio siguiente, absteniéndose de decretar en su contra medida de aseguramiento.

"El mérito del sumario fue calificado por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de El Espinal, donde llegó por competencia, con resolución acusatoria en contra de Artunduaga Torres como presunto responsable del delito de homicidio culposo de Arbey Serrano.

"El proceso pasó a conocimiento del Juzgado Primero Superior del Espinal, el cual se convirtió en el Tercero Penal del Circuito de esa ciudad, donde se adelantó el período probatorio y practicada en legal forma la audiencia pública de juzgamiento dictó sentencia de primera instancia, cuyo principal resultado ya quedó consignado.

"Apelado el fallo, al desatarse el recurso concluyó con la confirmación de la condena por parte del Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia que ahora es motivo del presente recurso extraordinario".

La demanda:

Con fundamento en la causal *primera* de casación, segmento final del artículo 220 del C. de P. P., el recurrente plantea los siguientes reproches:

Primero.

Considera que se cometió un error de hecho por falso juicio de identidad "...sobre la declaración del sindicado Jaime Artunduaga Torres, en la diligencia de inspección judicial". Recuerda que el Tribunal, en el fallo recurrido, asegura que el acusado fijó su velocidad de desplazamiento en cuarenta kilómetros por hora, cuando en verdad lo que aseveró fue que "...por ahí a cuarenta vendría...", frase ambigua que hace "confuso su alcance".

Con fundamento en esto, entiende el recurrente que "...no le era dable al juzgador suplir las deficiencias de la presentación expositiva, asumiendo una conclusión inexistente o, por lo menos, poco clara, de lo declarado por el sindicado, alterando el sentido objetivo de la prueba". Respecto a su trascendencia advierte que incide en la decisión final pues "...se concluye la demostración procesal de la velocidad del automotor, factor este que se convierte en el elemento estructural del generador de la culpa, a través del cual se apoya su responsabilidad".

Segundo.

Nuevo error de hecho por falso juicio de identidad, que se estructura —a juicio del actor— "...sobre la prueba de los testimonios de los deponentes que afirman —según la sentencia de segundo grado— que se presentaron dos frenadas". Teniendo como premisa la comunión que existe entre los fallos de primero y segundo grado en todo aquello que no haya sido objetado por el superior señala que el *a quo* no otorgó valor probatorio a unos testimonios (se refiere el libelista a los dichos de Justo Pastor Correa y Emilio Contreras Cárdenas). El *ad quem* "...no controvirtió dicha valoración, lo cual indica su anuencia con el alcance valorativo otorgado...". Por consiguiente "...no podía apoyarse en dichas pruebas para extraer en forma simple una consecuencia probatoria relevante...", hecho con el que "...desfiguró el sentido objetivo de una prueba previamente valorada, al darle un alcance que no correspondía..."

Tercero.

Ahora se trata de una violación indirecta por falso juicio de existencia al haberse desconocido una prueba legalmente producida dentro del proceso. El censor se refiere al informe del accidente y al croquis expedido por Jorge Vásquez, en su calidad de agente de la Policía Vial. Si lo hubiese examinado el fallador —dice— habría encontrado que en la carretera había un vehículo que impedía la visibilidad del conductor, así como el intento imprudente de la víctima por cruzar la vía, la huella de frenada que indica su intención de evitar el accidente y la distancia a la que quedaron la bicicleta y el cuerpo de Edwin Arbey Serrano,

"...reflejando la acción del vehículo sobre dichos cuerpos...". Con la estricta valoración de estos hechos "...de acuerdo con la sana crítica, otra hubiese sido la conclusión del fallador de segunda instancia y no una condena por homicidio culposo..."

Como normas violadas, comunes a los tres ataques, nombra los artículos 246, 247, 248, 254, 279 y 281 del C. de P. P., y los artículos 21, 23, 40-1 y 321 del C. P., y como solicitud pide la casación de la sentencia recurrida, decretando la absolución de su patrocinado.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Respecto al *primer* cargo y luego de citar la respuesta del procesado, y advertir que "...la exposición no se destaca por su claridad...", precisa el funcionario del Ministerio Público que "No resulta lógico ni se tergiversa lo dicho por aquel al entenderse que esa era la medida de la velocidad...". Además, la objeción resulta improcedente si se tiene en cuenta que el ataque "...deviene en un juicio de convicción del medio probatorio, por cuanto el censor antepone su personal criterio a la valoración realizada por el fallador...". En este orden de ideas, señala que el actor hace una crítica que extiende a los demás cargos pero no formula la proposición jurídica completa ni desarrolla el concepto de su violación para el cargo en concreto.

Respecto al *segundo* reproche, la delegada lo rechaza por no identificar a cabalidad las pruebas contra las cuales dirige su reparo, "...razón por la cual desconoció el principio de limitación que regula la actuación de la Corte". Tampoco desarrolla el ataque pues no indica en qué consistió la tergiversación, a cambio de lo cual cuestiona al Tribunal por haberle concedido valor a unas pruebas desechadas por el *a quo*, situación ajena al error invocado, aunque advierte el Ministerio Público que "...nada se opone a que directamente asuma la credibilidad de unos medios de prueba considerando que superan los antagónicos, con lo cual se cumple también la función valoradora de las pruebas por parte del juez...". Como quiera que tampoco demuestra el nexo de causalidad entre el supuesto error y la sentencia, todas estas falencias dan al traste con el cargo.

Tampoco considera la delegada que se deba acoger el *tercer* reproche, pues en la sentencia de segundo grado aparecen varias referencias al informe de la Policía Vial. Además, no indica el recurrente, en concreto, los elementos de juicio que no fueron estimados por el sentenciador, aunque considera que resulta entendible que no lo haga pues sabe a ciencia cierta que "...todos esos aspectos fueron analizados y tomados en cuenta en las consideraciones del fallo...". Por último, también rechaza sus argumentos por recaer en la valoración de la prueba, terreno impróspero en sede de casación.

La Corte:

Primer cargo.

Sea lo primero observar el planteamiento genérico que hace el actor, común a los tres ataques, de las normas sustanciales y procesales presuntamente vulneradas por el fallador. Esta presentación le resta seriedad al libelo pues cada cargo tiene su propio o particular ámbito y, por ende, un determinado alcance. Por ello, la violación de los diferentes preceptos, sólo se entiende dentro del desarrollo de la censura. De todas maneras, no es la única falencia que exhibe el escrito; otras más, como se verá a seguida, también fueron determinantes para conducirlo a su desquiciamiento.

Primer cargo.

El ataque se funda en la presunta tergiversación de la indagatoria, exactamente sobre la velocidad a la que se desplazaba el vehículo conducido por el procesado. Mientras éste asegura que "...por ahí a cuarenta vendría...", la Corporación señala que transitaba "a 40 kilómetros por hora". Como quiera que la sentencia tilda de ambiguo al dicho de su patrocinado, critica al Tribunal por suplir sus deficiencias asumiendo "una conclusión inexistente", lo que conlleva a la alteración del sentido objetivo de la prueba.

Dos comentarios suscita este ataque. El primero versa sobre la distorsión en sí. Por la locución adverbial utilizada por el procesado "por ahí" se desprende que la cifra que quiere indicar está alrededor de los cuarenta kilómetros por hora. Es decir, pudo haber sido a treinta y nueve o cuarenta y uno, pero jamás a treinta o menos de treinta, que es la velocidad máxima permitida en ese sector de la carretera, por encontrarse en un área urbana y escolar. En tal sentido lo interpretó el Tribunal quien, apoyándose en las propias palabras del imputado, estableció, sin lugar a dudas, que el bus viajaba a una velocidad mayor que la permitida sin interesar para el caso si eran exactamente cuarenta kilómetros por hora, sino, si la velocidad excedía del máximo permitido, con lo cual se demostraba una violación manifiesta a una norma de tránsito.

La segunda inquietud que surge de la objeción es la estrechez misma del razonamiento como si la exégesis de Artunduaga hubiese sido el único elemento de convicción tomado en cuenta por el fallador para establecer el exceso de velocidad. El recurrente apenas habla de él, prescindiendo del material probatorio restante. Con este silencio comete una grave falla técnica pues era su obligación no sólo mostrar la falencia del juzgador, sino indicar su trascendencia, es decir, que la restante prueba de cargo no posee la fortaleza suficiente para oponérsela y, en consecuencia, sino se hubiese producido la distorsión, la sentencia habría sido necesariamente favorable al imputado.

Sin embargo, calla sobre este importante aspecto. Olvida que el *ad quem* para establecer la imprudente velocidad a la que marchaba el autobús, acudió igualmente a los expertos en la materia quienes analizando las huellas de la frenada, establecieron una velocidad de treinta y tres kilómetros por hora. Además, examinó las deposiciones de varios testigos presenciales (José Ferney Portela Ospina y Emilio Contreras Cárdenas) quienes hablan sobre el afán que tenía el acusado por sobrepasar a un vehículo de una empresa rival, así como las dos frenadas que debió hacer, amén de la falta de precaución al no tomar la vía con prudencia pese a que otro automotor estacionado en la carretera le dificultaba la visibilidad.

Cuando el fallador examinó la indagatoria del conductor simplemente confirmó lo que por otras fuentes ya había establecido. Su velocidad —superior a la permitida— le impidió no sólo frenar sin consecuencias sino también efectuar una maniobra evasiva que hubiese podido evitar el accidente.

Fracasa el reproche.

Segundo cargo.

Al abordarse el estudio de esta segunda censura se observa el intento del casacionista por parcelar la realidad probatoria. Intenta analizar cada porción, independientemente de las demás, con el fin de sacar avantes sus tesis pues sólo de esta manera logra debilitar la de por sí vigorosa prueba de cargo, cuya fortaleza deviene de su compaginación y complementación.

Ahora centra su atención en los testimonios de Justo Pastor Correa y Emilio Contreras Cárdenas, pero sólo en lo que tienen que ver con las "dos frenadas". Aparte de lo ya dicho sobre las plurales probanzas que sirvieron de sustento al sentenciador para edificar la certeza que lo llevaría a pronunciar el fallo de condena que hoy se controvierte, y que para el censor no le merecen atención alguna, plantea su personal tesis sobre la comunión de los fallos de instancia.

La reprobación del superior debe ser expresa, es el meollo de su razonamiento. Si no lo hace así, ello indica que comparte el pensamiento del inferior, y por eso debe seguir indefectiblemente el mismo derrotero. Este, es cierto, es un método válido para establecer el verdadero alcance de la providencia de segundo grado. Sin embargo, no es el único. En muchas ocasiones las providencias se preocupan por exponer su propio razonamiento sobre el particular, entrando en veces en contradicción con lo dicho por el inferior. Como quiera que se está desatando la alzada se entiende que sus razones priman sobre las esgrimidas en primer grado, las cuales quedan de hecho modificadas, sin necesidad de que sean rebatidas directamente.

En el presente asunto, el Tribunal, a diferencia del juzgado, estimó que era válido considerar la prueba testimonial por encontrarse acorde con los restantes medios de prueba, esto es, la indagatoria del procesado sobre la velocidad a la que se desplazaba, el informe extraído del parte policial y el croquis levantado en el sitio del accidente. Con esta afirmación, tuvo en cuenta las reglas de la sana crítica y obró en consecuencia.

Ahora, no entiende la Sala, en donde se encuentra el error de hecho que, por falso juicio de identidad, pone de presente el casacionista. Su inconformidad reside en no haber refutado concretamente el Tribunal al *a quo* en lo referente a la prueba testimonial. Donde se encuentra la distorsión propia de esta violación indirecta, es un interrogante que no despeja el libelo pero desnuda sus verdaderas intenciones: Objetar el fallo en el terreno del error de derecho por falso juicio de convicción, pues, en últimas, su inconformidad reside en la credibilidad que se le dio a los testigos presenciales sobre las dos frenadas que hizo el bus. Como quiera que no existe tarifa legal para valorar un testimonio cuyo orden debe respetar las reglas de la sana crítica, donde la ponderación, la experiencia y el conocimiento son las guías del fallador, la censura en este ámbito es imprósperа. También el fracaso es la medida de este reproche.

Tercer cargo.

Lo basa en un presunto error de hecho por falso juicio de existencia, al desconocerse el informe policial y el croquis elaborado en el sitio del accidente. No es cierto ni ello exacto que el fallador no hubiese tenido en cuenta estos elementos de persuasión. Por el contrario, en varias oportunidades se refirió a ellos, adecuándolos a las otras probanzas, elucidando el por qué en unas y en otras se encontraba reflejada la frenada, advirtiendo que si se analiza la prueba testimonial referida y la indagatoria se observa que sus diferencias son explicables debido a la existencia de dos intentos por parar el vehículo lo que, obviamente, redujo la distancia de fricción de las ruedas sobre el pavimento al producirse el segundo y definitivo intento.

Ahora bien, como tinosamente lo afirma la delegada, el censor no aclara cuál o cuáles de los diversos puntos que se encuentran consignados en el croquis o en el informe policial fueron desconocidos por el fallador. Simplemente los enuncia dando a entender que fueron todos en conjunto los ignorados. Esta imprecisión coadyuva al fracaso de la impugnación pues se queda la Sala sin saber, a ciencia cierta, el verdadero alcance del pensamiento del recurrente, sumándose a este olvido el desconcierto mismo al examinar el fallo, materia de la polémica pues, al contrario de esta afirmación "todos esos aspectos fueron analizados y tomados en cuenta en las consideraciones del fallo, no sólo basados en informe de la Policía Vial, sino también en la indagatoria del condenado, las declaraciones de testigos, la inspección judicial", como con toda corrección lo advierte el procurador delegado.

Finalmente, el censor aspira a quebrar la decisión judicial recreando la realidad procesal, en beneficio de sus intereses, proponiendo una visión personal de lo sucedido, la que, a su modo de ver, se desprende de lo dicho en las probanzas anotadas. Esta y no otra es la interpretación que de ellos se debió hacer. La velocidad de desplazamiento, la dirección de la bicicleta, el vehículo parqueado en la vía, tienen no el significado que los dio el Tribunal sino el propuesto por él, ubicando al ciclista como único responsable del accidente.

Estas falencias, todas a una, conspiran contra el éxito de la objeción.

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.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

REPOSICION

La preceptiva del artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, enseñan que salvo las excepciones legales, el recurso de reposición procede: "...contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instancia", con lo cual, quedan excluidas de cualquier impugnación, aquellas que se adopten por el ad quem en virtud del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de la consulta cuando haya lugar a ello.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 025.

Vistos:

La doctora *Rubiela Marín Orozco de Rayo al notificarse* de la providencia de fecha 21 de febrero del corriente año, interpuso recurso de reposición en cuanto a la caución fijada por la Sala para poder gozar del beneficio de detención domiciliaria que le fue otorgado. Considera la recurrente que lo único que posee es una pequeña pensión de jubilación que no ha podido cobrar por hallarse privada de su libertad. Por ello, demanda la sustitución de la caución prendaria por juratoria y subsidiariamente, se le imponga aquella pero equivalente a un salario mínimo legal mensual.

Consideraciones de la Corte:

De conformidad con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, las providencias dictadas en segunda instancia se notificarán cuando en ellas se decrete "la prescripción de la acción o de la pena, o se dicte o sustituya una medida de aseguramiento", pero ello no quiere decir que contra ellas proceda el recurso de reposición.

En efecto, la preceptiva del artículo 199 *ibídem*, enseña que salvo las excepciones legales, el citado recurso procede "...contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las *interlocutorias* de primera o única instancia", con lo cual, quedan excluidas de cualquier impugnación, aquellas que se adopten por el *ad quem* en virtud del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de la consulta cuando haya lugar a ello.

En el caso concreto, no solamente resulta improcedente la impugnación (reposición) de la providencia del 21 de febrero último, sino que al haber satisfecho la doctora Marín Orozco de Rayo su obligación de prestar caución prendaria por la suma de cuatrocientos mil pesos ($400.000.00) para gozar del beneficio concedido, por sustracción de materia cualquier pronunciamiento al respecto, en el evento de tener competencia para ello, se muestra impertinente.

Como quiera que la procesada en la diligencia de compromiso manifestara fijar su residencia en esta ciudad capital (carrera 111 número 28-07), se oficiará al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, para que en su condición de agente del Ministerio Público, disponga lo pertinente respecto de lo previsto en el numeral 5º del artículo 135 del Código de Procedimiento Penal. Se le remitirá copia de esta providencia y de la calendada el 21 de febrero del corriente año.

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

Resuelve:

1º ABSTENERSE de considerar el recurso de reposición interpuesto por la procesada doctora Rubiela Marín Orozco de Rayo, contra la providencia de fecha 21 de febrero del corriente año, mediante la cual se le sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria, en cuanto se le fijó como caución prendaria la suma de cuatrocientos mil pesos para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

2º Por la Secretaría de la Sala ofíciese al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, de conformidad con lo anotado en la parte motiva y para los fines allí indicados.

Cópiese, hágase saber y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CONEXIDAD

Es cierto que el inciso segundo del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal permitía y lo sigue permitiendo hoy la reforma, extender el recurso a "los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior", pero ha de entenderse tal precepto siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos. / Además de lo expresado en precedencia, existen otras razones que permiten arribar a idéntica conclusión, a saber: a) En materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado, y b) Porque de no ser así, se estaría desconociendo el interés legítimo para recurrir, en la medida en que no podría impugnar un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación a nombre del coprocesado condenado por el delito cuya pena sí la admite.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado Acta número 25.

Al examinar la Corte la demanda de casación presentada por el defensor del coprocesado *Jorge Quiñones Hernández* para efectos de verificar los requisitos formales de rigor, encuentra que los delitos por los cuales se recurre no admiten la impugnación en referencia, generándose una irregularidad en la actuación del Tribunal cuya corrección se impone en esta oportunidad.

Antecedentes inmediatos:

El Juzgado Penal del Circuito de Mocoa (Putumayo), en sentencia de abril 29 de 1993, condenó a Luis Marino Bolaños Ibarra a cinco

años de prisión como responsable del concurso de delitos de concusión, peculado por apropiación oficial diferente y celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales; en la misma sentencia condenó a Jorge Quiñones Hernández y Rubén Darío Arévalo Bisbicuz a 18 meses de prisión cada uno como coautores del concurso de delitos de peculado por apropiación oficial diferente y celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales. A todos ellos les impuso como obligación indemnizatoria el pago en forma solidaria de la suma de $ 9.866.189.35 en favor del Municipio de Orito (Putumayo).

Contra dicha determinación, solamente recurrieron en apelación los defensores de los procesados Rubén Darío Arévalo y Jorge Quiñones Hernández y éste mismo procesado; el Tribunal, en fallo de septiembre 8 de 1993, la confirmó en lo esencial, modificándola únicamente para transformar la pena que equivocadamente señaló el *a quo* como accesoria en principal, según los tipos penales correspondientes. A su vez, el procesado Jorge Enrique Quiñones Hernández interpuso recurso extraordinario de casación y el Tribunal lo concedió en octubre 11, ordenando el traslado para presentación de la demanda la que oportunamente fue allegada.

Consideraciones de la Corte:

1. Los delitos por los cuales se condenó al procesado recurrente tanto por el Juzgado como por el Tribunal son los de peculado por aplicación oficial diferente (art. 136 del C. P.) y el de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales (art. 146 *ibídem*), los cuales tienen una pena privativa de la libertad máxima de tres (3) años de prisión.

2. El procesado al interponer el recurso extraordinario de casación manifestó únicamente: "Me permito presentar el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Pasto, con ponencia del magistrado Ramón Cerón Silva, calendada el 8 de septiembre de 1993 mediante la cual se confirma, con modificaciones, la sentencia del Juzgado Penal del Circuito de Mocoa, de fecha 29 de abril de 1993, que me condenó por los delitos de peculado y contratación ilícita. Estoy en término legal y tengo facultad para interponer el recurso".

Ninguna duda existe a cerca de que el interesado no interpuso el recurso excepcional de casación referido en el inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P. para que fuese concedido discrecionalmente por la Corte, no sólo porque no lo dijo expresamente —debiendo hacerlo—, sino porque se requiere indicar y demostrar uno de los dos motivos determinantes de la impugnación: La necesidad del desarrollo jurisprudencial o de la defensa de derechos fundamentales, aspectos sobre los cuales nada se dijo al respecto en el escrito correspondiente.

Como el recurso que se ha interpuesto, en consecuencia, ha sido el extraordinario de casación denominado "común o tradicional", ha de examinarse su viabilidad en los términos del inciso primero del artículo 218 referido, siendo evidente la ausencia del factor punitivo exigido: "Cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años", aplicable entonces, ya que para el momento en que fue interpuesto aún no había entrado en vigencia la Ley 81 de 1993 que elevó ese quantum a seis (6) años.

3. Es cierto que el inciso segundo de dicho precepto permitía, y lo sigue permitiendo hoy la reforma, extender el recurso a "los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior", pero ha de entenderse tal precepto siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos, cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos (por ser este aspecto solamente conocido en el escrito de demanda).

Además de lo expresado en precedencia, existen otras razones que permiten arribar a idéntica conclusión, a saber: a) En materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado, y b) Porque de no ser así, se estaría desconociendo el interés legítimo para recurrir, en la medida en que no podría impugnar un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación a nombre del coprocesado condenado por el delito cuya pena sí la admite.

Obsérvese cómo en el presente caso, al único procesado que se le condenó por un delito (concusión) que admite aún hoy el recurso extraordinario de casación fue a Luis Bolaños Ibarra, quien ni siquiera apeló el fallo de primera instancia. En tales condiciones, la inconformidad respecto de la sentencia de segunda instancia ha sido exclusivamente en relación con hechos punibles cuya pena excluye el recurso común o tradicional de casación. Con otras palabras, realmente no se está en presencia de delitos conexos —cada condena es independiente— respecto de los cuales deba "extenderse" el recurso, toda vez que el fallo por el que sí lo admite no ha sido cuestionado en casación por ninguno de los sujetos procesales que hubieran podido hacerlo con legítimo interés, y el impugnante no está condenado por él.

4. Olvidó entonces el Tribunal, en primer lugar, que ninguno de los delitos por los cuales se condenó al procesado recurrente en casación tiene señalada en la ley pena privativa de la libertad que haga viable el denominado recurso común o tradicional de ese orden, y en segundo lugar, tampoco tuvo en cuenta que la impugnación incoada por el propio imputado no era ni podía ser, a juzgar por el recurrente y por los términos del recurso, la excepcional referida en el inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P., cuyo otorgamiento es de competencia discrecional de la Corte.

Significa todo ello que la actuación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto relacionada con el otorgamiento y trámite del recurso extraordinario de casación es irregular, debiéndose por consiguiente anular y ordenar devolver el proceso por ser claramente improcedente la impugnación.

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

Resuelve:

DECLARASE LA NULIDAD de todo lo actuado en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto respecto de la concesión y trámite del recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Quiñones Hernández, esto es, a partir e inclusive del auto proferido el 11 de octubre de 1993 obrante a folio 1097 del cuaderno original (debe ser 197, pues hay error en la foliación). Como el recurso interpuesto es improcedente, el fallo queda ejecutoriado y, en consecuencia, una vez en firme lo aquí decidido, debe regresar el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase:

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL

La Corte sólo puede atender peticiones de libertad provisional apoyadas en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, esto es para efectos de acreditar el requisito cuantitativo a que se refiere el artículo 72 del Código Penal o para el cumplimiento total de sanción, pues reiteradamente lo ha sostenido la Sala que carece de competencia para atender en el trámite del recurso extraordinario de casación, peticiones o incidentes ajenos a él.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 025.

Vistos:

El apoderado del procesado *Eduardo Elías Martínez Marín*, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Valledupar, solicita "sea dejado en libertad inmediatamente", por cuanto su representado "no ha cometido delito alguno". En extenso se refiere a la actuación procesal, análisis de pruebas, indicios, efectividad del derecho de defensa, competencia de los funcionarios que han conocido del proceso, nulidades y pruebas que según el libelista exoneran de responsabilidad al condenado.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de fecha 6 de mayo de 1993, condenó al procesado Martínez Marín a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio simple cometido en la persona de Sadoc Navarro Rojas, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo del 9 de julio siguiente, el que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

La Corte, sólo puede atender peticiones de libertad provisional apoyadas en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, esto es para efectos de acreditar el requisito cuantitativo a que se refiere el artículo 72 del Código Penal o para el cumplimiento total de la sanción, pues reiteradamente lo ha sostenido la Sala que carece de competencia para atender en el trámite del recurso extraordinario de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Entonces la liberación inmediata que pretende el apoderado de Martínez Marín, sobre los presupuestos que aduce en su solicitud, ello sólo sería viable al momento de proferir el fallo definitivo y de prosperar los cargos que presentó la defensa en la correspondiente demanda, contra la sentencia de segundo grado.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto de la pretensión del libelista.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SE ABSTIENE de considerar la petición del apoderado del procesado Eduardo Elías Martínez Marín, consistente en que se decrete la libertad inmediata de su representado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

La concesión o no del subrogado de la condena de ejecución condicional, prevista en el artículo 68 del Código Penal, sólo es procedente al momento de proferirse la respectiva sentencia.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 025.

Vistos:

Han llegado a esta Corporación las presentes diligencias para resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado *William García Cartagena*, contra la providencia de fecha 22 de diciembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Nacional, no le concedió la libertad provisional solicitada con base en el ordinal 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 55 de la Ley 81 de 1993.

Actuación procesal:

1. El 5 de septiembre de 1990, dentro del proceso número 139 adelantado contra Darwin Edison Astaiza Gallo por el delito de secuestro extorsivo y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, el asesor jurídico del Juzgado Cuarto de Orden Público (hoy juez regional) de Medellín, doctor William García Cartagena, proyectó a petición del titular del Despacho, doctor Mario Santana Rueda, la providencia que revocó la detención preventiva del mencionado Astaiza, decisión adoptada sin que en el sumario existiera prueba que enervara la de cargo considerada al momento de resolverle situación jurídica.

2. Por los anteriores hechos, en providencia del 22 de febrero de 1993, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, decretó medida de aseguramiento de detención preventiva a William García Cartagena, abogado asesor del Juzgado Cuarto de Orden Público de Medellín, co-

mo cómplice del delito de prevaricato del que se señala como autor al titular, doctor Mario Santana Rueda, sin beneficio de excarcelación por la prohibición contenida en el artículo 417, ordinal 4º del Código de Procedimiento Penal.

3. Por providencia del 17 de mayo de 1993, la misma Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, sustituyó la medida de aseguramiento detentiva por detención domiciliaria, para ambos procesados.

Como el sindicado García Cartagena había solicitado libertad provisional, prevista en el ordinal 1º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía precisó que por existir circunstancias genéricas de agravación punitiva, en caso de eventual sentencia condenatoria, dicho procesado requiere de tratamiento penitenciario.

4. El 16 de julio de 1993 el funcionario instructor profirió resolución de acusación en contra de los sindicados Santana Rueda y García Cartagena, como autor y cómplice, respectivamente, del delito de prevaricato por acción. Decisión que fuera apelada por el último de los mencionados y confirmada por la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante esta Corporación, en proveído del 21 de septiembre siguiente.

5. El Tribunal Nacional atiende la petición de libertad efectuada por García Cartagena, conforme a lo previsto en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal y se la deniega argumentando que la tasación de la pena que eventualmente podría imponérsele a éste procesado en caso de condena, sería de 36 meses de prisión, disminuidos en una sexta parte por su condición de cómplice, para un total de 30 meses, cuyas dos terceras partes equivalente a 20 meses, no las satisface con el tiempo que lleva detenido.

En efecto, con base en los artículos 61, 64 y 66 del Código Penal, el *a quo* deduce que la pena eventualmente aplicable al procesado García Cartagena como cómplice del delito de prevaricato por acción, no podría partir del mínimo, en consideración a que su colaboración fue eficaz para cometer el delito; a la mayor gravedad que reviste el hecho punible que lo enseña más dañino para el bien jurídico afectado, porque el proceso dentro del cual se dictó la providencia prevaricadora, se adelantaba por secuestro extorsivo; al grado de culpabilidad predicable del procesado; y a la confluencia en su contra de las circunstancias genéricas de agravación punitiva de preparación ponderada del hecho; obrar en complicidad con otro y su posición distinguida dentro de la sociedad.

6. El procesado William García Cartagena, sustenta el recurso de apelación argumentando que el Tribunal Nacional erró en su decisión de no concederle la libertad provisional, porque sólo consideró en su contra circunstancias de agravación punitiva, pero no tuvo en cuenta la atenuante de ausencia de antecedentes y buena conducta anterior, predicable en su favor para que la tasación anticipada de la pena resulte

menor, en virtud de que se hace acreedor a una disminución superior a la sexta parte decidida por el Tribunal.

Además, reclama porque el juzgador de instancia no hizo pronunciamiento alguno sobre el derecho que le asiste a la suspensión de la ejecución de la sentencia, en caso de que esta sea adversa.

Consideraciones de la Corte:

La providencia impugnada será confirmada, pero por las siguientes razones:

En punto a la solicitud de excarcelación con base en el ordinal 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, la tasación de la pena eventualmente imponible, que debe hacerse para saber si el tiempo cumplido por el procesado en detención preventiva, satisface el necesario para obtener libertad provisional, es decir, las dos terceras partes de la sanción que llegare a merecer, fue labor sustentada por el Tribunal Nacional, en las normas que fijan los criterios para regular las penas.

Así, pues, siguiendo las pautas fijadas en las normas indicadas, el *a quo* concluyó de manera provisoria que la pena condigna al comportamiento del procesado William García no podría ser la mínima, porque en su contra concurren circunstancias que obligan fijarla, por encima del límite inferior de un año dispuesta por el artículo 149 del Código Penal; de ahí que, advertida la presencia de circunstancias genéricas de agravación punitiva, el mayor grado de culpabilidad y la eficaz contribución a la ejecución del delito, adoptó una tasación temporal de 36 meses de prisión.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra conveniente reconsiderar el quantum provisorio en atención a que, como lo asevera el apelante, el *a quo* no le tuvo en cuenta circunstancias atenuantes que, a la luz del artículo 61 del Código Penal, inciden en la determinación punitiva, así ésta se haga de manera temporal.

Con base en lo dicho, la Corporación estima que por virtud de las agravantes genéricas y de la atenuante de la buena conducta anterior predicables para los procesados, resulta razonable tasarles provisionalmente la pena en 24 meses, de los cuales se descontarán los 6 meses deducidos por el Tribunal para el cómplice García Cartagena, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 24 del Código Penal, para un total de 18 meses de prisión, con la aclaración de que los extremos en los que oscila la rebaja señalada en el mencionado artículo, se extiende de una sexta parte a la mitad y no, como equivocadamente lo indica el *a quo*, de una sexta a una tercera parte.

Como consecuencia de lo dicho, debe concluirse que en el presente caso, la libertad provisional prevista en el numeral 2º del artículo 55

de la Ley 81 de 1993, solicitada por el procesado García Cartagena, no es procedente, por cuanto ésta solamente opera en los eventos en que la pena deducida sea superior a 24 meses de prisión, conforme lo establece el artículo 72 del Código Penal, y como se ha visto al peticionario le correspondería una equivalente a 18 meses de prisión, en el evento de ser condenado.

De otra parte, la mención que hace el apelante en su escrito de sustentación sobre el derecho a la suspensión de la ejecución de la sentencia en caso de que ésta llegare a ser adversa, la Sala reitera que la concesión o no del subrogado de la condena de ejecución condicional, prevista en el artículo 68 del Código Penal, sólo es procedente al momento de proferirse la respectiva sentencia, por lo cual, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre esta manifestación del procesado.

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

Resuelve:

1. CONFIRMAR la providencia de fecha 22 de diciembre de 1993, por la cual el Tribunal Nacional, denegó la libertad provisional del procesado William García Cartagena, pero por las razones consignadas en precedencia.

2. ABSTENERSE de considerar la manifestación del apelante, respecto al subrogado de la condena de ejecución condicional, conforme a lo anotado en la parte motiva.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO

"No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación. De ser así, la más notoria contradicción con la ley y con el derecho que se supone desconocido, encontraría favorable y exitoso pretexto para desviar el elemento doloso que exige esta figura penal. El funcionario no es ajeno a padecer esta clase de fallas intelectuales y la doctrina abunda en casos en los cuales ha prosperado esta invocación. Pero también la praxis judicial tiene por acertado derrotero, para evitar la impunidad de conscientes y buscadas violaciones a la ley, advertir que hay aspectos básicos, tan fundamentales y tan simples que no es admisible una exculpación de esta índole, máxime cuando el conocimiento sobre los hechos fluye de manera fácil y atinada a sus propias circunstancias señalan que no era factible incurrir en un desacierto notorio advertible y advertido...".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 19, febrero 23 de 1994.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 10 de diciembre del año inmediatamente anterior, profirió sentencia contra el Exjuez Promiscuo Municipal de Cajicá, doctor *Teodoro Galvis Melo*, por el delito de *"prevaricato por acción"*, según denuncia de la señora Elvira Bello de Villarraga, condenándolo a la pena principal de *un (1) año de prisión* e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, los que se tasaron, los materiales, en 36 gramos oro, y los morales, en 10, al valor que tenga éste al momento del pago; se le concedió si la condena de ejecución condicional.

Contra la anterior determinación interpuso recurso de *apelación* el señor defensor, el cual fue concedido por auto de enero 20 del año en curso. En sede de la Corte, fijado en lista el asunto por 5 días, se obtuvo el alegato de la defensa, encontrándose el mismo ahora para la decisión de fondo. A ello se procede.

Hechos:

Elvira Bello de Villarraga formula denuncia contra el doctor Teodoro Galvis Melo porque en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Cajicá conoció del proceso ordinario de menor cuantía que su hermana Felisa Bello Chocontá de Venegas entabló contra la sobrina de ambas Rocío del Socorro Bello de Estrada, para que se *resolviera* el contrato de compraventa entre ellas suscrito de la nuda propiedad del inmueble ubicado en la vereda "Chuntame" de aquella municipalidad y conocido como "Santa Teresa", según escritura pública número 1123 del 14 de julio de 1983, otorgada ante el notario de Zipaquirá, incurriendo en su *trámite en graves anomalías, igual que en la ejecución de la sentencia.* Allí se precisa como razón de la demanda el que su hermana nunca recibió los $ 25.000.00 que en el contexto del contrato se dicen entregados como precio de la venta y que la demandante siempre entendió que el acto que firmaba era un testamento y no una escritura de compraventa.

Las arbitrariedades consistieron en aceptar la presentación irregular del poder que la demandada otorgó y fundar la sentencia en favor de ésta en pruebas aportadas cuando ya había precluído el término para tales efectos. También en que la demanda se falló en favor de la demandada, sin piso jurídico y, ejecutoriada la sentencia, previa petición de esta parte, el juez, con auto de *"notifíquese"* de noviembre 3 de 1988, dispuso la diligencia de *entrega* en su favor, fijando el día siguiente, a las 8 a.m., como aquel en que la misma debía cumplirse. Este auto se notificó a la apoderada de la demandada en la misma fecha de emisión, renunciando ésta a términos; no hubo notificación por estado, y por lo tanto, la denunciante en su condición de *poseedora material* del inmueble no pudo oponerse a la entrega, la que tampoco ha debido ordenarse en esa forma porque en la sentencia que puso fin al litigio, la entrega no se dispuso. Que, posteriormente, mediante abogado, solicitó la declaratoria de la *nulidad* de la actuación subsiguiente a la sentencia, pero que el incidente, a la fecha de presentación de la denuncia, no había sido resuelto.

La actuación procesal:

a) Dentro del ordinario de menor cuantía de Felisa Bello Chocontá de Venegas, contra Rocío del Socorro Bello de Estrada.

El 12 de octubre de 1985, se instauró el señalado proceso y con los fines ya vistos. En la contestación de la demanda se sostuvo que,

tal y como dice la escritura pública número 1123 de julio 14 de 1983, la vendedora y ahora demandante sí recibió la citada cantidad de $ 25.000.00 y que "no es cierto que el acto a suscribirse fuera un testamento, lo fue una escritura pública de compraventa con todos los requisitos legales". Se señaló también "el mérito extraordinario que la ley reserva a la prueba por escritura pública".

El proceso se rituó a términos del C. de P. C. (Decretos 1400 y 2019 de 1970, aún no había entrado en vigencia el Decreto 2282 de 1989), profiriéndose sentencia el 1º de agosto de 1988. Se resolvió no declarar resuelto el contrato de compraventa y no reconocer el error en el negocio, esto es, que la demandante sí sabía que lo firmado era una escritura pública; se condenó en costas a esta parte.

El 8 de agosto se fijó edicto por 5 días, a efectos de notificar la sentencia. El 19 de agosto la apoderada de la demandada solicita se señale fecha y hora para *la entrega del inmueble*, por haber quedado ejecutoriada la misma. El 18 del mismo mes la apoderada de la demandante había interpuesto recurso de apelación contra el fallo, pero luego de que la Secretaría rectificó un informe, precisando que el día *17 de agosto de 1988, a las 6:00 p.m., había quedado en firme la sentencia, inadmitió el recurso por extemporáneo.*

Por segunda ocasión la apoderada de la demandada solicita se fije fecha y hora para *la diligencia de entrega del inmueble* (octubre 15 de 1988). El *3 de noviembre entra al despacho la petición* y, el Juzgado, mediante auto de "notifíquese", señala el *4 del mismo mes y año*, o sea, *el día siguiente*, para la práctica de la diligencia de entrega, la que efectivamente se cumplió a efecto en la fecha indicada. Precísese que el auto del *3 de noviembre* se notificó personalmente a la apoderada de la parte demandada, quien renunció a términos; pero no obra constancia alguna de haberse surtido notificación a las demás partes.

El 4 de noviembre la Secretaria archiva el proceso y en la misma fecha, Elvira Bello de Villarraga, en su condición de *poseedora material* del inmueble, para cuando la entrega, confiere poder a la doctora Nydia Zoraida Rodríguez V., quien en ejercicio de su mandato, solicita el desarchivo del proceso y presenta incidente de *nulidad* desde el auto del *3 de noviembre* que ordenó entregar el bien por cuanto el juez no podía disponerlo ya que jamás se le pidió en la contestación de la demanda y, en la sentencia, nunca se dispuso tal entrega. Finalmente, presenta escrito de oposición en razón a que su mandante es poseedora material y adjunta en tal sentido prueba documental.

En *diciembre 7 de 1988*, se corre traslado del incidente de nulidad, por 3 días. En febrero 25 de 1989, el expediente va al despacho y, el *9 de mayo de 1989*, el Juzgado resuelve el incidente *declarando la nulidad de todo lo actuado* a partir del auto de noviembre 3 de 1988 y por medio del cual se había ordenado la entrega del inmueble, reconociendo el juez que se pretermitió la notificación a la parte deman-

dante y que en la sentencia no se ordenó la entrega del inmueble, "para poder así dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 337 del C. de P. C. y como esto no sucedió el camino a seguir sería el ordenado por el artículo *431* de la misma normación legal, mediante el trámite correspondiente de entrega, proceso consagrado en esta norma".

Elvira Bello de Villarraga, confiere poder al doctor Carlos A. Goyeneche D., quien el 26 de junio de 1989, solicita al Juzgado se señale fecha y hora para la *entrega* del bien a su mandante, por considerar que los efectos de la *nulidad*, vuelven las cosas al estado anterior y aquel tenía entonces la *posesión material* del inmueble. Se fijó el 19 de julio de 1989, para esta diligencia, a las 10 a.m., mas llegada la hora, el doctor Goyeneche D. pidió se fijara nueva fecha, a lo que se accedió, señalándose el 6 de septiembre de 1989, para tales efectos.

Luz Marlen Fajardo Supelano, confirió poder al doctor Rafael Arias S., para que se opusiera a la entrega, por cuanto ella había comprado el inmueble a Rocío Bello de Estrada, según consta en la escritura pública número 1982 de julio 31 de 1989. En ejercicio del mandato, este profesional reclama entonces se revoque el auto de *diciembre 7 de 1988*, por el cual se tramitó el incidente de nulidad, la providencia de *mayo 9 de 1989*, mediante la cual se declara la *nulidad*, *el auto de junio 29 de 1989* que fijó fecha y hora para la diligencia de entrega a Elvira Bello de Villarraga y, subsidiariamente, que se reconozca que se ha presentado una controversia entre su poderdante y Elvira Bello, con respecto al inmueble de marras.

El Juzgado, por auto de agosto 30 de 1989, accede a las peticiones del abogado de la nueva propietaria del inmueble y, en consecuencia, *revoca* el auto de junio 29 de 1989 *que había ordenado la entrega a Elvira Bello de Villarraga* y deja en libertad a ésta y a Luz Marlén Fajardo Supelano para que inicien las acciones civiles del caso, decisión que se notifica por estado el 1º de septiembre de 1989 y contra la que se interpone recurso de reposición por el apoderado de doña Elvira Bello, el cual se denega por extemporáneo. Esta, inicia entonces, mediante abogado, *proceso abreviado de recuperación de la posesión*, contra la Fajardo Supelano y en el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, el cual culmina en *conciliación*.

b) Dentro del presente proceso penal.

El Tribunal Superior de Bogotá, Corporación que primero conoció del proceso, el 14 de enero de 1989, dispuso *indagación preliminar*. Así se logró la ampliación de la denuncia de Elvira Bello de V. en la que se insiste en los términos de ésta y se concreta que ella entró en *posesión material* del inmueble desde el momento de la muerte de su hermana Felisa Bello de Venegas; se practicó una inspección judicial al Juzgado Promiscuo de Cajicá sobre el prenombrado proceso ordinario de menor cuantía y se tomaron, trayéndose a los autos, fotocopias de varias e importantes piezas procesales, anteriores y posteriores a la

sentencia de agosto 1º de 1989, con que culminó el ordinario; copias auténticas de los acuerdos de nombramiento del doctor Galvis Melo como Juez Promiscuo Municipal de Cajicá; etc. El 25 de octubre de 1989 se profiere *auto cabeza de proceso* y, entre otras pruebas, se recepcionó la declaración de la doctora Nydia Zoraida Rodríguez V. y la indagatoria del doctor Galvis Melo. Cerrada la investigación, se calificó el mérito del sumario (agosto 6 de 1990), con *reapertura de la averiguación* (art. 25 del Decreto 1861 de 1989), absteniéndose además de dictarle medida de aseguramiento.

En la *fase de la reapertura* se practicó nueva inspección judicial al Juzgado Promiscuo de Cajicá, y se tomó la estadística de los asuntos civiles y penales radicados, entre noviembre 4 de 1988 y mayo 9 de 1989, y, según el "Libro Diario", se precisó el número de autos de sustanciación, interlocutorios y sentencias *civiles* dictados en el mismo período y, en cuanto a los *penales*, los emitidos entre enero 2 a mayo 9 de 1989. Se le amplió, también, la denuncia a Elvira Bello de V., allegándose otras fotocopias del proceso ordinario y se recibió la declaración de Agripina Bustos de Salgar y la ampliación de la indagatoria del doctor Galvis M. Cerrada la investigación, se calificó la misma (junio 24 de 1992), con *resolución de acusación* por el delito de *prevaricato por acción* y auto de detención, con beneficio de excarcelación, previa caución prendaria por el valor equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales. Ejecutoriada esta decisión, vino la *etapa de la causa*. La defensa allegó fotocopia auténtica de la *audiencia de conciliación* cumplida en el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá entre Elvira Bello de V. y Luz Marlén Fajardo S., dentro del *posesorio* que allí cursó. El 12 de noviembre de 1992, se celebró la *audiencia pública*, oportunidad en la que se recepcionaron los testimonios de Luis Eduardo Velandia y Rafael I. Aponte C. La *sentencia* se emitió el 10 de diciembre del año inmediatamente anterior y sobre ella se interpuso, como ya se precisó, el recurso de apelación, razón de ser del presente proveído.

Fundamentos de la determinación impugnada:

"...ni en la contestación de la demanda (*dentro del proceso ordinario de menor cuantía* a que se refieren las presentes diligencias), ni aún en la sentencia de mérito, se ordenó la entrega del mencionado bien inmueble; y esto es lógico, pues tal y como se desprende de las fotocopias del proceso la señora Felisa Bello había vendido a su sobrina Rocío Bello la *nuda propiedad*, consecuencia de lo cual, la vendedora conservaba el derecho de usufructo. Entonces, no se podía dar aplicación al artículo 337 del C. de P. C. (antes del Decreto 2282 de 1989 que lo reformó) porque esta norma sólo autorizaba al juez para proceder a la entrega, *siempre que hubiera sido ordenada en la sentencia*, si la parte favorecida se lo solicita dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de aquella o del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el Superior, y precisamente, porque en el citado fallo no lo ordenó.

"El doctor Galvis Melo al haber aceptado dentro del mismo proceso ordinario la petición de la parte demandada para que se le entregara el inmueble objeto de la litis, profiriendo su auto de *noviembre 3 de 1988*, actuó contrariando la ley procesal civil vigente en ese momento, porque es la misma legislación la que establece los medios que la parte interesada debe agotar para que se le restituya el bien inmueble materia de la controversia civil, como lo es iniciar un proceso por separado, impetrando las acciones pertinentes, como la reivindicatoria o posesoria, etc., pero no solicitar en el mismo proceso ordinario la entrega, pues a más de que no pidió en la contestación de la demanda dicha entrega, la sentencia de mérito de fecha 1º de agosto de 1988 jamás lo dispuso; luego, no era viable dar aplicación al artículo *337* del C. de P. C. vigente para entonces.

"Encuentra la Sala acreditada la *tipicidad* del delito de *prevaricato por acción*, definido y sancionado por el artículo *149* del C. P., en su Capítulo VII, Título Tercero, Libro Segundo.

"En verdad que se conculcó el objeto jurídico de protección estatal, cual es la *administración pública;* para el caso específico, la rectitud, legalidad e integridad de los proveídos proferidos por los funcionarios judiciales, en cumplimiento de sus deberes oficiales; el interés que protege nuestro legislador en el orden jurídico. Es que la administración pública exige de sus funcionarios la celosa guarda del tráfico jurídico, en aras al reconocimiento del orden social, máxime que en la aplicación de la ley, deben observarse, cuidadosamente las reglas o principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Si un empleado oficial lesiona por acción u omisión este bien jurídico de protección legal, sin causa que lo justifique, no solamente vulneró, sino que también causó daño a la sociedad que ha confiado en el funcionario la valiosa misión de velar por el estricto cumplimiento de la ley. El doctor Teodoro Galvis Melo, vulneró con su decisión de *3 de noviembre de 1988* la administración pública, sin causal que al tenor del artículo 29 del C. P. justifique su proceder".

El doctor Galvis M. sabía que el señalado auto era manifiestamente contrario a la ley. Con una experiencia laboral de más de diez años en el área del derecho civil, es inexplicable que "desconozca una regla tan fundamental como la contenida por el artículo *337* del C. de P. C., vigente para la época del hecho, que no presenta oscuridad e interpretación profunda, porque de su simple tenor literal, se ordenaba que tan solo podía disponerse la entrega del bien inmueble, cuando así *se hubiera ordenado en la sentencia*".

No es aceptable que el funcionario hubiera convalidado su actuación con el auto de mayo 9 de 1989, con el cual declaró la *nulidad* del trámite surtido con posterioridad a la sentencia, porque el delito de prevaricato por acción ya se había perfeccionado.

"...vulneró el exjuez los principios del debido proceso, artículo 29 de la C. N. —antes el 26— porque desconoció el procedimiento que debía adelantarse para que la demandada Rocío Bello de Estrada obtuviera la entrega material del bien inmueble; de la *publicidad*, porque al ordenar la diligencia de entrega del inmueble para la primera hora judicial hábil del día siguiente, mediante auto de *'notifíquese'*, hizo ineficaz el fin propio de la notificación a las partes".

No son de recibo los descargos del doctor Galvis Melo, en el sentido de que señaló la práctica de la diligencia para el día siguiente, porque "no había otra parte a quien notificarle ese auto", pues bien sabía él que así hubiera muerto la demandante su apoderado judicial existía. Tampoco es aceptable que precisamente el cúmulo de trabajo haga que la diligencia se practique más prontamente.

"...La conciencia de la irregularidad por parte del doctor Galvis Melo, se desprende del hecho consistente en haberse presentado incidente de nulidad por la apoderada de la opositora, aquí denunciante, resolviéndolo seis (6) meses después y para justificar esto, puntualizó que tal proceder obedeció al *exceso de trabajo* existente en el Juzgado; situación que bajo ninguna circunstancia justifica su morosidad, porque no es razonable que al atender una solicitud de entrega, la despache favorablemente para el día siguiente del auto que la ordena, en tanto que para resolver la solicitud de la opositora, sólo la resuelva transcurridos seis (6) meses...

"En conclusión, se dirá que hay la *certeza de la responsabilidad del acusado* y como tal la Sala proferirá *sentencia de condena* contra el exfuncionario aquí juzgado".

Breves consideraciones de la Sala:

1. Es del caso, *prima facie*, hacer suficiente claridad en el sentido de que si bien en un principio los cargos contra el doctor Teodoro Galvis Melo, se referían a la verificación por éste en el trámite del proceso ordinario de menor cuantía de marras de *varias* irregularidades de presunta trascendencia penal, unas relativas a actuaciones suyas con anterioridad a la sentencia y, otras, con posterioridad a la misma, desde cuando se calificó por primera vez el mérito del sumario —auto del Tribunal Superior de Bogotá de agosto 6 de 1990— se precisó que las primeras eran inexistentes, pues que, lo del poder, había sido debidamente y en oportunidad subsanado; las concretas pruebas (unas declaraciones) que se decían aportadas extemporáneamente, no obstante lo cual se les había otorgado mérito probatorio, no lo habían sido así, pues que la ley procedimental civil (art. 180) facultaba al juez para decretar pruebas oficiosamente, antes de dictar sentencia, en cualquier etapa procesal; y, finalmente, el fallo sí tuvo respaldo probatorio y fundamento jurídico, empero lo controvierta la parte no favorecida, lo que se comprobó al estudiar las fotocopias que de las

piezas importantes del expediente civil se trajeron a los autos penales. Así las cosas, quedó con diafanidad establecido que sólo se procedía por las anomalías que tuvieron cumplimiento con posterioridad a la sentencia de agosto 1º de 1988, la que quedó ejecutoriada el 17 del mismo mes y año.

2. Ordena el artículo *337* del Código de Procedimiento Civil (antes de la reforma del Decreto *2282* de *1989*):

> "*Entrega de bienes*. El juez que haya conocido del proceso en primera instancia procederá a entregar el inmueble, o el mueble que pueda ser habido y que no fue secuestrado, *cuya entrega fue ordenada en la sentencia*, si la parte favorecida se lo solicita dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de aquella o del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior.
>
> "Si se trata de cuota en cosa singular, el juez advertirá en la diligencia a los demás comuneros que deben entenderse con el demandante para lo de su cargo.
>
> "Lo dispuesto en este artículo es aplicable a las entidades de derecho público" (las bastardillas son de la Corte).

Y, en lo pertinente, el artículo *431 ibidem*, dispone:

> "*Entrega de la cosa por el tradente al adquirente*. El adquirente de un bien *cuya tradición se haya efectuado por inscripción del título en el registro*, podrá demandar a su tradente para que le haga la entrega material correspondiente.
>
> "También podrá formular dicha demanda quien haya adquirido en la misma forma un derecho de usufructo, uso u habitación.
>
> "....
>
> "*Si la sentencia ordena la entrega, se aplicará lo dispuesto en los artículos 337 y 339*.
>
> "...".

Resulta patente y así inclusive a destiempo lo reconoció el mismo juez condenado, que, en un evento como el que tenía a decisión, no era aplicable el artículo *337* señalado, por la potísima razón de que la *entrega del inmueble no había sido ordenada en la sentencia*. Entonces, era imperioso para proceder a la entrega adelantar otro proceso, según manda el mencionado artículo *431*, el que, a términos del artículo *414*, numeral 10 del C. de P. C., es abreviado.

La misma naturaleza del contrato (venta de la *nuda propiedad*, pues que la vendedora se reservaba hasta su muerte el *usufructo*)

celebrado entre Felisa Bello Chocontá de Venegas y su sobrina Rocío del Socorro Bello de Estrada, se oponía, cuando se demandó su resolución, a que como pretensión al menos existiera la de que en la demanda se dispusiera la entrega del inmueble a la demandada y ni siquiera a la demandante, pues ésta era quien lo poseía. Para el juez entonces era sobradamente claro, no sólo que la entrega no había sido ordenada en la sentencia, sino que la entrega no podía ser pretensión de ninguna de las partes.

Y las normas son de una transparencia meridiana. Ninguna oscuridad o complicación ofrecen los artículos *337* y *431* y las situaciones que plantean y resuelven son de regular, normal ocurrencia en la marcha diaria de nuestros Juzgados civiles. De ahí que en una persona como el doctor Teodoro Calvis Melo, de quien se sabe llevaba varios años desempeñándose como juez civil, el conocimiento y entendimiento de aquellas disposiciones, era ciertamente predicable, atribuible. Y, así, no puede menos de sostenerse que con conciencia y voluntad, vulneró la ley, pues que aplicó el artículo que sabía no reglaba la situación *sub judice*, dejando de darle vigencia a aquel que conocía como el propio para solucionar la misma y lesionando entonces el bien jurídico de la *administración pública*. De su conducta puede, sin hesitaciones, asegurarse, por consecuencia, que fue *típica, antijurídica y culpable*, como bien a su turno lo adveró la instancia, al condenarlo por el delito de *"prevaricato por acción"*.

Vale la pena señalar que el concepto del *dolo* con que se procedió en el evento *sub examine*, se agiganta cuando se aprecia que el juez buscó rodear su decisión de las circunstancias que permitieran sacar avante su empeño de verificar la entrega, sin el lleno de los requisitos legales. Por ello, precisamente, fue que el mismo día en que la parte demandada le solicitó realizara aquella diligencia, la dispuso para el día siguiente, sin verificar las debidas notificaciones, con lo que impidió que aquellos que, legalmente, podían oponerse a su práctica, lo hicieran, atentando al propio tiempo contra el debido proceso y los principios de publicidad y contradicción.

3. Para la defensa, la parte imperativa del texto del precitado artículo *337* y en orden a la entrega está en que la parte favorecida lo solicite dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia. "La frase: 'Cuya entrega fue ordenada en la sentencia', es apenas una proposición explicativa que bien hubiera podido reemplazarse por ésta: Si la entrega está implícita en la sentencia u otra parecida. Esto es de la naturaleza de la ejecución de las providencias, pero no es de su esencia que en la sentencia se ordene explícitamente *entregar*".

No ve la Corte cómo una exigencia tan clara y perentoria y en el sentido de que la sentencia debe haber ordenado la *entrega* del bien, para poder procederse a la misma de manera directa, sin proceso previo así sea abreviado, pueda desconocerse tan fácilmente, así a la buena de Dios. Y, lo que es peor para el impugnante, en el evento *sub examine*

—y ya se señaló—, en la sentencia de marras mal podía estar implícita la entrega habida cuenta de que la demandante era la poseedora legal hasta su muerte y el bien, por imperio del derecho y la naturaleza del contrato, sólo podía pertenecerle *in integrum* a la demandada, una vez su tía vendedora falleciera; pero para la entrega del mismo se requería de un proceso abreviado, el que no podía obviarse de manera arbitraria, vulnerando la ley, con una entrega directa que no toleró oposiciones de ninguna especie, por la ausencia de las obligadas notificaciones y la rapidez increíble con que el acto se cumplió.

Para la Corte, lo otro que alega el impugnante de que el juez firmó sin darse cuenta de lo que le pasaba su secretario para tal efecto, no puede tener ninguna relevancia en orden a explicar o justificar su criticable comportamiento porque es elemental pensar que su obligación está en firmar enterado cabalmente de qué es aquello que signa como funcionario público; dicho de otra forma, sobre el incumplimiento de los deberes oficiales, no es dable aceptar una conducta conforme a derecho y, de otra parte, lo que el proceso enseña es que estampó su firma con conciencia y voluntad, sabedor en un todo del trascendental acto que cumplía. Finalmente, es ésta una excusa que ni siquiera el juez condenado se atreve a presentar.

Para la defensa sí pueden enfrentarse varias tesis "al analizar la conducta del doctor Teodoro Galvis Melo como Juez Promiscuo Municipal de Cajicá al tramitar la ejecución de la sentencia proferida el 1º de agosto de 1988", y ello equivale a que no pueda elevarse su comportamiento al carácter de delictivo. Bien lejos de la verdad que sí está el señor defensor, pues lo que él construye como "tesis" para rebatir el criterio de los juzgadores no tiene asidero jurídico respetable o siquiera ligeramente atendible y, así, es imposible predicar que el asunto ofrece de manera natural y no forzada encontrados puntos de vista o disímiles soluciones jurídicas que *per se* comporten la negación de la manifiesta contrariedad con la ley que se advera de la decisión asumida.

Y, como la defensa, finalmente sostiene que lo más que pudo cometer su asistido fue "un error humano", a la Corte le basta con recordarle una determinación suya donde obró como magistrado ponente quien ahora realiza idéntico cometido, así:

> "No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, *yerro*, puede constituir manifestación atendible en este campo de la *prevaricación*. De ser así, la más notoria contradicción *con la ley y con el derecho que se supone conocido*, encontraría favorable y exitoso pretexto para desviar el elemento *doloso* que exige esta figura penal. El funcionario no es ajeno a padecer esta clase de fallas intelectuales y la doctrina abunda en casos en los cuales ha prosperado esta invocación. Pero también la praxis judicial tiene por acertado derrotero, para evitar la impunidad de *conscientes y buscadas violaciones a*

la ley, advertir que hay aspectos básicos, tan fundamentales y tan simples que no es admisible una exculpación de esta índole, máxime cuando el conocimiento sobre los hechos fluye de manera fácil y atinada y sus propias circunstancias señalan que *no era factible incurrir en un desacierto notorio, advertible y advertido...*".

Una última anotación: La circunstancia de que el juez condenado hubiera reconocido, al final de los tiempos y cuando declaró la nulidad, que dejó de aplicar la norma operante, para en su lugar darle vida jurídica a otra que no recogía el asunto *sub judice*, no niega en manera alguna la existencia delictiva que se le atribuye, la cual para su momento y para el derecho se consumó (realización plena del tipo penal).

Resulta conveniente, como remate de todo lo anterior, insistir en los siguientes puntos:

a) La demanda de la anciana (unos 80 años) Felisa Bello contra su sobrina Rocío del Socorro Bello de Estrada, fue definida en favor de esta última, fundamentalmente por inimpugnabilidad en el campo civil de la escritura pública que la primera otorgara. Pero la Sala no deja de advertir el sombrío aspecto que esa transacción revela, puesta de manifiesto por la atestación de quien fuera compañera constante de aquella, su hermana Elvira Bello y que se lee a folios 41 a 43;

b) El punto anterior podría ser avalado por numerosas circunstancias, pero basta con anotar que nunca se acreditó ni reveló en ese proceso civil, por parte de Rocío del Socorro Bello, la muerte de su tía Felisa Bello, ocurrida el 24 de diciembre de 1986. Con todo, para febrero 4 de 1987, se procuraba la definición de las excepciones presentadas por la demandada, señora Rocío del Socorro Bello;

c) Es cierto que la petición primera de entrega, suscrita el 19 de agosto de 1988, no se atendió prestamente, pero en ello no dejó de incidir el que los términos se suspendieron en el Juzgado entre el 26 de septiembre y el 8 de octubre, por inventario de Secretaría —fl. 140—. Igualmente que, a la segunda petición de entrega del inmueble (octubre 15 —fl. 141—) se respondió el 3 de noviembre y de allí se aceleró indebidamente la tal diligencia, pues en esa fecha se fijó, para el *día siguiente, y a las ocho de la mañana*, su celebración. En el auto que corre a folio 169, cuando se activaron las protestas por lo ilícitamente ocurrido, y se declaró la nulidad de lo actuado, se reconoce que se dejó de notificar personalmente ese auto mediante el cual se cumplió la cuestionada entrega. Aquí sí hubo celeridad extrema, como quedó evidenciado, así mismo, con la presta terminación de la diligencia en mención, consignándose la falta de oposición, cuando Elvira Bello —fl. 41—, en versión muy creíble, afirma que se le obstaculizó esa actividad, debiéndose ausentar (el exjuez admite —fl. 115— que esta señora "rondaba alrededor del lote sin hacer ninguna manifestación ni oposición" y que de ella se decía que era invasora de la propiedad)

en procura de su abogada. En todo caso, y el suceso es bien diciente para establecer el real perfil del comportamiento del procesado, cuando ésta togada hizo su aparición en el despacho del juez, el mismo día de la entrega (4 de noviembre), tuvo que gestionar el que se *desarchivara* actuación judicial tan reciente —fl. 150—;

d) El punto de la entrega no podía ser más elemental, claro y perentorio en los dispositivos legales y el sentenciado estaba en condiciones de no ignorar la cuestión. La entrega no podía ordenarse en la forma como se efectuó porque no se había decretado en la sentencia, y, en ésta mal podía hacerse porque lo único que se resolvió fue que el contrato de compraventa de la nuda propiedad de ese inmueble no era susceptible de resolución y mantenía su vigencia. Entonces, si para ese momento Felisa Bello, que se había reservado el uso y usufructo de ese bien hasta su muerte, no aparecía como difunta, cómo podía decretarse esa entrega que comportaba el despojo de esa reserva del goce? Hacerlo, como se hizo, era contrariar no sólo la ley que procedimentalmente lo impedía, y el legislador es sabio en ésto para defender derechos eventuales de litigantes directos o de terceros, sino también desconocer abiertamente las conocidas y notorias cláusulas que regía lo de la nuda propiedad. Con declarar, como se hizo, "no resuelto el contrato de compraventa" —fl. 129—, todos los derechos de Rocío del Socorro Bello, quedaban a salvo, pues en nada se afectaba su nuda propiedad, la cual se mantenía como tal. Esa fue su pretensión, reconocida integralmente en el fallo, y a nada más podía llegar su posición y petición. Tampoco el juez acusado podía pasar de allí sin quebrantar injustificadamente la ley y el derecho de otros.

El exjuez, tratando de explicar tan delictuoso comportamiento, constitutivo de abierta y descarada contradicción de una pauta legal elemental, que se sabía cómo podía ejercerse, insinúa su propósito de no llevar a cabo la entrega si ésta perjudicaba a alguien. Pero no debe olvidarse que a Elvira Bello le estorbó su cometido y aparece como algo obvio que con la entrega terminaba el uso y usufructo que se había reservado Felisa Bello, persona que para esa época y en ese proceso se tenía por existente. Tan entendió el procesado el alcance de su acto que, según lo atestigua Elvira Bello, sus arrendatarios fueron instruidos en el sentido de que de ahí en adelante debían entenderse solo con Rocío del Socorro Bello y ésta extendió, allí mismo, ese cuatro de noviembre de 1988 —fl. 116—, dos contratos de arrendamientos, uno por seis meses y otro por tres meses.

El juez, al fallar el juicio civil *(agosto 9 de 1988)*, supo que Rocío del Socorro Bello, sólo tenía la nuda propiedad. Pero luego, a escasos tres meses, avasalló esta situación y desconoció olímpicamente lo que había decidido, ordenando una entrega que terminaba por convertir a aquella en propietaria total y absoluta, ajena a cualquier limitación, puesto que la comentada entrega sustituía el uso y el usufructo de Felisa Bello, en ella. Esto para no insistir en la afectación de posibles

derechos de terceros, acudiendo a un procedimiento judicial que le estaba vedado, pues la entrega debía ceñirse a otros preceptos legales.

d) Rocío del Socorro Bello, en julio 31/89, vendió el inmueble sin restricción alguna (transfirió dominio, propiedad y posesión, ver además cláusula cuarta) a Luz María Fajardo —fls. 186 y ss.— el 31 de julio de 1987, no obstante que el fallo que la favoreció fue dictado el primero de agosto de 1987. Cabe recordar, también, que la entrega a ella se anuló en proveído del 9 de mayo de 1989 —fls. 169 y 175—. Pero es que en la documentación de folio 193, también aparece que, para septiembre once de 1989, se había conseguido (y vaya a saberse por qué medios), la extinción del usufructo y llevado ello a la correspondiente matrícula inmobiliaria.

Las otras determinaciones. El Tribunal condenó a un (1) año de *prisión*, el mínimo consagrado en el artículo 149 del C. P. ("prevaricato por acción") y a la interdicción de derechos y funciones por el mismo término, como pena *principal*, "teniendo en cuenta que la conducta anterior del exjuez ha sido reconocida como buena, que siempre estuvo presente dentro del proceso, que no evadió la acción de la justicia, que cuando se le requirió compareció oportunamente y que según los declarantes en la vista pública, se trata de una persona reconocida en Cajicá, considerada de conducta ejemplar".

Sobre esta dosificación, así la Corte llegara a tener alguna objeción en cuanto a que la pena a imponerse debiera ser más alta, no le queda alternativa distinta a la de estarse a la tasada, como quiera que el artículo 31 de la Constitución Nacional no permite su aumento por tratarse de ser el defensor del condenado el único apelante.

Se consideró también que el doctor Teodoro Galvis Melo no requería tratamiento penitenciario dada su personalidad, su conducta ejemplar anterior, su comparecencia oportuna al plenario y la naturaleza y modalidades del hecho punible. Por ello "se le suspenderá condicionalmente la ejecución de la sentencia, *en cuanto hace a la pena privativa de la libertad*, por el lapso de dos años, plazo dentro del cual hará presentaciones periódicas cada mes ante la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal, para lo cual deberá suscribir diligencia compromisoria en la que se obligará a cumplir con las exigencias contenidas en el artículo 69 del C. P. y como garantía de ello se tendrá la caución prendaria que cancelara por el valor equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales para garantizar su comparecencia al proceso".

De aquí se impone colegir que fue voluntad y decisión del juzgador, pese la concesión del subrogado, dejar vigente la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de dos (2) años, lo que esta Corporación encuentra atinado. Y sobre la condena de ejecución condicional, "en cuanto hace a la pena privativa de la libertad", es determinación que según lo mandado por la señalada norma de la ley de leyes, debe respetarse, o sea que es invariable, pues que su

eventual revocatoria comportaría hacer más gravosa la situación punitiva que le fijó la sentencia de primera instancia, como así lo ha entendido la Corte (Casación de mayo 19 de 1992, magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia).

En consecuencia, la sentencia apelada *se confirmara*, con la sola adición de que se haga llegar, por la Secretaría de la Sala, copia del presente pronunciamiento a la Dirección Nacional de la Carrera Judicial, para que se adopten las decisiones administrativas pertinentes.

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

Resuelve:

CONFIRMAR LA SENTENCIA IMPUGNADA, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza, con la sola adición precisada en la parte motiva y a la que dará cumplimiento la Secretaría de la Sala.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, salvo el voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manual Torres Fresneda*, con salvamento de voto; *Jorge Enrique Valencia Martínez*.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO)

Discrepo respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala adoptada en el caso que se controvierte, porque a mi juicio y a pesar de la amplia y ardua controversia probatoria, el Estado no logró acreditar en grado de certeza el dolo con el que hubiese actuado el doctor Teodoro Galvis Melo, medida que ante el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, tiene una connotación inequívoca y exigente para llevar a sostener un fallo de condena.

Planteado el disentimiento en el ámbito de las pruebas, la obligada brevedad no puede llevar al sacrificio de un mínimo repaso:

1. Originalmente se le atribuyó al doctor Galvis Melo la comisión de dos delitos de prevaricato, uno, por su irregular actuación y decisión del proceso ordinario de menor cuantía iniciado por Felisa Bello Chocontá en contra de su sobrina Rocío del Socorro Bello. El segundo, por actos realizados luego de concluida aquella actuación.

Sin embargo, cuando el Tribunal produjo la resolución de acusación, hizo notorio que en la primera imputación la denunciante carecía de fundamento, pues el proceso acreditaba "...que el doctor Galvis Melo, actuó ajustado a derecho y falló con fundamento en la prueba aportada por las partes, y oficiosamente de manera oportuna, dentro del proceso ordinario, porque como lo afirma la doctora Nydia Zoraida Rodríguez, la demandante no logró probar los hechos del libelo demandatorio, para que le prosperaran sus pretensiones; esto es, para que le fuera resuelto el contrato de compraventa que ella celebrara con la señora Rocío Bello de Estrada...".

La conclusión que en estos términos se sienta en el pliego acusatorio contribuye de una vez para denotar que hasta entonces no se advertía en el funcionario la más mínima prevención ni parcialización. Obró como correspondía en derecho, produjo con rectitud y oportunidad el fallo, hecho que sus juzgadores le resaltan.

La segunda conducta, por la cual acaba de prosperarle la condena, bajo subrayas la colocó el enjuiciamiento: Sin que así se hubiese ordenado en la sentencia, atendiendo solicitud de la parte vencedora, el exjuez profirió un *"auto ordenando la diligencia de entrega del inmueble materia del conflicto"*, y al hacerlo contrarió la ley procesal civil vigente.

2. Por grave y reprochable que resultase el hecho, como en términos que no discrepo lo pone de relieve la decisión mayoritaria, con las copias del expediente original se acreditaría la adecuación de la conducta al tipo del prevaricato activo. No necesariamente con ello la inclinación consciente y voluntaria del funcionario hacia la violación de un deber sabido.

Como explicación de su conducta dijo el acusado que al decretar la entrega que se le pedía, entendió de la naturaleza del contrato no resuelto, que su decisión dejaba como propietaria única a la demandada Bello de Estrada, haciéndose procedente a su favor la entrega que del predio se exigía.

Entrando a discutir la credibilidad de esa respuesta, se afirmó en el auto calificatorio que había cuatro circunstancias bajo las cuales resultaba inadmisible la alegación de inocencia: 1. Haber desconocido el procedimiento. 2. Fijar fecha para realización de la diligencia al siguiente día. 3. Haber impedido con esa celeridad la notificación del auto y 4. Haber obstruido de ese modo el conocimiento de la decisión por la contraparte.

Si bien se miran estas razones, no cabe duda que en lugar de ser cuatro forman una, reducida a la realización del hecho mismo ilegal, se insiste, mas no por ello fatalmente malintencionado, pues se hace obvio que si se dicta un auto para cumplir al día siguiente, ni queda tiempo para notificarlo ni da la ocasión para controvertirlo.

Sumado a lo anterior se dijo que la malicia del funcionario asomaba porque se admitió sabedor de que la demandante para entonces había muerto, pero ese hecho no constaba en el proceso; y que de modo acelerado se había procedido con el archivo del asunto, luego de que para adoptar la decisión de nulidad no se había tomado un plazo dilatado.

3. Como soy de aquellos para quienes la verdad resulta de una visión completa de los hechos, y no tan solo de medios que con exclusividad ayudan o desfavorecen, pues unos y otros deben enfrentarse y sopesarse dentro de una sana crítica, irremediable debo reconocer que junto a aquellos elementos que destacó el auto acusatorio —en su esencia los mismos sobre los cuales recapacita la sentencia—, había otros no menos trascendentes que para mí orientan hacia una decisión que en lo personal encuentro justa:

3.1. Está probado que el Juzgado a cargo del doctor Galvis Melo era el Promiscuo Municipal de Cajicá. Debía entonces atender con los asuntos civiles los de otras especialidades, y bajo el volumen propio de un despacho único localizado en municipio muy próximo a esta capital, condiciones que no le permitieron a los juzgadores llegar a desechar gratuitamente el volumen considerable de trabajo que le correspondía. El procesado dijo que tenía a su cargo siete mil procesos, y esa realidad no aparece desmentida.

3.2. El acusado había asumido como titular de ese Juzgado el 30 de diciembre de 1985, siendo esa su primera experiencia judicial —fls. 94 a 96—, hecho que corrobora sin contradicción el indagado —fl. 114—, haciendo relevante que durante los doce años anteriores se había desempeñado como administrador de una compañía propiedad de su cuñado en Caracas.

Su experiencia profesional resulta entonces nimia, y lo que es peor, notoriamente distanciada del sistema legal vigente en Colombia.

3.3. Considerando ineludible la mención del derecho que la sentencia había reconocido, vale la pena recordar que Rocío Bello de Estrada había comprado a su tía Felisa Bello Chocontá de Venegas la nuda propiedad del predio materia del litigio por escritura 1123 de la Notaría de Zipaquirá en el mes de julio de 1983, reservándose la vendedora el uso y el usufructo hasta su fallecimiento, deceso que como condición para el goce pleno del dominio se admite en el proceso ocurrido antes de que la diligencia de entrega fuese decretada.

3.4. Reconocido dejo que el auto dispositivo de la entrega resultaba objetivamente ilegal. Pero a la vez resalto que ni el decreto de la diligencia se produjo con sospechosa celeridad porque al ordenarla se atendía ya un repetitivo pedimento, ni el cumplimiento de la entrega acusa otras irregularidades que demuestren ni personal interés ni arbitrariedad develadores del dolo en la conducta.

Sobre el particular se dijo sin cuidado por la verdad, que el funcionario había menospreciado la oposición de la denunciante señora Elvira Bello de Villarraga.

Ese hecho quedó completamente desvirtuado, cuando en el texto de la diligencia ni la menor constancia de oposición se lee. Muy al contrario se demuestra que la actitud asumida por la Bello de Villarraga fue la de asesorarse de abogada, que con lealtad explica haber sido por aquella contratada para que en su nombre asumiera la oposición —fl. 106—, acto que se cumplió el mismo "día en que se inició la diligencia de entrega del inmueble". Solo que su intervención sólo vino a ocurrir con posterioridad al punto que cuando concurrió al Juzgado, no sólo la diligencia se había cumplido, sino que el expediente había pasado al archivado, lo que le sirve para acentuar en sus reparos.

Para mayor abundamiento, ninguna constancia sobre supuesto intento de oposición de su cliente en el curso de la entrega sienta la apoderada en el escrito que explicita su voluntad de oposición, ni en aquel otro invocatorio de la nulidad, como era de esperar de haberse realizado aquel intento —fls. 71 a 76—.

3.5. Y hay todavía un hecho mucho más relevante, indicador de la sinceridad con la que actuó el acusado, y que por tanto imponía la obligación de desvirtuar, y es su pronunciamiento del nueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve —bastante tiempo anterior a la injurada—, en el que al acoger las razones de la representante de doña Elvira Bello el funcionario reconoce su doble equivocación al disponer en cumplimiento de un fallo que no lo había dispuesto, la diligencia de entrega, y de contera con un auto que por no notificar resultaba violatorio de "los medios de defensa consagrados en la Constitución Nacional y leyes afines".

Y considero que con ésta manera de actuar se pone más de bulto la ocurrencia de un error que no de un acto malicioso, pues sin entrar a desconocer que un prevaricato no se desnaturaliza porque con ulterioridad el funcionario deshaga o anule la decisión ilegal y arbitraria, en el caso que le correspondió decidir al exjuez Galvis Melo veo inocultable que de haber querido patrocinar y sostener un acto arbitrario, nada difícil le quedaba haber desestimado la solicitud que se le hacía, pues la señora Bello de Villarraga carecía de personería para actuar e intervenir en unas diligencias dentro de las cuales no había sido reconocida como parte.

Con todo el respeto que la Sala en su decisión mayoritaria me convoca, de cuanto exploro sólo encuentro que las pruebas de incriminación no soportaban la cotejación con las evidencias de descargo, porque de éstas surge que el funcionario venía actuando con corrección y oportunidad; que no contaba con toda la preparación ni la experiencia para el cargo, y que si cometió un error infortunado, sin más tardanza de la de haber sido advertido ni de la razonable en un despacho con voluminoso cúmulo de asuntos, tampoco esquiva la primera oportunidad para la rectificación de sus errores.

Si en el camino por el cual transita la mayoría de la Sala, pudiera hallar fragilidad en mis apreciaciones, frente a un escollo imposible de vencer me ubica la exigencia de que la prueba incriminatoria otorgue el grado de certeza, pues siendo tal el número y la fuerza de los medios que en conjunto y para el caso del doctor Galvis distancian para mí su culpabilidad dolosa, debo en respeto por la presunción de inocencia que le ampara y ante la imposibilidad en que se vio el Estado de demostrar con contundencia su malicia, mantener bajo el principio del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, la posición que he asumido.

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado.

Santafé de Bogotá, marzo 25 de 1994.

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO)

Por coincidir con el doctor Juan Manuel Torres Fresneda en los motivos que nos llevaron a separarnos de la decisión mayoritaria, adhiero a su salvamento de voto.

Guillermo Duque Ruiz, Magistrado.

DEBIDO PROCESO / INDEMNIZACION / MINISTERIO PUBLICO

El debido proceso, garantía de rango constitucional y reiteración legal, impide a la Corte, como juez de casación, desconocer, so pretexto de violación indirecta de la ley sustantiva, la facultad de que está investido el juez de las instancias para evaluar racionalmente la prueba en el proceso; su injerencia en la apreciación probatoria que adelanta éste, sólo le está permitida para corregir errores trascendentales determinantes de un fallo equivocado, debidamente especificados y demostrados en los cargos que formula el demandante. / La imposición de una obligación indemnizatoria como consecuencia de una condena judicial es un aspecto cuestionable en casación ciertamente pero, como tal, si no ha sido objeto de glosa alguna es tema que se sustrae a la competencia exclusiva que tiene la delegada para analizar los cargos de la demanda sin que le sea dado complementarla o adicionarla aún pretextando aparentes o inexistentes quebrantamientos por los juzgadores de instancia de los derechos fundamentales. / El concepto que el legislador demanda obligatorio de la Procuraduría Delegada en lo Penal en el artículo 226 del C. de P. P. está circunscrito inequívocamente a la demanda objeto del recurso extraordinario. No se desconoce, sin embargo, que en virtud a lo dispuesto en el artículo 131 del mismo ordenamiento procesal y exclusivamente frente a un quebrantamiento objetivo del orden jurídico o de los derechos y garantías fundamentales, pueda y deba sugerir la intervención oficiosa de la Corte que la ley permite a ésta en esas determinadas y precisas circunstancias, lo cual es ciertamente muy distinto a asumir el papel demandante oficioso aún en los eventos en que sea el Ministerio Público el impugnante en casación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 025.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado *Carlos Esteban Restrepo Echavarría* contra la sentencia emanada el 22 de enero de 1993 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la que, con reforma a la de primera instancia, se le condena a la pena principal de 11 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado de *Guillermo León Patiño* y hurto calificado en bienes de *Amparo Patiño M.* Así mismo, se le impone la obligación civil indemnizatoria, especificándose que por razón del daño material ocasionado con el hurto debe pagar doscientos mil pesos y se ordena el comiso de las armas objeto material de este delito "si —advierte el fallo— su propietaria, Amparo Patiño Monsalve, no acredita su tenencia legal".

Hechos y actuación procesal:

El 1º de diciembre de 1991, en la vereda "La China" de la comprensión municipal de San Pedro, Carlos Esteban Restrepo Echavarría le ocasionó la muerte, con un revólver de propiedad de Amparo Patiño Monsalve, al hijo de ésta, Guillermo León Patiño, después de haber estado departiendo con él en un establecimiento de cantina del lugar y de separarse ambos de dos jóvenes mujeres amigas del occiso a quienes éste había solicitado retirar del lugar escondidas entre sus prendas de vestir —para eludir la atención de la Policía— dos armas de fuego que estaban vendiendo —el revólver con el cual se le propinaron los disparos mortales y una pistola—.

El cadáver de Patiño, que presentaba varios disparos en su cráneo fue encontrado hacia las seis de la tarde del mismo día —no así las armas—, y unas tres horas después Restrepo Echavarría se presentó ante la autoridad judicial de Medellín y entregando las armas confesó haber dado muerte a su ocasional amigo pero en circunstancias de legítima defensa.

Iniciada la investigación, el implicado fue oído en indagatoria y llamado a juicio mediante resolución acusatoria, por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado en bienes de doña Amparo Patiño, en providencia del Juzgado Veinticinco de Instrucción Criminal de Medellín, que apelada, el Tribunal Superior del Distrito confirmó en su integridad.

Surtido el rito de la causa y ya vigente el actual C. P. P., el Juzgado Treinta y cinco Penal del Circuito de Medellín profirió sentencia de condena por los mismos hechos punibles referidos en la acusación, y su decisión fue confirmada en el fallo que es objeto de este recurso extraordinario por el Tribunal Superior del Distrito, al ser revisada en segunda instancia, pero con reforma en la tasación de la pena debido al reconocimiento que hizo el *ad quem* de la rebaja correspondiente por confesión, quedando establecida la sanción, tal como se ha

precisado al inicio de esta sentencia (fls. 1 y ss., 6, 11, 14, 27 v. 77, 98 y ss., 145 y ss., 174 y ss., 180, 210 y ss., 223 y ss., cdno. ppal. 1).

La demanda:

En sentir del señor defensor demandante, la sentencia de segunda instancia es violatoria de "normas sustanciales" por errada apreciación de las pruebas allegadas al proceso, debido al falso juicio de identidad en que incurrió el Tribunal, que también adelantó una "incorrecta evaluación legal de la prueba testimonial". Bajo este enunciado y al amparo de la causal 1ª del artículo 220 del C. P. P., segundo aparte, dos cargos formula, así:

Primero. El falso juicio de identidad —error de hecho—, recayó en la evaluación de la prueba de responsabilidad, que el fallador consideró "suficiente", "sin existir, realmente, fundamento para ello", violando así, de manera indirecta los artículo 29-4, 40-3, 323, 324-2 y 350-2 del C. P., así como los 247 y 254 del C. P. P.

El Tribunal dedujo falta de veracidad en el procesado porque negó haber recibido una de las dos armas de las muchachas que se las ayudaron a él y al occiso a sacar disimuladamente del área urbana de San Pedro, una de tales armas y, con ese criterio rechazó toda posibilidad de justificación o de exclusión de la culpabilidad, sin detenerse a analizar que si aquel mintió en ese aspecto, no necesariamente era por anidar desde entonces en su mente la exculpación que adujo. La experiencia judicial enseña —dice— que otras múltiples pueden ser las razones por las cuales un procesado llegue a mentir. Para ejemplificar lo dicho recuerda que el testigo John Fredy Rodríguez faltó a la verdad en un principio cuando afirmó desconocer que el occiso había estado tratando de vender las armas, pero que posteriormente "tuvo que rendirse a la evidencia" y aceptar que él mismo había tratado de colaborarle en esa actividad.

Si una persona como el testigo antecitado miente, se pregunta el actor, cómo puede descalificarse la confesión de "quien sabiéndose inocente enfrenta tan gravísimo compromiso legal?". Considera, por tanto, que el Tribunal debió contemplar hipotéticas eventualidades para comprender la falta de veracidad del implicado y no rechazar la justificante que adujo; y, que al no razonar así, le atribuyó a la negativa del procesado sobre haber recibido una de las armas un contenido fáctico que no tiene, pues de ella sólo puede deducirse "cuando más, que el procesado mintió en alguna parte de su confesión, pero en manera alguna que haya, por esa razón, que desvirtual (sic) totalmente su dicho".

Para abundar en argumentos consigna su creencia de que no obstante ser el occiso una persona correcta y tranquila, bien pudo colocar al procesado en la situación de legítima defensa que adujo,

porque cualquier persona, por calmada que sea, puede en determinado momento reaccionar violentamente colocada ante situaciones apremiantes como las que vivía el occiso, que justamente trataba de vender las armas para solventar la situación económica difícil por la que atravesaban su señora madre y él mismo.

Habiendo realizado el Tribunal, de acuerdo al criterio del censor, una errada inferencia para dar por establecidos los requisitos del artículo 247 del C. P. P., y condenar, debe la Corte, según opina, casar el fallo recurrido y reemplazarlo por uno absolutorio, pues, añade, "la confesión del procesado no se ha desvirtuado".

Segundo. En este subsidiario reparo afirma el demandante que el Tribunal realizó "una incorrecta evaluación legal de la prueba", porque tras dar por sentado que el procesado mintió, dedujo como móvil determinante del homicidio, el hurto de las armas que buscaba vender el occiso, incurriendo así en la transgresión de los artículos 323, 324-2 y 350-1 del C. P. y 247 y 254 del C. P. P.

Con el mismo método crítico-evaluativo empleado para sustentar el primer cargo, soporta éste, cuestionando al fallador por sus razonamientos en torno a dicho tema de la imputación y, reflexionando de manera diferente, considera, que en lógica no podía concluir como lo hizo.

Si no cabía afirmarse que el móvil del homicidio fuera el hurto de las armas, debe entonces la Corte casar parcialmente la sentencia y mantener la imputación exclusivamente por homicidio simple.

El Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal no ve vocación de prosperidad en los cargos de la demanda, pues la encuentra carente de básicas exigencias de orden técnico en materia de casación. Observa que el discurso que a manera de sustentación aparece en el escrito no guarda congruencia con los cargos enunciados de violación indirecta de la ley sustancial, pues el actor en vez de proveer a la demostración del falso juicio de identidad en la apreciación de algunos elementos de juicio que le atribuye al Tribunal, se dedica a hacer algunas consideraciones críticas al estudio probatorio de éste, adentrándose, más bien en cuestionamientos propios del falso juicio de convicción, que no fue el que propuso.

Destaca así mismo el funcionario, que el señalamiento de las normas supuestamente transgredidas por el Tribunal en su juicio valorativo se hace en el escrito sin coordinación con la argumentación sustentatoria y, que además de no especificar cuál fue el sentido de la violación de que pudieron ser objeto, aparece desarticulada de tal juicio la inclusión como violados de los artículos 29-4 y 40-3 del C. P.,

pues no explica el demandante a cuál de los dos fenómenos jurídicos previstos en estas disposiciones se refieren en concreto las censuras.

De otra parte, en específica referencia a las conclusiones del Tribunal advierte el distinguido colaborador representante de la sociedad, que éstas fueron acertadas y correctamente deducidas, por consultar la realidad probatoria del proceso, así que debe ser mantenida la sentencia de condena objeto de la impugnación.

Sin embargo, afirma que oficiosamente la sentencia debe ser casada en forma parcial con fundamento en los artículos 228 y 229-1 del C. P. P. Si, como en efecto sucedió —dice el funcionario— el procesado restituyó las armas hurtadas al occiso y, si éstas estaban en poder de la señora Patiño en tenencia ilegal, aquél no podía ser condenado al pago de perjuicios materiales por el tal hurto, ni el Estado, habiéndolas hecho objeto de comiso, podía declarar obligación indemnizatoria al respecto.

Consideraciones de la Corte:

Ni técnica, ni intrínsecamente, la demanda merece ser atendida en los cargos que formula, en efecto:

El casacionista propugna en su *primera* censura, por la absolución de su patrocinado a través de este recurso extraordinario, porque, en síntesis, el Tribunal no confirió credibilidad a la circunstancia calificante de legítima defensa alegada en su confesión, sino que a través del trabajo de evaluación probatoria que llevó a cabo aceptó como cierto el dicho de las jóvenes que les ayudaron a occiso y procesado a trasladar las armas en el perímetro urbano de San Pedro, afirmación consistente en que a cada uno de ellos le devolvieron uno de tales artefactos, para retornar ellas seguidamente al pueblo y continuar los hombres su camino.

Violó así el Tribunal, según lo estima, indirectamente, algunas normas sustanciales porque incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de varias pruebas para atribuirle al procesado la responsabilidad en los delitos por los que se le condena.

Esta primera objeción al fallo, pues, estriba en el crédito que el Tribunal otorgó a unos testimonios, y en la declaración de total falta de credibilidad a la calificante alegada por el acusado en su confesión. No nace el disenso en errores de hecho o de derecho del sentenciador en su estudio del material probatorio allegado al proceso; pues aunque afirma el censor que éste incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, es decir, en asunción de las pruebas con un contenido diverso al que objetivamente revelan —que tal es el concepto de ese tipo de error de evaluación probatoria—, ciertamente, como con razón lo afirma el Ministerio Público, ninguna demostración del aserto aparece en el escrito. Las consideraciones que plasma el re-

currente no pasan de ser apreciaciones de parte interesada, adversas, como es natural, a las del fallador, pero sin sustento real en yerros remediables en casación.

El debido proceso, garantía de rango constitucional y reiteración legal, impide a la Corte, como juez de casación, desconocer, so pretexto de violación indirecta de la ley sustantiva, la facultad de que está investido el juez de las instancias para evaluar racionalmente la prueba en el proceso; su injerencia en la apreciación probatoria que adelanta éste, sólo le está permitida para corregir errores trascendentales determinantes de un fallo equivocado, debidamente especificados y demostrados en los cargos que formula el demandante.

Debe, entonces, el casacionista, relacionar la prueba incidente en el fallo que ha sido objeto del error y demostrar éste cabalmente —ya porque se omita, se invente, se asuma con un contenido diverso del que la conforma o en contravía de toda lógica y racionalidad por el fallador (eventualidades conocidas como error de hecho), ora porque se valore por fuera de la tarifa legal si de prueba con valor predeterminado en la ley se trata, o porque se haya incorporado al proceso o practicado ilegalmente (error de derecho)—, señalando y correlacionando las normas sustantivas que estime infringidas, sea por haberse aplicado indebidamente, o por haberse dejado de aplicar.

Si la alegación simplemente controvierte las consideraciones del fallador porque con éstas no comulga el demandante, en cuanto asume la prueba de manera diferente en su proceso dialéctico para negarle el crédito que aquel le confiere o viceversa, o para extraer un estado de perplejidad en donde para el fallador no existió y, así invertir las conclusiones del fallo, no puede tenerse por descubierto y demostrado error de hecho o de derecho que autorice un nuevo examen probatorio y la total o parcial infirmación de la sentencia por la Corte.

Si a la inconsistente formulación del cargo, patente en el contenido de la demanda, como se dijo antes, se añade por contraste la ponderación equitativa y racional de todos los elementos de juicio contenida en la sentencia, fuerza es declarar la absoluta ineficacia del cargo primero, como en efecto así se hace.

El cargo *segundo*, y último, adolece de idénticas falencias técnicas y esenciales a las del anterior. Dice el censor que el Tribunal infringió también indirectamente la ley sustancial porque aplicó la gravante 2ª del artículo 324 del delito de homicidio (art. 323) ambos del C. P., al deducir que el móvil del homicidio fue el hurto de las armas que el occiso estaba en plan de vender; y tras cuestionar las consideraciones probatorias del Tribunal y aseverar que "no hay forma ...de asegurar que el móvil de la occisión lo constituyó el hurto", solicita que se case la sentencia suprimiendo el cargo por el delito contra el patri-

monio económico y el agravante del delito contra la vida, de manera que se responsabilice a su poderdante con exclusividad del homicidio simple.

Por no anclarse esta censura en errores susceptibles de casación, que no son tales las simples discrepancias del interesado con la evaluación adelantada por el fallador y además, haber el Tribunal analizado la prueba de conformidad con los principios generales de la evaluación probatoria y con total apego al recaudo procesal, resulta imperativo también darla por ineficaz.

No prosperan los cargos de la demanda.

Finalmente, no encuentra la Corte, aceptable la solicitud de casación parcial oficiosa que propone la delegada en razón de la imposición al procesado en el fallo de instancias, de sanción indemnizatoria por perjuicios materiales en cuantía de doscientos mil pesos, por el delito de hurto concursante con el de homicidio, no sólo porque no se ha afectado con ello ningún derecho fundamental del procesado que implique la intervención oficiosa de la Corte, en la medida en que, a primera vista, resulta discutible afirmar la no causación del perjuicio con la sustracción de unas armas cuya desposesión a su dueña es hecho demostrado y por el cual se condenó en las instancias, sino porque además, ni siquiera ha sido ese aspecto objeto de cuestionamiento por el casacionista.

La imposición de la obligación indemnizatoria como consecuencia de una condena judicial es un aspecto cuestionable en casación ciertamente pero, como tal, si no ha sido objeto de glosa alguna, como ocurre en el caso presente, es tema que se sustrae a la competencia exclusiva que tiene la delegada para analizar los cargos de la demanda sin que le sea dado completarla o adicionarla aún pretextando aparentes o inexistentes quebrantamientos por los juzgadores de instancia de los derechos fundamentales.

El concepto que el legislador demanda obligatorio de la Procuraduría Delegada en lo Penal en el artículo 226 del C. de P. P., está circunscrito inequívocamente a la demanda objeto del recurso extraordinario. No se desconoce, sin embargo, que en virtud a lo dispuesto en el artículo 131 del mismo ordenamiento procesal y exclusivamente frente a un quebrantamiento objetivo del orden jurídico o de los derechos y garantías fundamentales, pueda y deba sugerir la intervención oficiosa de la Corte que la ley permite a ésta en esas determinadas y precisas circunstancias, lo cual ciertamente es muy distinto a asumir el papel de demandante oficioso aún en los eventos en que sea el Ministerio Público el impugnante en casación.

No habiéndose vulnerado ninguno de los derechos fundamentales del procesado, ni vislumbrado motivo que amerite la nulidad de la actuación, tampoco se accederá a la solicitud del Ministerio Público.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal Superior de origen.

Cópiese, cúmplase.

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

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / NULIDAD

El recurso extraordinario de casación no es una instancia, y en consecuencia está sujeto a una serie de reglas que deben ser respetadas. / Mientras en la causal primera nos encontramos ante errores in judicando, en la tercera estamos en presencia de yerros in procedendo.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricurdo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 25.

Vistos:

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora de *Nicolás Durán Loaiza*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, mediante la cual revocó el fallo de primera instancia en el que se había absuelto al procesado, condenándolo a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión al haberlo encontrado responsable del delito de homicidio agravado.

I. Demanda:

La libelista invoca las causales tercera y primera de casación, presentando cinco cargos a saber:

A) *Causal tercera de casación.*

Primer cargo.

Considera que existen irregularidades fundamentales que afectan el debido proceso, al no haberse investigado lo favorable a los intereses del procesado.

Resumiendo las versiones de Luis Humberto Cardona, Nicolás Antonio Cardona, Iván de Jesús Flórez Bedoya, Humberto González Flórez, Antonio Rincón, Germán Antonio Bedoya, Tiberio de Jesús

Rincón Carmona, Guillermo Flórez, John Jairo Castro, Jorge Evelio Valencia Ocampo, Cesar Olmedo García Rincón, Carlos Carmona, Martha Emma Tobón viuda de Echeverri, Deyanira Echeverry Tobón, Delio Patiño Tobón, Jairo de Jesús Bedoya, Norbeison Rincón, Hernando Cardona y de los miembros de la familia Durán Loaiza, la demandante considera que la prueba está dividida, porque cada grupo quiso favorecerse, sin que exista un solo testigo que tenga independencia e imparcialidad para relatar los hechos ocurridos. Circunstancia que no puede ser desconocida por la Corte.

Las únicas piezas, que resultan airosas son la diligencia de levantamiento del cadáver y la inspección judicial, brindando los únicos elementos de convicción para esclarecer este asunto.

El estado no dispone de prueba para condenar porque nunca demostró cómo ocurrió el hecho punible, ni tampoco la responsabilidad del sindicado.

La hora de la ocurrencia del hecho, la forma y el resultado, todo está determinado, no así, quién iniciara la riña, porque cada grupo afirma que fue el otro, por lo que mal puede decirse que fue Nicolás Durán Loaiza, por defender a sus amigos los Echeverry Tobón, o por venganza el que inició todo, y sin que se pueda afirmar que efectivamente participó en los hechos.

La materialidad del hecho en cabeza del procesado tiene gran cantidad de vacíos e incongruencias, partiendo del suceso imposible de que lo vieron arriba de la barranca cuando disparó, lo cual es absurdo conociendo la topografía de la zona. Pero además la presencia de simples huellas en la barranca, no puede ser prueba suficiente para incriminar a Durán Loaiza.

Los testimonios de los Bedoya, Carmona y Rincón no son coherentes, objetivos y claros, lo cual sumado al desconocimiento que la jurisdicción tiene del lugar de los hechos y del modo como se realizó el ilícito, porque no se dispuso de la ubicación de las cantinas, la distancia, la visibilidad, el estudio de balística, permite concluir que la actuación es nula de nulidad absoluta, al no disponer la justicia de las herramientas suficientes para decir que cumplió a cabalidad con el artículo 247 del C. de P. P.

No existen en el proceso por parte alguna, huellas materiales del delito, no se halló arma homicida, no se logró dilucidar si en la casa de Martha Tobón estaban las armas que se utilizaron y la vainilla que se encontró no puede tomarse como prueba legalmente incorporada y aducida.

Finalmente se debe recordar que toda decisión judicial debe estar sustentada en prueba legal y oportunamente allegada a la actuación, presupuesto que no se satisface en este proceso.

Segundo cargo.

El juzgado incurrió en vicios de nulidad en la sentencia porque debió aplicar el principio del *in dubio pro reo*.

Como las razones de hecho y de derecho que deben cimentar el cargo segundo, son las mismas del cargo primero, se tiene como sustentación de éste todo lo expuesto en el anterior.

Tercer cargo.

La sentencia violó el derecho de defensa al no haberse apreciado las pruebas con base en la sana crítica, vulnerándose igualmente el debido proceso.

Desde la primera afirmación de la Sala Penal del Tribunal en su sentencia, se aprecia el descalabro, al no asumir el papel que le corresponde en este tipo de asuntos, cuando hay problemas colectivos involucrados, donde debe hacer justicia más que retaliación y donde deben analizarse los testimonios de ambos bandos como correspondientes a personas que quieren perjudicarse mutuamente.

El juzgador debe saber colegir y tener profundos conocimientos sobre la prueba testimonial, pero en este caso se deslumbró por los dichos mentirosos del grupo de "Toño", sin que su sana crítica, haya sido nada saludable, al punto que escasamente la defensora se libró de ser investigada.

El no detectar los sentimientos de odio de un grupo hacia otro, se constituye en defecto de la sana crítica.

De la simple lectura de un expediente mal investigado y peor calificado, no pueden derivarse 16 años de prisión para una persona, porque estas sentencias exigen un juez mesurado que disponga de todos los elementos probatorios para sancionar, y si no se dispone de ellos y se quiere penalizar drásticamente, debe proveerse de los medios de prueba para que su sentencia sea respaldada en la peligrosidad, insensibilidad social, familiar, moral y personalidad del delincuente condenado. Sin inspección judicial que reconozca y describa los lugares, sin arma homicida, sin cápsulas disparadas, sin huellas, sin ningún elemento material que vincule al sindicado con el hecho criminoso, sin un estudio de la trayectoria de la bala, no se puede condenar a una persona confiando en la veracidad e imparcialidad de quienes llegaron al negocio a buscar conflictos, borrachos, después de celebrar todo el día la libertad de su compinche. En consecuencia es válido afirmar que en este caso la sana crítica no operó.

En lo único que acierta en el análisis probatorio, es en desacertar, porque cree buenos y honestos a los del grupo de "Toño", cuando la noticia procesal evidencia todo lo contrario, en especial sobre el occiso y el mayor testigo de cargo, señor Luis Humberto Cardona, quien ha

lesionado a varias personas lo que le ha generado gran cantidad de enemigos en la región.

No se puede condenar con hechos que no figuran en el proceso ni inventar las pruebas, en este caso las circunstancias del lugar son totalmente desconocidas para la juzgadora de instancia y por ello existen errores de ubicación, espacio, distancia, visualización, etc. No se puede condenar sin conocer los hechos, máxime cuando la falencia del proceso radica en que no se practicó de noche la inspección judicial.

La magistrada ponente al desconocer los elementos derivados de una prueba idónea que no fue posible practicar por la pereza judicial, violó la sana crítica, haciendo más grave la situación al ordenar que se investiguen por falso testimonio a todos los testigos de la parte del sindicado.

Cuarto cargo.

Se violó el principio legal del debido proceso.

Considera que en más de cinco oportunidades la defensa insistió en la práctica de la diligencia de inspección judicial, que no se realizó, igualmente era indispensable la prueba de balística. En este punto y para efectos de sustentar el cargo se remite a los razonamientos expresados en el cargo tercero.

En su concepto debe la Corte casar la sentencia por falta de elementos probatorios.

B) *Causal primera de casación.*

Cargo único.

Se presenta una violación indirecta de la ley sustancial por vicio de legalidad en la valoración probatoria.

Manifiesta que hace extensivos los conceptos formulados en las nulidades impetradas, porque todo el núcleo central de la censura radica en la violación indirecta de la ley por vicio de legalidad en la valoración probatoria, ya que la providencia se fundamenta en la prueba testimonial que ha sido reiteradamente criticada en la demanda.

Los yerros se presentan en la medida que el fallo del Tribunal, estimó los testimonios de los de la banda de Toño, desestimó y ordenó la investigación por falso testimonio de los testigos del bando de Martha. Descartó que los miembros del grupo de Toño, era gente peligrosa y asociada con bandas turbulentas. Desconoció la prueba de inspección judicial y valoró la testimonial con grave vicio de legalidad, por lo que la Corte debe casar la sentencia.

Finalmente solicita que se declaren estas nulidades:

Violación del derecho de defensa, del debido proceso, no aplicación del *in dubio pro reo* y violación del principio de aplicación de la sana crítica.

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 la libelista invoca las causales tercera y primera 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 debido proceso, argumentando que no se investigó lo favorable al procesado, pero sin acompañar esta afirmación de fundamento alguno que tenga que ver con el yerro alegado, dedicándose a controvertir el valor que el Tribunal le dio a los diferentes testimonios, con planteamientos propios en algún momento de la causal primera de casación, y en otros presentados en forma tan confusa que la Sala se queda sin saber en definitiva que es lo que pretende la libelista.

Es evidente que la libelista se equivoca al considerar que con el simple señalamiento de la causal aducida seguida de un sinnúmero de argumentaciones inconexas y contradictorias entre sí, ha cumplido con los requisitos formales que la ley exige para la presentación de la demanda de casación.

3. Olvidando que cada cargo debe tener la capacidad por sí solo para anular o casar la sentencia, no tiene el menor inconveniente en manifestar en una segunda censura en la que alega una nulidad distinta, que se remite a los argumentos del anterior. Error que nuevamente se hace evidente al formular un cuarto cargo en el que sencillamente se remite a los argumentos del tercero.

El recurso extraordinario de casación no es una instancia, y en consecuencia está sujeto a una serie de reglas que deben ser respetadas.

a) Procede por causales taxativamente señaladas en la ley.

b) Cada causal debe estar debidamente sustentada, con indicación clara de los fundamentos y de las normas que se estimen infringidas, acompañada de una petición concordante con la misma.

c) Dentro de ellas se podrán exponer varios cargos los que deberán ser presentados en capítulos separados e ir acompañados de su

propio sustento con capacidad propia para anular el fallo de instancia, por lo que no resulta válido remitirse a argumentos alegados en cargos anteriores.

d) Si se formulan cargos excluyentes, deberán plantearse en forma separada y de manera subsidiaria.

De conformidad con lo anterior, si dentro de una demanda se invoca la causal tercera de casación se deben seguir las siguientes reglas:

a) Se deberá formular en forma principal, acorde con el principio de prioridad, toda vez que en caso de prosperar sus efectos son más amplios que los que producen las otras dos causales. Esta causal conlleva un vicio que afecta la estructura del proceso, al punto que de no ser subsanado imposibilitaría la construcción de una sentencia de mérito dentro del proceso.

b) El recurrente tiene la obligación de especificar la clase de nulidad invocada, señalando los fundamentos de ella y las normas que estime infringidas.

Si alega falta de competencia, deberá indicar las razones por las cuales considera que el funcionario que conoce del proceso no lo es, determinando en consecuencia quién es el que la tiene. Se hace necesario tener en cuenta si dentro del proceso se han dirimido conflictos de esta naturaleza.

Si se invoca la violación del debido proceso, se debe establecer la existencia de una irregularidad de carácter sustancial.

En la violación del derecho de defensa, se exige que especifique la actuación procesal que es lesiva al acusado, así como la incidencia de ella en el resultado final del diligenciamiento.

c) Cada cargo deberá ir acompañado de una petición en la que se deberá especificar desde qué instancia se debe anular el proceso, así como el funcionario judicial al cual se le deberá remitir.

4. Invoca en un último cargo la causal primera de casación, para lo cual se remite a los argumentos presentados al alegar las nulidades, olvidando la naturaleza propia de cada una de ellas. Mientras en la causal primera nos encontramos ante errores *in iudicando*, en la tercera estamos en presencia de yerros *in procedendo*.

Los *in iudicando*, son errores de juicio, de lógica jurídica, de razonamiento por parte del juez. Se producen en el acto de juzgar, es decir en la sentencia. Si el yerro recae sobre la norma sustancial se aplica el inciso primero del artículo 220 y se denomina violación di-

recta; si el error es sobre las pruebas y a través de él se viola la norma sustancial, se acude al inciso segundo que regula la violación indirecta.

Los *in procedendo*, son errores de actividad en los que se puede incurrir durante el proceso y en la sentencia. La ley procesal establece el orden y la coordinación que debe existir entre los diferentes actos, así como las formalidades a los que están sometidos cada uno de ellos. Su incumplimiento afecta la unidad del proceso o las garantías y el ejercicio de los derechos de las partes que intervienen en él.

Cuando los errores *in procedendo* rompen la unidad del proceso se denominan de estructura. Dicha unidad se puede afectar en su aspecto formal o en su contenido conceptual. En el aspecto formal cuando no se observa el orden o secuencia para la realización de los actos procesales; y en el conceptual cuando el contenido del acto subsiguiente, estando determinado por uno antecedente se desentiende de él.

Si los errores *in procedendo* inciden sobre los derechos procesales de las partes se los denomina de garantía. Es posible que un mismo error afecte la estructura del proceso y las garantías de las partes como ocurriría si, por ejemplo, se dicta la sentencia sin haberse realizado la audiencia pública, también puede suceder que sólo se afecte una garantía, como por ejemplo el derecho de defensa.

La 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 a nivel de las instancias.

Por otra parte, se debe recordar que no es necesario que en el libelo se incluyan fotocopias de las sentencias como ocurrió en este caso, ya que para eso se remite todo el proceso a la Corte.

No se respetó en la demanda la exigencia de acompañar la causal aducida con la indicación clara y precisa de los fundamentos de ella como lo ordena el numeral 3º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual se concluye que no reúne los requisitos de ley, por lo tanto se rechazará *in limine* declarando a su vez desierto el recurso.

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

Resuelve:

RECHAZAR la demanda de casación presentada por la defensora de Nicolás Durán Loaiza, y en consecuencia declarar desierto el recurso.

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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

INDICIO / ERROR DE HECHO

Cuando se procura controvertir el valor indiciario de la prueba, la casación no podría prosperar por vía diferente al falso juicio de identidad, porque entendido el indicio como una creación lógico-mental del juez que partiendo de un hecho indicador debidamente demostrado, lleva por inferencia lógica a la demostración de otro hecho que con aquel guarda una estrecha relación, claro resulta que la desviación en el juicio del funcionario se daría mediante la deformación objetiva o tergiversación del hecho base.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 25.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Gonzalo Alonso Varona Silva*, en contra de la sentencia de agosto 12 de 1992 proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirmatoria en su integridad del fallo de condena emitido por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de la misma ciudad, que impuso a los coacusados *Varona Silva* y *Ernestina Torres Pardo* la pena principal de 44 meses de prisión y multa por la suma de $ 50.000.00, y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, como penalmente responsables de los delitos de falsedad en documento público agravada por el uso, y estafa.

Hechos y actuación procesal:

1. Los hechos fueron expuestos por el *ad quem* de la siguiente manera:

> "Hernando Gutiérrez Sánchez, propietario del lote ubicado en la calle 95 Nº 13-44 de esta ciudad, formuló *notitia*

criminis contra Gonzalo Alonso Varona Silva, por cuanto el 9 de mayo de 1989, una persona que lo suplantó, vendió el lote de su propiedad a la sociedad Varona Marín Ltda. (representada por el sindicado), por medio de escritura pública número 1362, por la suma de $ 10.000.000, el registro de la misma se hizo el 10 de mayo de 1989 en la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá.

"Manifiesta el denunciante, que el 22 de mayo de 1989, al pasar por su propiedad observó una valla de la Inmobiliaria Continental anunciando la venta de su lote; al indagar en dicha agencia de finca raíz, se le informó que el precio fijado para la venta era de $ 55.000.000.00. Agregando el ofendido que para poder realizar el ilícito, una persona ajena a él, canceló el impuesto predial y un embargo sobre el inmueble a favor del I.D.U.".

2. La siguiente sinopsis procesal que se ajusta fielmente a lo sucedido, corresponde al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Con base en la denuncia formulada por el señor Hernando Gutiérrez Sánchez, la que fue posteriormente ampliada, y una vez allegadas preliminarmente unas diligencias, entre ellas la versión del denunciado Gonzalo Alonso Varona Silva, la declaración de Clementina Suárez Varona y el original del cheque número 576757 del Banco Anglo Colombiano por valor de $ 10.000.000 de pesos; el Juzgado Noventa y siete de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación penal el 16 de noviembre de 1989.

"En el curso de la investigación se escuchó en indagatoria al sindicado, persona ésta que mostrándose ajena a los hechos penalmente denunciados afirma que la compra del referido lote la hizo en la medida que le representaba una buena negociación, transacción que se efectuó por intermedio de su prima Clementina Suárez Varona, quien representaba a la Inmobiliaria Continental Ltda. Al mismo tiempo, se aportaron varios estudios grafológicos; se allegaron los extractos de las cuentas bancarias del acusado; se recepcionaron múltiples declaraciones; se efectuó una experticia dactiloscópica; se adjuntaron fotocopias del proceso de lanzamiento que por ocupación de hecho iniciara el aquí sindicado contra su denunciante, y se aportó importante prueba documental de interés para la averiguación. A Ernestina Torres Pardo se le vinculó al proceso como persona ausente.

"Una vez cerrada la investigación, mediante providencia de abril 22 de 1991 el Juzgado Instructor calificó el mérito probatorio del sumario, resolviendo proferir resolución de

acusación contra los citados procesados por el delito de estafa, imponiéndoseles igualmente medida de aseguramiento consistente en caución. Esta decisión fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal, con la aclaración consistente en que la acusación comprende además el delito de falsedad de particular en documento público agravada por el uso, decretándose al mismo tiempo la detención preventiva en contra de los acusados".

Al término de la audiencia pública el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito emitió el fallo respectivo de contenido ya anotado, que al revisar el Tribunal Superior por vía de apelación confirmó íntegramente, adicionando apenas la orden de compulsar copias para que por separado se investigue la conducta de Clementina Suárez Varona, Eduardo Urdaneta Bonilla y por la Superintendencia de Sociedades la intervención de la Inmobiliaria Continental Ltda., en los hechos.

En contra de la última determinación, el defensor del acusado Varona Silva interpuso el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

Invocando la causal primera, numeral 1º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el libelista ataca la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, acusando la ocurrencia de errores de hecho en la apreciación probatoria. En el desarrollo de la censura cita como normas sustanciales violadas los artículos 247, 300 y 302 del Código de Procedimiento Penal; 220, 222, 356 y 372 ordinal primero y 26 del Código Penal, resaltando los siguientes aspectos del fallo de segunda instancia:

1. Para el Tribunal riñe en contra de la lógica comercial que una persona dedicada al negocio de finca raíz, comprara por veinticinco millones de pesos un lote a través de una supuesta intermediaria del dueño, a quien sólo conoció en la firma de la escritura, y que a la postre resultó ser una humilde vendedora de arepas. E inadmisible también que el acusado acordara el precio del inmueble, la fecha y forma de pago, sin regateos, y sin tratar de enterarse sobre la personalidad del dueño a quien tampoco vio sino al momento de la suscripción de la escritura.

Tampoco era de recibo que el acusado no se hubiese percatado de las discrepancias existentes entre las firmas de quien se presentó a la notaría como vendedor y cobrador del cheque, con la implantada por el verdadero dueño del predio en otros documentos, ni la alegación de solvencia hecha por el enjuiciado al pretender su capacidad de pago en un compromiso millonario, cuando el movimiento de sus cuentas bancarias indicaba lo contrario.

2. El Tribunal valoró en contra del procesado el desacuerdo surgido entre su dicho y el de los declarantes Clementina Suárez Varona, Antonio García Neira y Eduardo Urdaneta Bonilla, respecto de las circunstancias que rodearon la firma de la escritura, lo mismo que el dicho de los tres primeros respecto de las características y apariencia de la coencausada Ernestina Torres Pardo.

3. Se apreció como indicio la diferencia entre el precio de compra del predio por Varona (veinticinco millones de pesos), y la inmediata oferta de venta a terceros por parte de la inmobiliaria en cincuenta millones.

4. La interposición de la querella policiva por el acusado fue calificada de maliciosa y oportunista porque sólo se intentó después que el Juzgado de Instrucción fijó fecha para oírlo en versión, resaltando que Gonzalo Alonso Varona había solicitado apenas dos días antes de rendirla que el Juzgado Veintitrés Civil Municipal recepcionara declaraciones extra juicio, procediendo luego de ser oído a conferirle poder a un abogado para que iniciara el lanzamiento por ocupación de hecho.

5. Se afirma en la sentencia que el *iter criminis* comenzó el 17 de febrero de 1989 cuando los infractores cancelaron el embargo que pesaba sobre el predio a favor del Instituto Urbano y el impuesto predial, y lo relacionado con el certificado de paz y salvo apenas se canceló el 5 de mayo de 1989 cuando para entonces el presunto dueño ni siquiera se encontraba en Bogotá, pues según lo expresado por los declarantes, solamente viajó a esta ciudad el día 9 para firmar la escritura.

Ocupándose de controvertir los anteriores fundamentos, el casacionista responde de la siguiente manera:

> "La prueba indiciaria NO ES PRUEBA EN CONCIENCIA, NI ES PRUEBA DE LIBRE ELABORACION SUBJETIVA DEL FALLADOR, sino que tiene que estar sometida a unas reglas objetivas y verificables en el expediente, en lo que tiene que ver con la prueba plena del hecho indicante.
>
> "LA SUBJETIVIDAD DEL PROCESO LOGICO DE INFERENCIA, no puede confundirse con los PRESUPUESTOS OBJETIVOS, EXTERNOS, VERIFICABLES Y OBRANTES EN EL EXPEDIENTE QUE HAN DE SERVIR DE PUNTO DE PARTIDA PARA LA INFERENCIA INDICIARIA.
>
> "Por lo anterior, la presente impugnación no tiene como objetivo cuestionar el proceso subjetivo de elaboración de unas inferencias indiciarias. Por el contrario está centrado en demostrar que se incurrió en ostensible error en la apreciación fáctica de los elementos de convicción obrantes en el expediente".

Así, para desarrollo de las anteriores premisas, el casacionista ofrece el siguiente sustento, tras afirmar que existían hechos infirmantes de los indicadores asumidos por el juzgador y contenidos dentro del proceso, que fueron erróneamente apreciados en su alcance probatorio:

"2.1.1. La Inmobiliaria Continental era gerenciada por la señora Clementina Suárez Varona, prima de Gonzalo Alonso Varona Silva. Obviamente era de confianza de este último. Y se probó y así lo admitió el fallador, que la negociación toda la hizo la Inmobiliaria Continental y a ésto, se atenía Gonzalo Alonso Varona Silva.

"2.1.2. Se probó que el único momento en que Gonzalo Varona Silva entregó dinero, fue aquél en que se corrió la escritura pública de compraventa en la Notaría Trece de Bogotá.

"2.1.3. Se probó que a la Notaría Trece de Bogotá, compareció una persona que se identificó ante el notario —funcionario público fedante por esencia— como Hernando Gutérrez Sánchez y que exhibió ante el notario la cédula de ciudanía 17.033.256 expedida en Bogotá y que hizo unas manifestaciones de voluntad ante el notario.

"2.1.4. Se probó que el chaque de gerencia del Banco Anglo Colombiano de fecha mayo 9 de 1989 por diez millones de pesos ($ 10.000.000.00) distinguido con el número M576757 se hizo a orden de Hernando Gutiérrez Sánchez y con restricción de endoso.

"2.1.5. Se probó que el levantamiento del sello restrictivo de endoso, fue obra exclusivamente de la señora Elvia de Galvis en representación del Banco Anglo Colombiano y que por tanto en este hecho no tuvo participación alguna Gonzalo Alonso Varona Silva.

"2.1.6. Se probó que para cobrar el cheque, nuevamente una persona se identificó como Hernando Gutiérrez Sánchez y anotó como su cédula la 17.033.256 de Bogotá y que además implantó su huella dactilar en el reverso del cheque.

"El error grave y su clase:

"El error grave es de hecho por APRECIACION ERRONEA, porque a los anteriores seis (6) factores de convicción, debió darles un alcance tal, que fuera suficiente para declarar INFIRMADO EL INDICANTE que sirvió de partida para este primer indicio que construyó el fallador.

"De haberles dado el alcance que debió dársele por la fuerza que de ellos emanaba se hubiera declarado infirmado el indicante. Declarado infirmado el indicante, se debió entender que no había por tanto indicante. Y sin haber indicante, mal podía elaborarse una inferencia indiciaria".

Para el casacionista el Tribunal apreció erróneamente las pruebas señaladas, incurriendo por ello en error de hecho y vulnerando de contera los artículos 300, 302 y 247 del Código de Procedimiento Penal, y 356, 376 y 26 del Código Penal.

Asegura no ser cierto que las firmas anteriores del verdadero Hernando Gutiérrez guardaran entre sí similitud, pues la de su cédula difiere de la estampada en la escritura, y en esas condiciones no era viable a simple vista establecer las discrepancias presentadas con la que utilizara el impostor, máxime si el procesado no era experto en grafología, ni hizo experticio alguno; tan sólo era persona del común no obligada a percatarse de esas diferencias.

La confrontación —añade— corrió a cargo de los empleados de la notaría, ellos sí expertos, quienes no hicieron ninguna observación y autorizaron la escritura. Insiste en que su procurado no efectuó ninguna confrontación de las signaturas y menos en el endoso del cheque porque no supo en qué momento fuera firmado.

El error en este punto se presenta por suposición "porque sin que hubiera prueba de el indicante, el fallador lo supuso, lo trajo de la nada y procedió como si existiera. De no haber supuesto el fallador este indicante, no hubiera realizado la inferencia que dio como resultado la existencia de un indicio grave en contra del procesado". En cada caso reitera como violadas las disposiciones atrás citadas.

Al contrario de lo sostenido por los falladores, plantea el actor que dentro del proceso se acreditó que el acusado era un oficial retirado de la Fuerza Aérea en grado de mayor, quien ejercía como piloto privado y comerciante aeronáutico, condiciones que le daban solvencia y posibilidad de ahorrar dinero para adquirir el cheque de los diez millones de pesos, corroborándose de los extractos bancarios su holgada capacidad económica para realizar un negocio de estas proporciones.

El error de hecho se presenta, entonces, por apreciación errónea "de los factores de convicción antes reseñados. De haberse otorgado a estas pruebas su natural y obvio alcance, se hubiera declarado INFIRMADO el indicante".

Recuerda enseguida el censor que el día previsto para la escrituración la persona que figuraba como vendedora no apareció a la notaría, porque según lo manifestó la intermediaria, no había alcanzado a llegar a Bogotá procedente de la ciudad de Medellín. Como posterior-

mente se comunicó con la inmobiliaria para informarles que acababa de arribar, de nuevo se trasladaron a la notaría. No se ajusta, entonces, a la verdad lo afirmado en el sentido de que la escritura no se firmó el día convenido —9 de mayo de 1989—, tampoco los declarantes mintieron, y el error en la fecha fue del notario cuando mencionó el día anterior, pues el 8 de mayo fue festivo.

Por lo anterior considera el libelista que el Tribunal: "supuso la prueba del indicante a saber: 'la incongruencia' ". "Este error grave es de hecho por exclusión evidente de la versión de Gonzalo Alonso Varona Silva el cual generó otro error grave por suposición, ahora, respecto del indicante de 'incongruencia' a la cual se llegó como se demostró por excluir otras que ya fueron descritas".

Respecto a las condiciones físicas de la intermediaria Ernestina Torres Pardo, rechaza la contradicción que se le atribuye al procesado, atribuyendo su detalle a: "los diferentes grados de capacidad, observación y descripción, lo mismo que a las diferentes formas de valoración de algunos aspectos de las personas".

El *ad quem* incurrió también aquí, prosigue, en "error de hecho por suposición de la prueba del indicante: LA CONTRADICCION de los testimonios que describen físicamente a la señora Ernestina Torres Pardo. Y este indicante fue supuesto por el fallador por apreciar equivocadamente las diferencias entre los testigos relacionados: debió entenderlas NO CONTRADICTORIAS porque no lo son. Simplemente diferentes en aspectos no esenciales y COINCIDENTES EN LO ESENCIAL".

En otro aspecto, el fallador creó un indicio relacionado con el precio del inmueble que fijó como real en cincuenta millones cuando había sido comprado en sólo veinticinco, pues en el expediente no obra la prueba que determine ese valor, y si ello no está acreditado "no se puede tomar como indicante para hacer un indicio en contra de los procesados". Lo anterior constituiría un error de hecho por suposición de la prueba indicante.

Niega el actor que el enjuiciado hubiera apenas iniciado gestiones para obtener la protección de su propiedad el 28 de septiembre de 1989, pues desde el mismo 30 de agosto tuvo noticias de que habían quitado el aviso de venta e iniciaban el cerramiento del lote y por ello se dedicó a reunir los documentos que en la diligencia de versión aportara y que reposan a folios 52 al 74.

En suma, los juzgadores incurrieron en errores de hecho por exclusión evidente de pruebas que obran en el expediente, y al estimar tardía la gestión equivocadamente tildada de maliciosa, elaborando en esas condiciones precarias un indicio.

La petición se formaliza en que la Corte case la sentencia, y en su lugar profiera fallo absolutorio en favor del acusado.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que la demanda no cumple con las exigencias de logicidad, claridad y precisión que demanda el recurso extraordinario, requisitos que con mayor rigidez han de acatarse cuando la censura se proyecta respecto de la prueba indiciaria. Sostiene que cuando en un principio el casacionista enunció la presencia de múltiples y ostensibles errores de hecho en la apreciación fáctica de los elementos de convicción obrantes en el expediente, pareció encaminar el ataque respecto de la prueba indicadora o hecho indicador, pero al final terminó refiriéndose simultáneamente tanto a ese extremo como a las conclusiones inferidas, de lo cual emerge una incertidumbre imposible de subsanar, pues:

> "resulta inadmisible e incomprensible que el censor pretenda con su rotulación, bajo el único supuesto de ataque escogido y simultáneamente, poner en tela de juicio lo que él estima 'CARGOS CONTRA LA LEGALIDAD DE LAS INFERENCIAS INDICIARIAS', para con ello y según esa errada directriz intentar demostrar 'QUE SE INCURRIO EN ERRORES DE HECHO AL APRECIAR FACTORES DE CONVICCION' y luego, paralelamente y sin discriminación, proceder a colegir que por tales errores 'OSTENSIBLES SE ELABORARON INDICIOS QUE JAMAS DEBIERON PREDICARSE EN ESTE PROCESO'; como que esta intitulación no hace otra cosa que desenfocar totalmente la expresa advertencia que hiciera el actor, lo que a la postre no cumple con el desarrollo del libelo, y al mismo tiempo termina confundiendo y entremezclando el aparente objetivo primordial de la censura, no pudiéndose finalmente saber si el deseo del recurrente se centra en el reproche del hecho indicador o si por el contrario es la inferencia lógica el fin básico del contexto de la alegación.
>
> Por ello, resulta forzoso recordar cómo la jurisprudencia de la Corte con claridad ha precisado que, cuando se procura controvertir el valor indiciario de la prueba, un tal propósito debe cumplirse según se trate de censurar la prueba que permite efectuar la construcción lógica, evento en el cual corresponde demostrar la existencia de errores de hecho o de derecho, o en su lugar si del indicio propiamente se trata, sólo resulta viable su fundamento por errores de hecho originados en un falso juicio de identidad en la medida que se impone comprobar la equivocación del fallador al momento de realizar el proceso lógico. Estos derroteros no han sido tenidos en cuenta por el recurrente".

Si la pretensión era la de atacar la consecuencia lógica, no demostró el casacionista "cómo el sentenciador erró en el juicio de

adecuación que originó el desvío de esa dialéctica inferencia, además que el error de hecho aducido recorre sin distingo todas sus naturalezas, lo que termina descartando tal posibilidad de ataque".

De tratarse el ataque respecto del hecho indicador, adolece igualmente de confusos e inconsistentes razonamientos, pues al pretender "atacar cada indicio por aparte se adentra en una crítica individual y personal que termina desviando el curso del supuesto de ataque escogido para inmiscuirse en el ámbito propio del error de derecho por falso juicio de convicción". Se limitó igualmente a reprochar que las pruebas recaudadas: fueron erróneamente apreciadas en su alcance probatorio, o que se excluyeron o supusieron por el fallador; insistiendo en que el "juzgador partiendo de hechos probados o no probados u observando incongruencias o contradicciones no existentes 'debió darles un alcance tal, que fuera suficiente para declarar INFIRMADO EL INDICANTE', o que en otros eventos 'supuso la prueba del indicante' ".

Además, pese a enunciar falsos juicios de existencia e identidad, no demostró cuál fue el medio de convicción omitido, supuesto, tergiversado o distorsionado, o la trascendencia e incidencia que tuvieron frente a las demás pruebas y a la sentencia impugnada.

Para la Procuraduría, las conclusiones a las que llegó el Tribunal corresponden a la realidad fáctica; deducciones que corresponden al resultado armónico entre los hechos indicadores e indicado; así como la adecuada aplicación de las reglas de la experiencia y de la inferencia lógica. Coincide con el *ad quem* en calificar de inexplicable la conducta del acusado, quien dada su preparación académica, comercial y personal, ante la magnitud de la negociación que iba a realizar no se preocupó por conocer ni saber algo respecto del vendedor ni de la presunta intermediaria; en criticar de nada convincente su actitud comercial, cuando pese a ser titular de cuatro cuentas bancarias expresó que la considerable suma entregada en efectivo no la tenía en los bancos sino en su residencia, y en valorar como indicios adversos al procesado la incoherencia de la descripción física sobre Ernestina Torres Pardo, el desinterés sobre la notoria diferencia entre las firmas de la escritura de compra venta a favor de Hernando Gutiérrez y de la persona que lo suplantó, el levantamiento de la restricción del endoso en el cheque de diez millones de pesos entregado como precio, inicio tardío del proceso de lanzamiento contra personas indeterminadas por ocupación del predio y la inscripción apresurada en la Oficina de Registro de la escritura de compra, realizada, contra todo antecedente, al día siguiente del acto notarial.

Consecuente con su razonamiento, la delegada le sugiere a la Corte desechar los cargos formulados por el demandante y abstenerse de casar la sentencia acusada.

Consideraciones de la Corte:

El actor encamina su ataque a la sentencia centrando los reparos sobre la prueba de indicios, e intentando primera y principalmente infirmar los hechos indicadores sobre los cuales construyó el juzgador sus inferencias lógicas, objetando indiferentemente que la apreciación errónea se dio al omitir la consideración de pruebas que hubieran llevado a desvirtuar el hecho base o de sustento, porque, en otras ocasiones, ese hecho se supuso, o finalmente, porque se incurrió en evidente exclusión de otros medios de prueba. Al centrar sin embargo su atención en cada concreto episodio, no llega la sustentación a desvirtuar en su existencia y contenido cada uno de los hechos fuente o indicantes, sino que la alegación deriva, como así lo expresa el libelista y con acierto lo critica la delegada en concepto que la Sala acoge e incorpora a su respuesta, a controvertir la existencia de los hechos indicados o elaboración mental del funcionario mediante la cual dedujo lógicamente la culpabilidad dolosa de Varona Silva, pues no es otra la referencia que el casacionista hace a "los factores de convicción", o su inconformidad por no "haberse otorgado" a algunos medios "su natural y obvio alcance", aproximándose inclusive a esbozar la proposición de un inaceptable error de derecho por falso juicio de convicción.

Corroborando lo anterior, la remisión a cada uno de los hechos indicantes que el casacionista hace, muestra sin dificultades que muy lejos de acreditarse en la demanda su anunciada suposición, cuando no la exclusión de otros medios, la labor del censor aquí se aplica a ratificar que sí se dieron aquellos eventos y circunstancias sobre los cuales descansan las deducciones que se pretenden desquiciar.

1. Cuando el actor alude a la realización de los contactos previos a la suscripción de la escrituras y a su otorgamiento, como también al pago del precio, resalta que el trato previo del acusado se cumplió frente a la Inmobiliaria Continental que gerenciaba para entonces una prima suya, proponiendo que a Varona le bastaba atenerse a la confianza y buena fe que le inspiraba su parienta.

Pese a la distracción que con este argumento se pretende, en ningún momento logra el casacionista desvirtuar como presupuesto de las deducciones del fallador el hecho indiscutible, evidente de no haber procurado ni mediado contacto alguno entre el acusado y el presunto dueño del inmueble previo al momento de la firma de la escritura, ni que hubiese cotejado con la debida precaución la identidad del vendedor a quien no conocía ni había tratado antoladamente. Tampoco acredita que a Varona se le hubiesen exhibido, ni éste se hubiese preocupado por consultar las autorizaciones de las cuales debían disponer los intermediarios para ofrecer y concertar la venta del inmueble, ni mucho menos contradice la afirmación de inexistir dineros en las cuentas del procesado suficientes para atender una carga pecuniaria como lo que constituía el alto precio.

Conocidas las razones que al respecto dieron los juzgadores en la sentencia que se impugna, la demanda se limita en éste aspecto a resaltar que a la notaría compareció un individuo que bajo el nombre de Hernando Gutiérrez Sánchez dijo ser el propietario del predio dado en venta, se identificó ante el personal de esa oficina, y suscribió la escritura percibiendo el precio, pero con esa sola relación, muy lejos se ubicó el libelo de acreditar una suposición de hechos.

Por el contrario, afirmaciones semejantes —contenidas en el fallo recurrido—, lo único que logran es ratificar que si se daban condiciones suficientes para que una persona de mediana inteligencia, prudente juicio y diligente guarda de su patrimonio tomara elementales precauciones en cerciorarse sobre la verdadera identidad del destinatario de la cuantiosa suma que le daría como precio, así como sobre la realidad y validez de los derechos que llegaba a enajenar.

2. Cierto es que esta sola indicación sería insuficiente para acreditar que el comprador obró como timador y no como engañado, porque si de un error o imprevisión se trata, de él no estaría exenta la falible y crédula condición humana. Por ello tuvo el fallo como complementario indicio el de la indemostración del efectivo pago del precio millonario, pero en éste segundo y sustancial aspecto tampoco acreditó el casacionista la ocurrencia del error que anunciaba, ya que en ningún aparte del libelo se acredita la pregonada suposición del hecho indicante ni la omisión de posibles contraindicios. Por el contrario, desatiende el censor que fue el propio procesado quien espontáneamente dijo en su injurada que sus ingresos no sobrepasaban los doscientos cincuenta mil a trescientos mil pesos mensuales, dejando este hecho denotado en la sentencia inalterable, lo mismo que el también acreditado en cuanto visto el movimiento de una pluralidad de cuentas bancarias que tenían como titular al acusado, de ninguna de ellas egresó dinero para el pago del precio convenido, quedando sin aval la explicación tardía de Varona de haber tomado quince millones de pesos de unos ahorros que mantenía en casa.

Para mayor dificultad en la acreditación de estas explicaciones, ni de los quince millones pagados al extraño en efectivo se proveyó el acusado de recibo, ni el cobro del cheque del valor restante logró ser registrado en alguna cuenta corriente que hubiese permitido el seguimiento, porque el sello de pago al primer beneficiario resultó extrañamente levantado por el banco, hechos que el censor intenta interpretar en favor del procesado, pero sin desquiciar en cuanto a su existencia en el plenario.

3. Al referirse a la diferencia entre la firma del dueño del predio y la del fingido vendedor, tampoco desvirtúa la demanda lo que la sola observación comparativa hace notorio. Una vez más, en cambio, y reafirmando que esas disimilitudes no fueron suposición de los falladores, lo que se afirma es que Varona no era experto en documentología, y por ello no le podía cobijar la carga indiciaria, de donde se des-

prende que la exclusión pretendida de ese medio varía su camino para objetar no el hecho indicador sino la consecuencia que de él llegó a tomarse en la sentencia.

4. Afirma luego el casacionista que la escritura de compraventa del lote sí se firmó el día convenido y no otro como se insinúa en la sentencia, sosteniendo que de éste hecho indemostrado se hizo surgir el indicio de incongruencia en las explicaciones del acusado. Ocurre sin embargo, que aún dando por cierto en este evento que el Tribunal se equivocó en la afirmación de ese presupuesto, la demanda no se llega a demostrar si ese yerro tuvo en verdad incidencia en el sentido del fallo que critica, ni mucho menos que de no haberse dado, otra distinta hubiese sido la determinación a adoptarse, pues como viene de decirse, fue toda una pluralidad de pruebas la que llevó a deducirle al acusado su connivencia con el grupo de timadores.

5. Dentro de estos varios y serios hechos incriminatorios sobre la culpabilidad del acusado, añadió el fallo que la credibilidad del dicho del procesado quedaba seriamente cuestionada, lo mismo que la de sus declarantes de respaldo Gonzalo Alfonso Varona, Clementina Suárez y Eduardo Urbina Bonilla al referirse a la existencia e intervención de la mujer Ernestina Torres Pardo como verdadera intermediaria en la negociación de venta (y no la firma "Inmobiliaria Continental" como lo aduce el casacionista, desatendiendo el sí el contenido del plenario), porque tratándose de la pieza clave que mostraría la existencia de una actividad fraudulenta entre aquella y quien suplantaba al vendedor, antes que constituir una diferencia meramente adjetiva, es resonante y sustancial la discrepancia que muestra individualmente cada declarante, como si para cada uno de los tres fuera Ernestina una persona diferente: para el acusado (fl. 50), una mujer de 35 a 40 años, trigueña, un poco gorda y de pelo negro liso; según su prima (fl. 84) de contextura delgada, pelo crespo, largo y castaño, bajita como de 1.50 metros, y para Eduardo Urdaneta (fl. 247) una mujer de 28 a 29 años, delgada, blanca, de pelo corto y 1.60 de alta. El tema no era, pues, de poca monta, ni las diferencias secundarias, vista la realidad que aflora en el proceso.

6. Más adelante y pretendiendo controvertir la diferencia entre el precio de compra del bien y el de venta próximo a un incremento del ciento por ciento, la demanda se limita a decir que en el proceso ese hecho se supuso, pues ninguna demostración se tiene sobre el mayor valor que dedujo la Sala del Tribunal en la sentencia. Pero lejos de adentrarse en la demostración de este aserto, desatendió el censor que en su fallo el Tribunal sí dio la fuente de su conocimiento recordando que se trataba de una afirmación del denunciante que no halló oposición ni controversia dentro del proceso. En ese caso, ha debido atacarse en concreto el invocado medio de comprobación, antes que recurrir a una afirmación que por general y distanciada del fallo deja enhiestos los fundamentos de la instancia.

7. Por último y al referirse a las gestiones que adelantó el procesado encaminadas a cesar los actos que realizaba el verdadero dueño sobre el predio de disputa, la demanda sostiene que el juzgador desatendió las pruebas que se habían arrimado al expediente sobre la actividad del acusado, y por ello afirmó que esa reacción resultaba tardía y maliciosa, edificando indebidamente de ese aserto un indicio.

Si se mira con cuidado la argumentación contenida en la sentencia, en ella se observa que fue reconocimiento del propio procesado el de haber sido enterado desde el 30 de agosto por la inmobiliaria sobre la ejecución de actos de perturbación sobre su predio. Lejos de inventar o suponer los hechos, la Sala del Tribunal los puso en descubierto, pues aún reconociendo que el 23 de septiembre consiguió el procesado las declaraciones extrajuicio, sólo hasta el 28 de ese mes, casi a los 30 días de recibida la noticia intentó la acción policiva, y luego de haber sido citado y escuchado judicialmente sobre los cargos que penalmente le comprometían.

Tiénese así que el Tribunal no desestimó ni el conocimiento del hecho ni la gestión del acusado, haciendo simplemente una valoración de esa tardía intervención, en conjunto con el restante haz de pruebas para interpretarlo como en el fallo aparece, de donde haya de decirse que ni el hecho indicador le fue supuesto, ni dejaron con él de analizarse otros medios que hubieran alcanzado a modificar su entendimiento.

Lo que sucede con éste y los restantes hitos enlistados, es que ante la imposibilidad en que se ve el censor de enervar los hechos indicantes, pronto declina a sugerir que el error se dio al estimar las consecuencias que de ellos derivaban, pues mientras que para el Tribunal de cada uno de los distintos y concatenados episodios se infirió el señalamiento del acusado como autor culpable de los delitos de falsedad y de estafa, para el impugnante las conclusiones permisibles eran otras y sobre todo ajenas al actuar doloso de su representado.

Cuando esta clase de ataque es la que se intenta, como de modo reiterado lo ha venido reconociendo la doctrina de la Sala, la casación no podría prosperar por vía diferente a la del falso juicio de identidad, porque entendido el indicio como una creación lógico-mental del juez que partiendo de un hecho indicador debidamente demostrado, lleva por inferencia lógica a la demostración de otro hecho que con aquel guarda una estrecha relación, claro resulta que la desviación en el juicio del funcionario se daría mediante la deformación objetiva o tergiversación del hecho base.

En tal sentido se ha dicho en providencia de septiembre 5 de 1990 con ponencia del magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz, que

> "...en tratándose de prueba indiciaria... debe impugnarse por yerro de hecho, ya que la construcción del indicio

> que hace el juzgador no es simple sino compleja: parte primero del hecho indicador (que se revela a través de una prueba, y si ésta carece de tarifa legal, mal puede ser censurada por error en su valoración) y da el siguiente e ineludible paso de la 'inferencia lógica', con el fin de establecer si tiene o no relación, y de qué clase e intensidad, con el hecho indicado o que se busca establecer por ese camino indirecto. Si el juzgador se equivoca o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal al definir qué es el indicio, es claro que falla en el juicio de identidad o adecuación, que repítese, conforma un error de hecho..."

No fue ese el razonamiento que intentó el casacionista en este caso. Anunciando como queda visto, que el error del juzgador se dio al suponer los hechos indicantes, o al desatender otros que a aquellos desvirtuaban, antes que demostrar su aserto terminó criticando la supuesta desviación de la inferencia lógica contenida en la sentencia. Mas, distrayendo su atención de nuevo, en lugar de probar el falso juicio de identidad por la deformación de los hechos indicantes, o acreditar que el fallo se fundó en conjeturas caprichosas o arbitrarias, lo que termina por hacer es un fallido intento por mostrar que había otras alternativas interpretativas no necesariamente comprometedoras de la responsabilidad del Gonzalo Varona, pero dejando incólumes las inferencias razonables y fundadas del juzgador, y con ellas, en firme los pilares sobre los cuales reposa la sentencia.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado por el defensor del acusado Gonzalo Alonso Varona Silva.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

La casación por vía excepcional fue establecida con fines específicos para aquellos casos que ordinariamente no son admisibles en esta sede, pero que por sus particulares características ameritan ser estudiados en estadio casacional. Sea cual sea el motivo que se aduzca para recurrir en casación, ya sea ordinariamente o por la vía de excepción, debe respetarse el procedimiento establecido para este recurso extraordinario; de tal suerte que tanto su interposición como la presentación de la demanda deberán cumplirse en la oportunidad legal. Una interpretación distinta conduciría al absurdo de convertir la casación excepcional en censurable remedio para toda suerte de contingencias particulares de los sentenciados, con flagrante desconocimiento de los precisos fines consagrados en la ley para esta clase de institución. / Dentro del trámite de este recurso extraordinario corresponde exclusivamente a los sujetos procesales proveer lo necesario para su adecuada y oportuna representación.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 25, marzo 10 de 1994.

Vistos:

Se decide sobre las demandas de casación presentadas por el defensor de las procesadas *Julieta Villanueva de Gallego* y *Esneda Bueno Beltrán.*

Antecedentes procesales:

Mediante sentencia del 26 de abril de 1993, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la condena proferida en primera instancia contra las dos mencionadas procesadas.

Estas, directamente y en forma oportuna, interpusieron ante el Tribunal el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segundo grado, el cual les fue concedido en proveído del 28 de mayo de 1993.

Antes de que comenzaran a correr los términos para presentar las correspondientes demandas, ambas procesadas de manera conjunta le otorgaron poder a la abogada Ilse Amira Ayala Lesmes erigiéndola en su defensora para el trámite de la casación.

Según constancia secretarial que obra en el expediente, el traslado a Julieta Villanueva de Gallego se surtió entre el 15 de junio y el 29 de julio de 1993, y durante éste no fue presentada la respectiva demanda de casación.

El 14 de julio de 1993, se recibió en la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal, un memorial suscrito por la abogada Ilse Amira Ayala Lesmes, en el que expresó su renuncia al poder que le habían conferido dichas procesadas. El magistrado sustanciador profirió un auto el 29 de julio de 1993, aceptándole la renuncia y disponiendo que por Secretaría se enterara a las procesadas de la decisión, lo que se hizo al día siguiente.

El traslado a María Esneda Bueno Beltrán se surtió entre el 30 de julio y el 10 de septiembre de 1993, según constancia secretarial que obra en el expediente. Esta procesada, el 27 de agosto de 1993, confirió nuevo poder para demandar en casación, esta vez al abogado Jesús Domingo Rodríguez Sarmiento, quien presentó la demanda el último día del término, esto es, el 10 de septiembre de 1993.

Posteriormente se corrió el traslado a los no recurrentes entre el 29 de septiembre y el 20 de octubre de 1993, fecha última en la que fue presentada ante la secretaría penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, la demanda de casación que "de manera excepcional" impetra el mismo abogado Jesús Domingo Rodríguez Sarmiento, en representación de la recurrente Julieta Villanueva de Gallego, conforme al poder que también ésta le otorgara luego de la renuncia de su anterior defensora.

El Tribunal se limitó a reconocer al nuevo defensor de Julieta Villanueva de Gallego y envió el proceso a la Corte para que se continuara el trámite del recurso extraordinario.

Consideraciones de la Corte:

En relación con la demanda instaurada a nombre de la recurrente María Esneda Bueno Beltrán, se advierte que fue presentada dentro del término legal y, además, que reúne en su aspecto formal los requisitos exigidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, por lo que deberá admitirse y declararse ajustada.

No ocurre lo mismo con la demanda instaurada a nombre de la otra recurrente, Julieta Villanueva de Gallego, puesto que su presentación se hizo extemporáneamente, o mejor, por fuera del término legal señalado para el efecto, tal como se evidenció en los antecedentes consignados.

Y dado que en materia de términos procesales la actuación tardía produce el mismo efecto que la omisión, se impone declarar desierto el recurso de casación concedido a esta procesada.

No obstante, se hace necesario señalar que la casación excepcional aquí invocada es a todas luces improcedente por las siguientes razones:

a) La casación por vía excepcional fue establecida con fines específicos para aquellos casos que ordinariamente no son admisibles en esta sede, pero que por sus particulares características ameritan ser estudiados en estadio casacional. Y en el caso de estudio la sentencia se profirió por tráfico de moneda falsa, uso de documento público falso y estafa, delitos que por su penalidad posibilitan que la sentencia de segundo grado sea recurrible en casación por la vía ordinaria, conforme a lo previsto en el inciso primero del artículo 218 del C. de P. P. Por tal motivo obró bien el Tribunal cuando concedió el recurso de casación interpuesto de manera ordinaria por las propias sentenciadas;

b) Es de elemental lógica que una cosa no pueda ser y no ser al mismo tiempo; así el recurso de casación no puede proceder simultáneamente, en su forma común y en su forma excepcional, en un mismo caso, pues las circunstancias que determinan una u otra modalidad de ejercitarlo no es dable que coexistan concurrentemente dado que son excluyentes entre sí. Por consiguiente, resulta contradictorio e inadmisible que en este asunto el mismo defensor hubiere demandado en casación de forma ordinaria respecto de una procesada y por la vía excepcional respecto de la otra, tratando habilidosamente con ello de enmendar la omisión de esta última, que irremediablemente ha quedado sin posibilidad de que su condena fuera estudiada bajo la óptica de este recurso extraordinario;

c) Sea cual fuere el motivo que se aduzca para recurrir en casación, ya sea ordinariamente o por la vía de excepción, debe respetarse el procedimiento establecido para este recurso extraordinario; de tal suerte que tanto su interposición como la presentación de la demanda deberán cumplirse en la oportunidad legal. Una interpretación distinta conduciría al absurdo de convertir la casación excepcional en censurable remedio para toda suerte de contingencias particulares de los sentenciados, con flagrante desconocimiento de los precisos fines consagrados en la ley para esta novedosa institución;

d) Para finalizar huelga decir que no se incurre en violación alguna del derecho de defensa de la procesada en cuyo favor se solicita la

casación por vía excepcional, por el hecho de que el Tribunal no le hubiere notificado la renuncia de su anterior defensora antes de que venciera el término para presentar la demanda, debido a que dentro del trámite de este recurso extraordinario corresponde exclusivamente a los sujetos procesales proveer lo necesario para su adecuada y oportuna representación.

Además, dicha renuncia se produjo 15 días antes del vencimiento del término para demandar, tiempo suficiente para superar el impase si la parte interesada hubiera actuado con la diligencia requerida.

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

Resuelve:

Primero. ADMITIR Y DECLARAR AJUSTADA la demanda presentada por el defensor de la procesada María Esneda Bueno Beltrán. En consecuencia, córrase traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, por el término de veinte (20) días, conforme a lo dispuesto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo. DECLARAR DESIERTO el recurso de casación interpuesto directamente por Julieta Villanueva de Gallego contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá debidamente determinada en el cuerpo de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION / COMPETENCIA / DEBIDO PROCESO / NOTIFICACION

El legislador, al entrar en vigencia el compendio procesal vigente y con él una nueva institución que se encargaría de adelantar la instrucción de los procesos criminales (la Fiscalía General de la Nación), optó por solucionar expresamente los posibles conflictos que pudiesen presentarse en el tránsito de legislaciones. Así, ante las posibles dudas que existieran en torno a la competencia para seguir conociendo de los asuntos que aún permanecían en la etapa del sumario, ordenó que todos ellos —en el estado en que se encontraran— fueran enviados a la Unidad de Fiscalía correspondiente para que ésta continuara el trámite de rigor. / El debido proceso, para que el principio de igualdad de las partes sea una realidad, exige que de los principales actos del proceso sean informadas todas ellas. Ello les permitirá no sólo conocer las decisiones judiciales sino también brindarles las posibilidades de elaborar las estrategias que respondan a sus intereses o mostrar su inconformidad a través de los recursos pertinentes (auditor el altera pars). / Las notificaciones tienen diversas clases, cada una de las cuales se encuentra destinada a cumplir un determinado papel en el proceso. La primera y más importante es la personal, dado que el interviniente tiene la oportunidad de enterarse por propia mano de los avatares del proceso. Luego se encuentran las subsidiarias de ésta, las notificaciones por estado, por edicto, en estrados y por conducta concluyente todas ellas destinadas a suplir una posible carencia de la primera.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 25.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial del procesado *Fabio Elberto Márquez Quevedo*

contra la providencia dictada por el Tribunal Nacional que le negó la solicitud de decretar varias nulidades que, a su juicio, invalidarían el presente proceso.

Antecedentes:

1. La solicitud de nulidad.

1.1. Nulidad por incompetencia.

La fundamenta en que aún no se había ejecutoriado la resolución de acusación dictada en contra de su poderdante al momento de entrar en vigencia el nuevo estatuto procedimental. Por consiguiente, era obligatorio para la Corporación enviar el negocio a la Fiscalía, según las voces del artículo 9º provisional del citado compendio. No acepta como disculpa que la magistrada ponente se remita al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pues existe una norma posterior de igual jerarquía (art. 9º en cita) que por hermenéutica jurídica ha de aplicarse.

Luego pasa a referirse a la negativa de conceder los recursos de reposición y apelación que el memorialista presentara contra la resolución de acusación, tildando de simplistas los argumentos (extemporaneidad por estar vencidos los términos). A continuación, agrega otro raciocinio aceptando la legalidad del procedimiento. Según sus cuentas, el trece (13) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) tampoco estaban vencidos los términos de ejecutoria, dado que el dos (2) de julio anterior, una constancia secretarial advierte que la providencia aún no se encuentra en firme, luego era de recibo la aplicación del artículo 9º en comento.

Por consiguiente, no es cierto que para el treinta (30) de junio la resolución de acusación ya se encontrara ejecutoriada. Incluso, advierte el recurrente, el nueve (9) de julio, cuando el presidente del Tribunal Nacional le dio curso a su pedimento, advirtió que se debía culminar el término iniciado, hecho indicativo de que para la fecha tampoco había adquirido vigor definitivo la decisión. Así las cosas, no sólo carece de competencia el Tribunal Nacional para conocer este proceso sino también faltaría por resolver por parte del Superior el recurso de apelación propuesto.

1.2. Nulidad por indebido proceso.

La situación expuesta constituye "...un indebido proceso, por no ceñirse esta Sala a la actuación o a las formas propias del juicio...", lo cual es obligatorio para todo juez, según lo preceptuado por el artículo 29 de la Carta, ritual que no puede ser variado ni siquiera en los estados de excepción. La Colegiatura, sin embargo, "...con su pretendido argumento del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 quiere cambiar ese juzgamiento". Las normas citadas, en armonía con el

artículo 304 del C. de P. P., ponen de relieve que en el caso en estudio "...existen ostensibles irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso...".

1.3. Nulidad por violación al derecho de defensa.

Considera que al ser rechazadas en forma irregular las razones que explican la inocencia de su cliente, se niega una oportunidad para que funcionarios de mayor jerarquía analicen el caso. A más de ello, la providencia que negó los recursos interpuestos no se encuentra motivada en debida forma. La norma vulnerada, en esta ocasión, es el artículo 302-3 del C. de P. P.

2. La providencia impugnada.

Advierte en primer término que la resolución de acusación fue notificada en forma personal a todos los sujetos procesales por lo que no existían razones válidas para hacerlo por estado, que es un mecanismo supletorio de notificación, lo que excluye su obligatoriedad. Por consiguiente, la omisión planteada no alcanza la categoría de irregularidad que vicie el procedimiento.

En lo que se refiere a la ejecutoria de la providencia en comento, el *a quo* advierte que de acuerdo con los artículos 196 y 197 del C. de P. P. de 1987, los recursos ordinarios se pueden interponer tres días después, a partir de la última notificación, fecha en la cual, si no se han interpuesto, cobra ejecutoria la providencia respectiva. A continuación hace las cuentas de rigor:

> "El veintiséis (26) de junio fue viernes. De modo que el término se cuenta a partir del martes treinta (30), primer día; miércoles primero (1º) de julio, segundo día. El jueves dos (2) de julio el negocio entró al despacho y salió el jueves nueve (9). Entonces el viernes 10, tercer día, a las seis de la tarde la providencia quedó ejecutoriada".

Por consiguiente —advera el Tribunal— si los recursos fueron interpuestos el trece (13) de julio, resulta evidente su extemporaneidad. Así lo declaró la Corporación el veintiuno (21) de septiembre y en esta providencia nuevamente lo ratifica.

En seguida se refiere a los principios que orientan la ejecutoria de las nulidades, las cuales sólo se pueden decretar cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial. En el asunto presente, el *Tribunal Nacional* advierte que ante la negativa de conceder los recursos, el impugnante bien pudo haber utilizado el recurso de hecho, de conformidad con el artículo 207 del estatuto procedimental. Por consiguiente, si guardó silencio fue porque estaba de acuerdo con la decisión o porque pensó reclamar posteriormente, lo

que se constituiría en una falta a la lealtad procesal pues es obligación de las partes alegar las nulidades tan pronto tengan noticia de su ocurrencia.

En lo que atañe a la posible existencia de irregularidades sustanciales, advierte que ellas deben ser evidentes y capaces de enervar la actuación. De otro lado, en lo que atañe a la entrada en vigencia del compendio procesal positivo, el Tribunal no encuentra de qué manera pudo verse afectado el debido proceso por no haber sido enviada la actuación a la Fiscalía el primero (1º) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992). Y si se buscara alguna relación entre el auto de veintiuno (21) de septiembre que inadmitió los recursos y la entrada en vigor del nuevo estatuto procedimental, se concluiría que el debido proceso no sufrió mengua ya que aquellos fueron rechazados por extemporáneos y no porque la nueva sistemática hubiese impedido su tramitación.

Finalmente rechaza el criterio que se hubiese producido una violación al derecho de defensa por el solo hecho de que una providencia no haya sido revisada por el Superior. La no concesión de los recursos se produjo —recuerda la Corporación— "...porque fueron interpuestos extemporáneamente y no para privar caprichosamente al procesado de la revisión por el *ad quem* de la providencia acusatoria".

La apelación:

Se insiste en la mención de la constancia secretarial de dos (2) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) donde se indica que para la fecha, la providencia se encontraba en ejecutoria y que el expediente pasaba al Despacho para considerar las copias que el recurrente había solicitado y por ende, quedaban suspendidos los términos. Luego colige que el expediente salió del Despacho en una fecha posterior al tres (3) de julio pues en la actuación aparece un auto firmado por el presidente del Tribunal, calendado el nueve (9) de julio, "...con lo cual se pone de presente que para este día seguían interrumpidos los términos de ejecutoria y esta fecha fue un jueves, lo que refleja que para el día que presenté los recursos se estaba dando el último día de ejecutoria de la resolución de acusación y por lo tanto no fueron extemporáneos (sic) los recursos aludidos, luego no es factible que dicha resolución de acusación hubiese adquirido su ejecutoria el tres (3) de julio...". Por consiguiente, considera que están sin resolver los recursos de reposición y apelación interpuestos.

Además, entiende que la Corporación le está dando la razón sobre la incompetencia que tenía para resolver el asunto al predicar que la ejecutoria se produjo el tres (3) de julio, fecha para la cual ya había entrado a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, cuyo artículo 9º transitorio disponía que las resoluciones acusatorias que no hubiesen adquirido firmeza al momento de entrar en vigencia el orde-

namiento, debían remitirse a la Unidad de Fiscalía competente. Sobre el particular advierte que la Sala no se pronunció sobre este tema. Por consiguiente, considera como "injurídico e inaceptable que la magistrada ponente se remitiera en providencia posterior a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pues tal norma sería de recibo siempre y cuando no existiera otra de la misma jerarquía que regulara la materia y en este evento la hay (art. 9º transitorio Decreto 2700 de 1991)...".

La Corte:

1. La razón de la inconformidad del recurrente se apoya en dos pilares fundamentales: El primero, la incompetencia del Tribunal Nacional lo que indica que aún no se han resuelto los recursos impetrados; el segundo, la presentación en tiempo de los recursos, bien porque no se notificó debidamente la providencia, ora porque la solicitud de expedición de copias retardó la ejecutoria de la providencia haciendo posible la interposición en tiempo de los recursos en comento.

2. La primera inquietud del actor encuentra respaldo en la normatividad. Es cierto —así lo predica el precepto invocado por el recurrente (art. 9º transitorio del C. de P. P.)— que "las actuaciones que no tengan resolución de acusación ejecutoriada al momento de entrar en vigencia el presente código, pasarán a conocimiento de las Unidades de Fiscalía competentes, para que continúen el trámite que corresponda". El texto es claro y no da lugar a hesitación alguna.

2.1. El legislador, al entrar en vigencia el compendio procesal vigente y con él una nueva institución que se encargaría de adelantar la instrucción de los procesos criminales (la Fiscalía General de la Nación), optó por solucionar expresamente los posibles conflictos que pudiesen presentarse en el tránsito de legislaciones. Así, ante las posibles dudas que existieran en torno a la competencia para seguir conociendo de los asuntos que aún permanecían en la etapa del sumario, ordenó que todos ellos —en el estado en que se encontraron— fueran enviados a la Unidad de Fiscalía correspondiente para que ésta continuara el trámite de rigor.

Se tuvo en cuenta como referencia el fenecimiento completo de la etapa instructiva, o lo que es igual, la ejecutoria de la resolución de acusación. El criterio contempla todas las posibilidades, incluso las extremas como la de un pliego de cargos proferido en vigencia del anterior compendio, con el proceso de notificación cumplido y sólo en espera de su ejecutoria. En este ejemplo, aunque la Unidad de Fiscalía competente no podía hacer otra cosa que esperar a que se cumpliera el término para quedar en firme el proceso, de todas maneras su intervención no era simplemente pasiva. Tenía ante sí la posibilidad de que contra ella se interpusieran los recursos legales, para lo cual debía tomar las medidas pertinentes, incluso, resolviendo

una eventual reposición, abriéndose la posibilidad de variar el decurso procesal. Resultaría, entonces, contrario a derecho que este recurso lo desatara un funcionario que ya había perdido competencia por ministerio de la ley.

Por consiguiente, como la providencia omitida por la Judicatura no se encontraba en firme y el Tribunal ya había perdido la competencia, correspondía a la Unidad de la Fiscalía resolver lo que fuera de ley. La expedición de la norma en comento buscaba que todo adelantamiento posible de la instrucción de un sumario quedara en manos de la Fiscalía, a partir del primero (1º) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992). El hecho de que ya en vigencia del nuevo código, los últimos pasos, v.gr., el proceso de notificación de la resolución de acusación o el término de su ejecutoria, los hubiese efectuado el Tribunal, vicia de nulidad la actuación.

2.3. En el caso de la especie, es de ver que el Tribunal Nacional terminó de notificar a los sujetos procesales el veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), cuatro días antes de entrar en vigencia la nueva recopilación procedimental. El treinta (30) de junio, primer día hábil, comenzó el lapso de ejecutoria de tres (3) días. Si se hubiese atenido al mandato del artículo 9º en comento, su obligación era enviar el proceso a la Unidad de Fiscalía correspondiente para que continuara notificando la providencia. Un día, por consiguiente, habría corrido en el Tribunal y los restantes, en la Unidad respectiva.

No obstante, el Tribunal decidió *motu proprio* continuar con el trámite de rigor, prosiguiendo con el término de ejecutoria. Como se ve, la Corporación desobedeció la preceptiva del artículo 9º, pretendiendo con su actuación modificar su letra y espíritu. Su actuación, por consiguiente, vicia de nulidad todo lo actuado, a partir del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, inclusive, por incompetencia. Por consiguiente, apenas ha transcurrido un día de la ejecutoria de la resolución de acusación. Restan dos días, los cuales deben correr en la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Nacional, lugar a donde se enviará el presente expediente, una vez quede en firme el presente proveído.

3. Aunque estas razones bastarían para satisfacer las pretensiones del impugnante, de todas maneras la Sala considera conveniente realizar algunas precisiones sobre su segunda inquietud que versa sobre las notificaciones ya que en su exposición olvida su razón de ser.

El debido proceso, para que el principio de igualdad de las partes sea una realidad, exige que de los principales actos del proceso sean informadas todas ellas. Ello les permitirá no sólo conocer las decisiones judiciales sino también brindarles las posibilidades de elaborar las estrategias que respondan a sus intereses o mostrar su inconformidad a través de los recursos pertinentes *(audiatur et altera pars)*.

Las notificaciones tienen diversas clases, cada una de las cuales se encuentra destinada a cumplir un determinado papel en el proceso. La primera y más importante es la personal, dado que el interviniente tiene la oportunidad de enterarse por propia mano de los avatares del proceso. Luego se encuentran las subsidiarias de ésta, las notificaciones por estado, por edicto, en estrados y por conducta concluyente, todas ellas destinadas a suplir una posible carencia de la primera.

Como es apenas obvio —y así lo recuerda el Tribunal— si todos los sujetos procesales ya habían sido informados de la resolución de acusación, por notificación personal, resultaba innecesario realizar la notificación por estado.

4. Las restantes inconformidades expresadas por el memorialista, violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, ya han quedado respondidas en las líneas anteriores, pues queda claro que la ritualidad fue atropellada por el Tribunal Nacional al continuar conociendo de un proceso pese a habérsele sustraído su competencia por ministerio de la ley. En virtud de la nulidad que afectó sus decisiones posteriores tangencialmente se vio afectado el derecho de defensa, pues se obstruyó su ejercicio. Ahora, remediado el entuerto, el defensor del procesado puede ejercer tal derecho, impugnando el pliego de cargos en la forma que estime más conveniente. Por último, en lo que se refiere a la falta de motivación del proveído impugnado, la polémica pierde razón de ser ante su desquiciamiento.

5. Por las razones expuestas, se decretará la nulidad de toda la actuación a partir del primero (1º) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), inclusive.

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

Resuelve:

1. DECRETAR la nulidad de todo lo actuado a partir del primero (1º) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), inclusive, por los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveimiento.

2. DISPONER el envío del presente proceso a la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Nacional, por competencia.

Envíese copia de la presente decisión al Tribunal Nacional para su información.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CALIFICACION PROVISIONAL / RESOLUCION DE ACUSACION / AUTO INTERLOCUTORIO

El artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, modificatoria del artículo 501 del C. de P. P., autorizó al juzgador para variar la calificación provisional de la conducta delictiva, cuando la efectuada en la resolución acusatoria no corresponda a los hechos investigados, o cuando sobrevenga prueba que lo amerite. Por consiguiente, bajo el imperio de dicho precepto legal era perfectamente válido realizar una nueva calificación jurídica de la conducta delictiva antes de la audiencia pública, sin limitaciones de ninguna clase y con absoluta prescindencia de la adecuación típica hecha por el instructor, siempre que se realice por auto interlocutorio y se concediere a los sujetos procesales la oportunidad de pedir pruebas respecto de esta última calificación de la conducta.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., quince de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 25, marzo 10 de 1994.

Vistos:

Se define el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra el fallo emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 18 de agosto de 1992, mediante el cual fue condenado *Hernán Reyes Echeverry*, a la pena principal de ochenta (80) meses de prisión y a las accesorias pertinentes, como autor de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, por hechos ocurridos en detrimento del Banco de Occidente.

La impugnación se admitió mediante proveído del 23 de septiembre de 1992 y las demandas de casación presentadas por el procesado y por su defensor fueron declaradas ajustadas a los preceptos de ley, en decisión del 29 de marzo de 1993.

Hechos y antecedentes procesales:

I. Los hechos fueron resumidos en la sentencia de segundo grado así:

> "Dio origen a la investigación la denuncia presentada por el doctor Eduardo Velásquez en representación del Banco de Occidente contra el señor Hernán Reyes Echeverry por los delitos de falsedad y estafa, anomalías que se venían presentando desde el cinco de enero de 1983, las cuales fueron conocidas por dicha Corporación después de efectuar una conciliación de cuentas sobre el rubro de sucursales y agencias a nivel nacional, llamando la atención una transacción del centro zonal de remesas de Cali, en la cual apareció una nota débito de la cuenta sucursales y agencias, cuenta provisional sucursal Buenaventura del 12 de julio de 1990 por un valor de $ 2.000.000.00, y al verificar su porte contable se encontró una nota crédito de la cuenta corriente número 001-04781-0 a nombre de Hernán Reyes Echeverry, abono por concepto de remesas al cobro. De esta forma se realizaron ilícitamente diferentes notas créditos con el fin de abonarlas a la cuenta corriente del señor Reyes y de tal forma efectuar la defraudación económica al Banco de Occidente, estimada en $ 132.016.734,60.
>
> "El faltante era ocultado con la elaboración de supuestas cartas-remesas no justificadas por sumas iguales a las que sí tenían correcta procedencia, incrementando irrealmente el saldo disponible de la cuenta corriente número 001-04781-0, facilitando el retiro de dinero que no poseía el titular de la cuenta corriente la cual era inflada en los saldos disponibles".

II. Los antecedentes procesales fueron relatados por la Procuraduría Primera Delegada en los siguientes términos:

> "El Juzgado 15 de Instrucción Criminal de Cali, por auto del 15 de noviembre de 1990 abrió la correspondiente investigación penal y vinculó a la misma mediante indagatoria a Hernán Reyes Echeverry. Por medio de proveído del 21 de febrero de 1991 decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del procesado por el delito de hurto agravado.
>
> "Cerrada la investigación, el Juzgado 15 de Instrucción Criminal por providencia del 31 de julio de 1991 profirió resolución de acusación en contra del procesado Hernán Reyes Echeverry por el punible de hurto agravado.
>
> "El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, con fundamento en el artículo 501 del C. P. P. (Decreto 050 de 1987),

por auto del 17 de febrero de 1992 varió la calificación provisional del hecho punible en el sentido de que la resolución de acusación proferida en contra de Hernán Reyes Echeverry lo fuera por los delitos de falsedad documental y estafa, en concurso de hechos materiales homogéneos y heterogéneos.

"Celebrada la correspondiente audiencia pública, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali por sentencia del 27 de abril de 1992 condenó al procesado Hernán Reyes Echeverry a la pena principal de ochenta y cuatro (84) meses de prisión como autor responsable de los reatos de falsedad en documento privado y estafa en concurso material heterogéneo y simultáneo, homogéneo y sucesivo. Además se le impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal y la obligación de pagar como indemnización de perjuicios causados ocasionados con la infracción la suma de ciento veintidós millones dieciséis mil seiscientos veinticuatro pesos con sesenta centavos ($ 122.016.724.60).

"El Tribunal Superior de Cali, al resolver el recurso de apelación que fue interpuesto contra el fallo de primer grado, mediante decisión del 18 de agosto de 1992 le impartió confirmación, pero modificó la pena principal impuesta al acusado en el sentido de fijarla en ochenta (80) meses de prisión.

"Contra la anterior decisión se impetró recurso extraordinario de casación. Determinada su admisibilidad y el ajuste a las disposiciones legales de la demanda presentada, se descorre el presente traslado".

La Procuraduría Primera Delegada solicita en su concepto no casar el fallo impugnado.

Las demandas:

I. Demanda del procesado:

Hernán Reyes Echeverry, en su calidad de abogado y actuando en nombre propio, censura el fallo con fundamento en las causales primera y segunda de casación. Estima procedente la causal primera sobre la base de que el juez instructor profirió en su contra resolución acusatoria por el delito de hurto agravado a sabiendas de que era el propio Banco el que había elaborado los documentos (cheques y notas créditos) que se emplearon para realizar la supuesta defraudación. Por tal motivo considera que se violó en forma directa la ley procesal (sic), concretamente los artículo 36, 37, 38, 39 y 40 del Código Penal y 1º a 16 y 501 y 502 del Código de Procedimiento Penal.

Además, estima procedente la causal primera por el hecho de que la Juez Tercera del Circuito modificó la calificación jurídica de los hechos, adecuándolos a los delitos de estafa y falsedad en documento privado sin que lo hubiera indagado sobre esos cargos y sin que hubiera practicado nuevas pruebas, razón por la cual, agrega, existe contradicción entre el auto enjuiciatorio y la sentencia, violándose de este modo el artículo 36 del Código Penal.

Alega también el procesado que se violaron los artículos 501 y 502 del Código de Procedimiento Penal debido a que cuando se varió la calificación provisional, el proceso no fue abierto a pruebas, por lo que considera incumplido el debido proceso, e infringido también el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la sentencia debe dictarse de acuerdo a la resolución de acusación "que el juez de instrucción dé a los hechos sobre los cuales haya versado el debate público judicial". Finaliza el procesado el desarrollo de la causal primera solicitando "se invalide el fallo mencionado y en su lugar se profiera el que se ajuste a derecho, según lo dispone el artículo 503 de causales objetivas de improseguibilidad...".

Aduciendo la causal segunda de casación, estima el mismo recurrente que no existió prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad, para que pueda proferirse en su contra sentencia condenatoria, tal como lo exige el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal. Agrega el procesado que la denuncia que dio origen a este proceso es alevosa y malintencionada, y seguidamente realiza una crítica a las pruebas allegadas al proceso para finalizar refiriéndose a la sentencia de segundo grado así: "...De acuerdo con los anteriores planteamientos se tiene que el Tribunal Superior no cumplió su misión de juzgador de derecho, pues no aplicó la ley de conformidad con la prueba aportada, saliéndose de los precisos límites indicados en el C. de Co., C. de P. C., Constitución Nacional (favorable y desfavorable), creando injurias y calumnias a diestra y siniestra y resulta que el proceso era falsedad y estafa (sic)...". Por último, solicita a esta Corte "...invalide el fallo y lo adecúe al artículo 226 del C. P. P. que es donde las leyes le confieren facultades y así ajustarlo al derecho —numeral 3º del C. P. P.— (sic)".

II. Demanda del defensor:

Este, por su parte, formula dos cargos contra el fallo de segundo grado con apoyo en las causales segunda y tercera de casación consagradas en el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, el defensor estima procedente la causal tercera en consideración a que la sentencia acusada fue dictada dentro de un proceso viciado de nulidad por haberse incurrido durante su trámite en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y comportan violación del derecho de defensa del procesado.

Sustenta el cargo sobre el hecho de que el Juzgado 15 de Instrucción Criminal profirió acusación contra su defendido por el delito de hurto agravado y posteriormente el Juez Tercero Penal del Circuito varió esta calificación por la de falsedad documental y estafa, sin que para ello hubiera contado con nuevos elementos de juicio por no haberse practicado nuevas pruebas, motivo por el cual considera que su defendido quedó durante el juzgamiento en condiciones de indefensión frente a los nuevos delitos a él imputados, circunstancia que en su opinión constituye violación al debido proceso. Considera el recurrente que lo ocurrido en este proceso no fue una simple variación de la calificación, sino un cambio total de la misma, con lo que se sorprendió al sindicado al cambiársele repentinamente las reglas de juego, incurriéndose en causal de nulidad que ha debido decretarse oficiosamente. Alega además, que la variación autorizada por el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal no puede llegar al extremo de cambiar totalmente la imputación, sino que debe consistir simplemente en una modificación dentro del mismo tipo penal señalado en la acusación, puesto que de no ser así se vulneraría el debido proceso y naturalmente se afectaría el derecho de defensa. Finaliza el desarrollo de esta causal solicitando se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que cerró la investigación.

De manera subsidiaria, el defensor ataca la sentencia de segundo grado con apoyo en la causal segunda de casación, al considerar que la sentencia no fue dictada en consonancia con los cargos formulados en la resolución acusatoria. Para fundamentar este cargo el censor manifiesta, tal como lo hizo en la causal anterior, que si bien el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal autoriza variar o modificar el sentido de la resolución acusatoria, no así faculta para "cambiar totalmente la génesis de un delito y trocarlo el tipo penal en otro muy distinto al que era o fue objeto, afectando el normal desarrollo del proceso, así como el derecho fundamental de la defensa...". Indica el recurrente que al mudar la imputación de hurto agravado por la de falsedad y estafa se posibilitó una sanción, desproporcionada de la conducta, afectándose de manera grave la situación procesal de Reyes, quien había orientado toda su defensa en la etapa instructiva para desvirtuar el hurto, quedando sin mayores alternativas de defensa al momento de ser sentenciado por delitos distintos. En consecuencia, la sentencia no se dictó en consonancia con la resolución acusatoria, razón por la cual solicita a esta Corte casar la misma y en su lugar proferir la que en derecho deba reemplazarla.

Consideraciones de la Delegada y de la Sala:

Conviene anotar que el estudio de los cargos se hará en el orden establecido en las demandas, sin darle prelación a los que invocan la nulidad, en razón de la no procedencia de todas las censuras.

Como bien lo expresa la Procuraduría, el recurso extraordinario de casación es un medio de impugnación que debe reunir precisos y rigurosos requisitos en su proposición, sustentación y resolución. No se trata de una tercera instancia sino que consiste en el examen técnico-jurídico de la sentencia de segundo grado, para lo cual el impugnante debe expresar claramente los motivos de su inconformidad, sustentarlos y demostrarlos a efecto de que la Corte pueda realizar el estudio de las causales invocadas y si lo estima procedente proveer los correctivos del caso.

Observa la Sala que la demanda presentada por el procesado desconoce por completo los requisitos técnicos que debe observar el recurso, como quiera que no cumple con el deber de identificar en forma clara y precisa los fundamentos de las causales que se aducen, sino que contiene una serie de argumentaciones ilógicas e incoherentes que impiden establecer con certeza el sentido de los cargos propuestos contra la sentencia. En efecto, tal como lo aprecia la Delegada, el procesado invoca inicialmente el motivo primero de casación, contenido en el numeral primero —cuerpo primero— del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la violación directa de la ley sustancial. Al respecto expresa este recurrente: *"Causal primera de casación.* Violación directa de la ley procesal. El fallo reclamado en casación viola en modo directo los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del C. P. y artículos 1º al 16 y 501 y 502 del C. de P. P.". Seguidamente critica la valoración probatoria efectuada por el sentenciador y en especial la variación de la adecuación típica para concluir que la sentencia no se encuentra acorde con los cargos formulados en la resolución acusatoria.

La segunda causal aducida por el procesado es la inconsonancia entre la sentencia y los cargos formulados en la resolución acusatoria, pero al desarrollarla en vez de apuntar a la demostración del cargo pasa a referirse a los requisitos exigidos en el artículo 247 del C. de P. P. para proferir sentencia condenatoria y, de otra parte, califica el fallo del Tribunal Superior de Cali como injurioso y calumnioso, lo cual no sólo es impertinente frente a la demostración de la causal aducida, sino que además, resulta impropio y desacertado.

Lo anterior pone en evidencia el absoluto desconocimiento de este recurrente sobre el recurso extraordinario de casación y determina a la Sala a desestimar los cargos formulados.

Respecto de la demanda propuesta por el defensor, se considera lo siguiente:

En primer lugar, la causal tercera aducida por el recurrente no está llamada a prosperar porque el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 501 del C. de P. P., autorizó al juzgador para variar la calificación provisional de la conducta delictiva atribuida al procesado, cuando la efectuada en la resolución acusatoria no co-

rresponda a los hechos investigados, o cuando sobrevenga prueba que lo amerite. Por consiguiente, bajo el imperio de dicho precepto legal era perfectamente válido realizar una nueva calificación jurídica de la conducta delictiva antes de la audiencia pública, sin limitaciones de ninguna clase y con absoluta prescindencia de la adecuación típica hecha por el instructor, siempre que se realizase por auto interlocutorio y se concediere a los sujetos procesales la oportunidad de pedir pruebas respecto de esta última calificación de la conducta.

En el caso que nos ocupa, el juez del conocimiento ciertamente a petición del Ministerio Público, varió la calificación dada por el instructor a la conducta del procesado en la resolución de acusación, pasándola de hurto agravado a falsedad en documento y estafa, en concurso material homogéneo y heterogéneo, al considerar acertadamente que los hechos investigados correspondían en realidad a esta nueva adecuación típica y no a la que equivocadamente había efectuado el instructor. De suerte que el proceder del *a quo* que censura el casacionista, lejos de configurar causal alguna de nulidad, encuentra respaldo en la ley y se ajusta a la realidad de los hechos acreditados en el proceso.

De otro lado, no es admisible el argumento del recurrente según el cual al variarse de tal modo la adecuación típica, se colocó al procesado en estado de indefensión respecto de estos dos nuevos delitos, porque, en primer lugar, se advierte en los autos que después de producida dicha modificación el proceso quedó a disposición de las partes durante tres (3) días para que los sujetos procesales pidieran la práctica de las pruebas que estimaran necesarias; en segundo término, tanto el procesado como su defensor tuvieron la oportunidad de debatir en la audiencia pública esa variación de la adecuación típica, y, por si fuera poco, hicieron uso del recurso de apelación que procedía contra el fallo de primera instancia.

Por manera que el procesado sí gozó de oportunidades para ejercer a cabalidad su derecho de defensa y estuvo rodeado de las garantías procesales consagradas en la ley, por lo que no es de recibo el cargo de nulidad propuesto por el casacionista.

Tampoco resulta admisible el cargo que hace el censor a través de la causal segunda porque, como se explicó anteriormente, la variación de la adecuación típica realizada por el juez del conocimiento tiene asidero legal e implica modificación válida de los cargos por los que debe responder en juicio el procesado y sobre los cuales ha de pronunciarse la sentencia. Y como quiera que en este asunto el sentenciador condenó por los delitos de falsedad en documentos y estafa, que son los mismos delitos por los que se enjuició y respondió en audiencia pública el procesado luego de producida la variación comentada, resulta evidente que no existe la inconsonancia alegada por el recurrente.

Corolario de todo lo anterior y acogiendo el concepto del Ministerio Público, 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, cuya determinación aparece al inicio 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 Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

EXTORSION / HURTO CALIFICADO / COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL

La extorsión, a diferencia del hurto calificado por la violencia requiere que la víctima haga, tolere u omita, siempre voluntariamente, lo que el sujeto activo del delito le exige, independientemente de que su acción se cumpla al momento del constreñimiento o con intervalo de tiempo, es decir, requiere que aquella intervenga y que actúe con autonomía en su propio desmedro patrimonial; mientras que en el hurto la voluntad de la víctima carece de incidencia porque el sujeto activo del delito no cuenta con ella para ocasionarle el menoscabo patrimonial que persigue; y, aunque en ambos casos existe coacción, en la extorsión tiene opción el ofendido de hacer, tolerar u omitir lo que se le exige, o de recibir el daño que le ha sido anunciado; en tanto que en el hurto no hay alternativa porque esa voluntad no ha sido consultada. / Los juzgados regionales actualmente tienen la competencia para conocer de los procesos por el delito de extorsión y sus conexos, solamente cuando la cuantía del atentado patrimonial sea la prevista en la Ley 81 de 1993.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., quince de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 025, marzo 10 de 1994.

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia surgida entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para conocer en segunda instancia de este proceso, en que se acusó a *Juan Diego Alvarez Vásquez* y *John Freddy Hernández* por los delitos de extorsión en cuantía inferior a cinco millones de pesos y concierto para delinquir, cometidos en concurso de hechos punibles.

Antecedentes:

1º Por los meses de noviembre y diciembre de 1990 y enero de 1991 una agrupación conocida como banda de "Los Pimelos", integrada

por jóvenes hombres de la ciudad de Medellín, de la cual hacían parte los aquí procesados, Juan Diego Alvarez Vásquez y John Freddy Hernández Alvarez, y que se dedicaba desde el año de 1988 —cuando al parecer se constituyó— a cometer delitos de distinta clase, tales como hurtos, homicidios, extorsiones, optó por formular exigencias de contenido patrimonial a la familia del ciudadano Ramón Carvajal, consistentes en hacerse entregar, evidenciando que portaban armas de fuego, víveres de un negocio de granero que ella tenía, mediante amenazas contra la vida y contra el patrimonio y la tranquilidad del núcleo familiar, exigencias que se llevaron a cabo en distintas oportunidades por pequeñas cuantías que en total alcanzaron un monto aproximado de ochenta mil pesos ($ 80.000.00), pero respecto de las cuales el denunciante logró una especie de transacción al acceder a partir de una determinada ocasión, a entregarles solamente parte de lo que los acusados le pedían (fl. 26, cuaderno principal 1).

En el proceso obran referencias a un anterior atentado de la misma clase pero sin llegar a la consumación, contra la misma familia y por parte de los mismos individuos, en cuantía de cien mil pesos, así como de diversos homicidios de la misma autoría, ilicitudes todas respecto de las cuales se iniciaron sendas investigaciones por distintos despachos judiciales, de acuerdo a las referencias de autos.

2. La investigación fue iniciada por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Medellín, pero transferida a los entonces Juzgados de Orden Público; y al entrar en vigencia el nuevo C. P. P., calificada por la Fiscalía Regional, con llamamiento a juicio para los dos implicados, por los delitos de extorsión y concierto para delinquir (fls. 54, 55, 99-109, cuaderno principal 1).

3. Producido el fallo de la primera instancia, en el que se les condena por los mismos hechos punibles y apelado por la defensa, el Tribunal Nacional se abstuvo de desatar el recurso por considerar que el delito contra el patrimonio económico que cometieron los implicados no es extorsión sino hurto calificado por la violencia y que el tipo de concierto para delinquir en que incurrieron es el que confiere competencia a la jurisdicción común siendo por tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el que debe conocer del asunto. Le remitió, pues la actuación, planteándole, en caso de no aceptación de sus razones, el conflicto que motiva la intervención de esta Sala, pues que la Corporación destinataria también declinó el conocimiento y trabó la controversia.

Los argumentos del conflicto:

a) El Tribunal Nacional sostiene en el proveído en que declara su incompetencia —y que cuenta con ponderado salvamento de voto por uno de los magistrados de la Sala respectiva—, que al lograr los delincuentes la inmediata entrega de víveres a ellos por parte de sus victi-

mas mediante la coacción armada y la amenaza de causar males a sus personas y bienes en caso de no acceder, cuantas veces acudieron a su reprochable proceder, lo que cometieron fue sucesivos hurtos calificados por violencia moral.

La actitud asumida por los implicados en tales casos, era "una amenaza inminente para la familia,... pues sabían perfectamente la trayectoria delictiva de dichos sujetos y de lo que serían capaces de hacer en caso de que no accedieran a la entrega de las cosas"; y aunque el denunciante en un momento dado reaccionó no accediendo a darles todo cuanto en cada ocasión en que lo hacían su víctima le exigían, sino una parte, la relación de causalidad entre la violencia moral y la entrega persistió y de todas maneras no medió lapso de tiempo entre una y otra, que es a su juicio, la condición característica del delito de extorsión.

Y en lo concerniente al delito de concierto para delinquir que se atribuyó a los implicados, considera que en el proceso no hay prueba incontrovertible de que el objetivo de la ilícita asociación fuera el sicariato o el terrorismo, pues aunque se les señaló por algunos deponentes como autores de varios homicidios, no se demostró que de haberlos cometido hubiera sido a cambio de un precio; tampoco se probó que el concierto fuera para poner en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas a través de medios "capaces de causar estragos". No se trata entonces, del concierto para delinquir previsto en el artículo 7º del Decreto 180 de 1988, sino del tipificado en el artículo 186 del C. P. De igual manera —dice—, aunque se tuvo noticia de que con anterioridad a los hechos de que se ocupa el proceso los mismos implicados presumiblemente habían cometido otro delito de extorsión contra la misma familia, no existe prueba de que el concierto delictivo permanente fuera para cometer extorsiones, de manera que tampoco se les puede atribuir la conducta prevista en el "inciso tercero del artículo 2790 de 1990" (sic). Debió, en consecuencia, conocer del caso en primera instancia un Juzgado Penal del Circuito, y compete, por tanto, al Tribunal Superior del Distrito conocer de la alzada.

b) Por su parte, el Tribunal del Distrito de Medellín, al declinar la competencia afirma que los atentados contra el patrimonio económico de que los acusados hicieron víctima a la familia Carvajal fueron extorsiones, porque ella voluntariamente pero atemorizada por las amenazas que aquellos les formularon, les entregaron víveres en repetidas ocasiones y en las cantidades que ellos exigían; y aunque el denunciante logró oponérseles algunas veces y disminuir en algo esas entregas, la voluntad de hacerlas continuó vigente debido a la coacción preexistente. Además, el concierto para delinquir en que participaban los procesados tenía por objetivos la comisión de una variada gama de hechos punibles, entre estos la extorsión, tal como lo dejan ver los testimonios de los miembros de la familia Carvajal Mazo, de Alejandro Restrepo y de Gloria Bibiana Vargas.

Esta situación, dice, encaja en la competencia prevista para los jueces regionales en el artículo 6º del Decreto 2790 de 1990, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266, artículo 11, de 1991 y con el mismo alcance trasladado al artículo 71-4 del C. P. P.

Advierte que el Decreto 2790 precitado atribuyó el conocimiento en primera instancia a los jueces de Orden Público, de los delitos de extorsión en todas sus modalidades y del concierto para cometerlo; que esta norma fue reproducida en el Decreto 099 de 1991, artículo 1º, numeral 2º. Que más tarde, en julio de tal año, se reiteró esa competencia en el Decreto 1676 de 1991, artículo 9º, numeral 2º y, ratificada con carácter permanente en el Decreto 2271 de octubre de 1991, artículo 6º y reiterada finalmente en el C. P. P., artículo 71 numeral 4º que —asevera— "incorpora todos los delitos definidos en el Decreto 2266 de octubre 4 de 1991, a la competencia de los jueces regionales, con la única excepción del porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

En conclusión, estima, puesto que el concierto ilícito imputado a los acusados era para cometer el delito de extorsión "cualquiera sea la modalidad de ésta y su cuantía" y aquel delito cuando se comete para ese fin es de competencia de los Juzgados Regionales, carece de competencia esa Corporación para desatar el recurso de apelación en este proceso.

Consideraciones de la Corte:

Primer supuesto a establecer en orden a dilucidar la controversia entre las dos Corporaciones trabadas en ella, es el encuadramiento de la conducta de los implicados en el ordenamiento penal.

El procesado da cuenta de que Juan Diego Alvarez y John Freddy Hernández Alvarez efectuaron a partir de noviembre de 1991 y por espacio de tres (3) meses, varias incursiones al granero de propiedad de la familia del denunciante y mediante amenazas contra la vida, la tranquilidad y los bienes de la misma, respaldadas por armas de fuego que portaban y por el temor que infundían en sus víctimas que los sabían integrantes de una asociación o banda, la de "Los Pimelos", dedicada a la comisión de atropellos delictivos de diversa índole, se hicieron entregar víveres en cuantías pequeñas que en total llegaron a un valor aproximado de ochenta mil pesos ($ 80.000.00). También revela el proceso, que en un momento dado el denunciante, Ramón Evelio Carvajal, se opuso a la entrega de la totalidad de los víveres que en cada ocasión le exigían los acusados, y en acto de riesgosa autonomía limitó tales entregas a alguno de los artículos, logrando mantener así a su familia libre del cumplimiento de las amenazas de éstos.

Es evidente entonces, que mediante constreñimiento los acusados obligaron a la familia Carvajal a efectuar la entrega de bienes de su

patrimonio, en provecho ilícito propio o de terceros, y que sólo merced a esa constricción la familia accedió voluntariamente a dejarse esquilmar. No se presentaron los implicados haciendo uso de las armas a apoderarse de los bienes contra la voluntad autónoma de sus víctimas, o a llevárselos aprovechando su ausencia, lo que indica que la conducta que reiteradamente llevaron a cabo fue la de extorsión, en efecto:

Este tipo penal, a diferencia del hurto calificado por la violencia requiere que la víctima haga, tolere u omita, siempre voluntariamente, lo que el sujeto activo del delito le exige, independientemente de que su acción se cumpla al momento del constreñimiento o con un intervalo de tiempo, es decir, requiere que aquella intervenga y que actúe con autonomía en su propio desmedro patrimonial; mientras que en el hurto la voluntad de la víctima carece de incidencia porque el sujeto activo del delito no cuenta con ella para ocasionarle el menoscabo patrimonial que persigue; y, aunque en ambos casos existe coacción, en la extorsión tiene opción el ofendido de hacer, tolerar u omitir lo que se le exige, o de recibir el daño que le ha sido anunciado; en tanto que en el hurto no hay alternativa porque esa voluntad no ha sido consultada.

El breve cotejo de las características de las dos figuras delictivas excluye calificar de reiterado hurto calificado por la violencia —como lo hace el Tribunal Nacional para declarar su incompetencia— el consuetudinario comportamiento de los acusados frente a la familia Carvajal. Ya se vio que voluntaria pero coaccionadamente ella les entregó durante un tiempo todos los víveres que les exigieron, y que esa voluntad de propio desmedro patrimonial inclinada por el temor a los males anunciados por los acusados, persistió aún después de que el denunciante les limitara la cantidad de productos que le pedían en cada oportunidad en que aparecían con tal fin en su negocio, y todo ello equivale ni más ni menos a constreñir a sus víctimas a hacer algo con el propósito de obtener provecho ilícito.

Por cuanto hace al concierto para delinquir, basta observar que los jóvenes delincuentes procesados adoptaron como repetida práctica la realización de extorsiones a la familia Carvajal —lo que según algunas referencias testificales también al parecer hacían con otras personas dueñas de establecimiento de comercio—, para colegir que la asociación delictiva tenía entre sus objetivos la comisión de tal hecho punible.

Ahora bien, como la competencia para el conocimiento del concurso delictual en el caso en estudio, que no obedeció a propósitos terroristas (Decreto 180 de 1988), depende de la cuantía de los delitos contra el patrimonio económico dada la interrelación que para el efecto la ley establece entre esta clase de ilícitos y el concierto para delinquir cuando carece de los mencionados propósitos terroristas, debe verificarse lo que al respecto contempla la legislación pertinente:

Los delitos de extorsión fueron cometidos entre noviembre de 1990 y enero de 1991, esto es, en vigencia del artículo 355 del C. P. y de los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, ambos vigentes desde el 14 de enero de 1991.

El artículo 9º del Decreto 2790, modificado por el artículo 1º del 099, ambos citados, otorgó competencia a los entonces Juzgados de Orden Público para conocer en primera instancia del delito de extorsión en todas sus modalidades y del concierto para cometerlo; a su turno, el Decreto 1676 de julio de 1991, modificó el precitado artículo 9º del 2790 disponiendo en su artículo 3º que tales jueces conocerían de la extorsión en todas sus modalidades y el concierto para cometerla, siempre y cuando su cuantía fuera o excediera de cinco millones de pesos, y también cuando la finalidad de los ilícitos fuera terrorista —en este caso sin consideración a la cuantía—.

A su vez el Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991, mantuvo la referida competencia sujeta a la cuantía al adoptar como legislación permanente, entre otras, algunas normas de los decretos antes mencionados, entre las cuales figura el artículo 3º del Decreto 1676 de julio de 1991 —que a su turno había modificado al artículo 9º, numerales 2 y 13 y su parágrafo del Decreto 2790 de 1990, modificado como había sido por el Decreto 099 de 1991—, véase artículo 6º.

Al entrar en vigencia el nuevo C. P. P. —julio 1º de 1992— e incorporarse a la jurisdicción ordinaria como Juzgados Regionales y Tribunal Nacional los antes denominados de Orden Público, se le atribuyó a aquellos la competencia en primera instancia de los mismos delitos de que se viene hablando —con el nombre de "extorsión y conexos"—, pero supeditada también a la cuantía —ahora calculada en salarios mínimos legales mensuales— que debía ser igual o superior a ciento cincuenta —art. 71—. Esta cuantía permanece hoy por mandato del artículo 9º de la Ley 81 de 1993, modificatorio del artículo 71-4 del C. P. P., ley esta que derogó y subrogó, entre otras, las normas contrarias adoptadas como legislación permanente en virtud del artículo 8º transitorio de la Carta Política, lo cual había sido ya advertido por esta Corporación (Radicación 9045, enero 24 de 1994).

Significa lo anterior, en síntesis, que los Juzgados Regionales actualmente tienen la competencia para conocer de los procesos por el delito de extorsión y sus conexos, solamente cuando la cuantía del atentado patrimonial sea la prevista en la Ley 81 de 1993.

Ahora bien; en el caso que ocupa la atención de la Sala los procesados fueron acusados de delitos conexos contra la seguridad pública —concierto para delinquir—, cuya competencia corresponde al Juzgado Penal del Circuito y, extorsión de mínima cuantía cometida en concurso sucesivo y homogéneo —su total apenas se aproximó a los ochenta mil pesos—, de competencia del Juzgado Penal Municipal; de donde se infiere que, siendo aquél el Juzgado de mayor jerarquía, será el que

deba conocer de la primera instancia de este proceso, tal como lo dispone el artículo 89 del C. P. P., modificado por el 13 de la Ley 81 de 1993, correspondiéndole, por tanto, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la segunda, debiéndose, por consiguiente, dirimir el diferendo en este último sentido, independientemente de las previsiones que para adelantar el proceso deba asumir el Tribunal con miras a enderezar el procedimiento conforme a derecho.

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

Resuelve:

DECLARAR COMPETENTE para conocer en segunda instancia de este proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Por lo tanto, REMITASE el informativo, y con copia de este proveído, INFORMESE al Tribunal Nacional, trabado en el conflicto de competencia que así queda definido.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / JUSTICIA PENAL MILITAR / CONEXIDAD

La declaratoria oficiosa de las nulidades en el recurso extraordinario de casación se convierte en una excepción al principio de limitación, según el cual, el juez de casación sólo puede pronunciarse en relación con los puntos planteados en la demanda, sin que le sea permitido corregir, adicionar o de cualquier manera llenar los vacíos que se presenten en la misma. / La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que quien pretendiera el reconocimiento de una nulidad debe demostrar la existencia de la irregularidad y además probar de que manera afecta derechos sustanciales de las partes. / Si se trata de un asunto de participación en un mismo hecho realizado por diversas personas pertenecientes al Ejército Nacional y a la Policía Nacional, todos sometidos a una misma y única jurisdicción que es la militar, debe darse la conexidad procesal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 25.

Vistos:

Por sentencia del 31 de marzo de 1992 emanada de la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra convocado por la Tercera Brigada de Cali, condenó al sargento primero del Ejército Nacional *Gerardo Peña Infante* y al sargento viceprimero *Jorge Corredor Bernal* a la pena principal de ocho años de prisión como responsables del delito de homicidio preterintencional. En la misma sentencia fueron absueltos *Edgar H. Zambrano Salamanca* procesado por los delitos de homicidio preterintencional y lesiones personales y *Gerardo Peña Infante* y *Jorge Eduardo Corredor Bernal* por los delitos de lesiones personales.

Igualmente fue absuelto Augusto Salguero Sandoval por el delito de homicidio preterintencional.

La decisión anterior fue confirmada por el Tribunal Superior Militar por sentencia del 14 de julio de 1992.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente esta Corporación declaró ajustada a las exigencias legales la demanda presentada.

Se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

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

Hechos:

Ocurrieron en el Batallón "Batalla de Boyacá" el 19 de julio de 1989, cuando se perdió un fusil Galil en manos del soldado Ayrton Solarte Rojas, quien se encontraba ese día prestando servicio de centinela en las horas de la madrugada.

Iniciada la correspondiente investigación se ordenó la práctica de interrogatorios, los que fueron realizados por los comisionados, utilizando la tortura física, valiéndose de golpes, ataduras y sofocación que terminó produciendo en el soldado Solarte Rojas insuficiencia respiratoria que le produjo la muerte y al soldado Oswaldo Ceballos Pazmiño algunas lesiones corporales.

Actuación procesal:

El Juzgado Dieciocho de Instrucción Penal Militar, radicado en Pasto, por auto del 24 de julio de 1989 abrió proceso penal por la muerte del soldado Solarte Rojas y las lesiones de Ceballos Pazmiño, ordenando posteriormente, vincular formalmente a la averiguación al suboficial capitán Edgar Zambrano Salamanca y a los suboficiales Jorge Corredor Bernal, Segundo Augusto Salguero Sandoval y Gerardo Peña Infante.

Escuchados en indagatoria y practicadas múltiples probanzas, les fue resuelta la situación jurídica, con medida de aseguramiento de detención preventiva para los coprocesados Gerardo Peña Infante y Jorge Corredor Bernal; y se abstuvo de proferir medida restrictiva de la libertad a los otros dos sindicados.

Negada la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento y apelada que fue la decisión, el Tribunal Superior Militar al desatar el recurso concluyó con la confirmación del proveído e hizo extensiva

la medida de aseguramiento al capitán Edgar Zambrano Salamanca y al sargento segundo Augusto Salguero Sandoval, en decisión del 6 de diciembre de 1993.

Tramitadas y negadas varias solicitudes de libertad y revocatoria de la medida de aseguramiento, el Comando de la Tercera Brigada con sede en Cali, por resolución del 9 de noviembre de 1990 convocó a Consejo de Guerra Verbal a los procesados por los delitos de homicidio y lesiones personales, que una vez finalizado, fueron acogidos los veredictos de los vocales y se pronunció la sentencia de primera instancia, en la cual se condenó a los suboficiales Gerardo Peña Infante y a Jorge Corredor Bernal y fueron absueltos el capitán Edgar Zambrano Salamanca y el sargento Augusto Salguero Sandoval.

Apelado el fallo y al desatarse el recurso, el Tribunal concluyó con la confirmación de las condenas y declaró contraria a la evidencia procesal los veredictos absolutorios.

Celebrado en debida forma el nuevo Consejo Verbal de Guerra, fueron condenados los suboficiales Peña Infante y Corredor Bernal por el delito de homicidio preterintencional por el cual fueron absueltos; y se ratificó el veredicto de no responsabilidad en torno a los delitos imputados al oficial Zambrano Salamanca y al suboficial Salguero Sandoval, en sentencia del 31 de marzo de 1992.

El Tribunal Superior Militar con proveído del 14 de julio de 1992 confirmó la sentencia de primera instancia.

Los argumentos de la demanda:

Al amparo de la causal tercera de casación el recurrente plantea dos presuntas nulidades, la primera por haberse violado el principio de unidad procesal, y en este caso concreto, por lo decidido en el auto del Tribunal Superior Militar del 6 de diciembre de 1989 cuando se ordenó en el numeral tercero de la parte resolutiva lo siguiente:

"Revocar el punto segundo de la parte resolutiva de la providencia impugnada y en su lugar disponer que las situaciones legales relacionadas con los sindicados, agentes de la Policía Nacional, Diego Efrén Chávez, Vicente Moran Chamorro, Edgar Narváez Mora, y Edgar Rodrigo Cuéllar sean definidas dentro de este mismo proceso y en consecuencia disponer que el Juzgado Dieciocho de Instrucción Penal Militar, solicite al comandante del Departamento de Policía de Nariño, las copias allí mencionadas, si ya hubieren sido compulsadas para que sean agregadas a este expediente".

Concluye el libelista, que con el incumplimiento de lo allí ordenado se vulneraron principios constitucionales y "Como consecuencia de esta violación de normas superiores, se refleja igual quebrantamiento de

las disposiciones reglamentarias de las mismas, como consta en los artículos 482 y siguientes, 303, 296 (favorabilidad), 294 (*in dubio pro reo*), 286 (derecho de defensa) del C. P. M., normas de orden público referentes al procedimiento penal militar, la competencia, la acumulación, la unidad del proceso, cuando los comprometidos son idénticos o se trata de los mismos hechos".

De los anteriores razonamientos concluye en la existencia de la nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 464 del C. P. M., "al presentarse una irregularidad en el procedimiento aplicado en la investigación".

Plantea una segunda causal de nulidad, consistente en su criterio, en la violación del artículo 29 de la actual Carta Política. Cita una jurisprudencia de la Corporación de 1970 y de ella concluye que el actual artículo 29 contiene cuatro garantías, que fueron las deducidas jurisprudencialmente del artículo 26 de la C. N. de 1886 a) preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) legalidad de la jurisdicción; c) observancia plena de las formas propias del juicio; d) aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto atribuido).

De la premisa anterior concluye que "La sentencia recurrida inobservó lo establecido en los artículos 303, 482 y siguientes, 296 (favorabilidad), 294 (*in dubio pro reo*), 286 (derecho de defensa) del C. P. M., normas de orden público referentes al procedimiento penal militar, la competencia, la acumulación, la unidad del proceso, quebrantando así el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886 y 29 de la Constitución Nacional de 1991, que exige la observancia de las reglas prescritas y de un juicio sin dilaciones, por lo que resulta inadecuado el encuadramiento antijurídico dado tanto al sumario como al juicio".

Más adelante afirma que la acumulación es un proceso o forma de juicio indicado en la Constitución y en la ley y es una garantía básica consagrada en favor del sindicado, preservando el normal desarrollo de la administración de justicia "pues con ello se afecta el orden público entero por inobservancia de las formas propias de cada juicio, pues ello implicaría anarquía y dejar en manos del criterio judicial el establecimiento de forma individual de juicio. Por ello considero que se ha configurado una nulidad supralegal".

Termina solicitando se declare la nulidad plantcada.

El criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Inicia su concepto diciendo que se trata de una demanda muy deficiente, por dejar de lado no sólo las exigencias técnicas, sino las reguladas en la actual norma procesal, en relación con las nulidades.

Luego, sostiene que el libelista "sin orden ni acierto por diferentes causales de nulidad, sin decidirse a alegar en concreto una de ellas, pues los vicios de trámite que advierte los desenvuelve, indistintamente, como vulneradores del debido proceso, ora del derecho a la defensa, más tarde como violatorios de las formas propias del juicio o faltas de competencia, sin olvidar que también los estructura como demostración de una inadecuada administración de justicia y los señala como atentatorios contra el principio de celeridad de las actuaciones judiciales. Es tal la desconfianza a sus propias proposiciones".

Destaca, que aduce el censor, también la falta de competencia del instructor pero no precisa, ni por su contenido ni por su nomenclatura las normas que estima violadas, ni demuestra la supuesta falta de competencia que predica del investigador y reconoce en el fallador.

Dentro de los falencias técnicas que reseña el representante del Ministerio Público, afirma que el libelista olvida de confrontar el principio de unidad procesal con las disposiciones legales aplicables y por ende con la previsión legislativa de que la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, salvo que se afecte el derecho de defensa.

Reconoce que si bien la demanda se fundamenta en un hecho anómalo, no entraña la calidad de irregularidad sustancial que afecta la validez del proceso y precisa que en el auto en el que se ordenó el adelantamiento de la investigación contra militares y policías por una misma cuerda, se trata en realidad de una decisión interlocutoria en la que se resolvieron diversos asuntos, entre ellos el destacado anteriormente en el numeral tercero, pero que en relación con este punto el presidente de la Corporación y dos de los magistrados que la firman salvaron el voto y que en tales circunstancias en realidad lo que aparece como formalmente decidido ha debido ser en realidad el salvamento de voto y lo que aparece como tal, debió ser la decisión y lo lleva a concluir que "Es pues evidente, que en la decisión interlocutoria ahora atacada por el recurrente, hubo una incorrección, en tanto que la disidencia respecto de la orden de expedir copias a las autoridades penales militares de la Policía Nacional, no estaba constituida por el presidente del Tribunal y los dos magistrados que salvaron su voto, quienes hacían mayoría, sino por el magistrado ponente quien, en este punto, no contó con el apoyo de los demás jueces".

Dice, que de lo anterior se vislumbra con claridad que la decisión tomada por la Sala era totalmente contraria a la consignada en el numeral tercero de la parte resolutiva, y que el verdadero contenido material de la determinación era mantener separadas las investigaciones por estimarlas sometidas a diversas competencias (militar y policiva), en tales circunstancias esa anomalía, carece de trascendencia en el proceso.

Considera igualmente que si bien es cierto que la ley no hace una diferenciación en cuanto a la competencia de los jueces de ins-

trucción penal militar, asignando unos al ejército, otros a la armada, otros a la fuerza aérea y otros a la policía, estima que en el artículo 357 del C. de P. M., entrega a los jueces de instrucción la competencia de todos los delitos y en el artículo 329 se señalan las competencias de juzgamiento para los diversos jueces de primera instancia; haciendo diferencia de las mismas.

Argumenta, que tal situación no conlleva a la predicada ausencia de competencia, pues si las actuaciones han de ser destinadas a diversas competencias de juzgamiento, el que se separen desde la instrucción, no puede constituir irregularidad que imponga la anulación de lo actuado.

Que, se debe recordar también, que las normas del proceso ordinario informan las del Código Militar y allí se prevé que el rompimiento de la unidad procesal no genera nulidad.

Finaliza sosteniendo, que como está evidenciado no se vulneró el derecho a la defensa, y por ello, no hay lugar a declarar la nulidad solicitada y por tanto termina sugiriendo a la Corte no se case la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Sala:

Como parte de la alegación vertebral de la demanda consiste en la existencia de una presunta nulidad por haber desobedecido el inferior lo ordenado por el Tribunal Superior Militar en el numeral 3 de la parte resolutiva del auto del 6 de diciembre de 1989, por medio del cual se determinó: "Revocar el punto quinto de la parte resolutiva de la providencia impugnada y en su lugar disponer que las situaciones legales relacionadas con los sindicados, agentes de la Policía Nacional Diego Efrén Chávez, Vicente Moran Chamorro, Edgar Narváez Mora y Edgar Rodrigo Cuéllar, sean definidas dentro de este mismo proceso y, en consecuencia, disponer que el Juzgado Dieciocho de Instrucción Penal Militar solicite al Comando del Departamento de Policía de Nariño las copias allí mencionadas, si ya hubieren sido compulsadas, para que sean agregadas a este expediente".

En relación con este punto debe precisarse que hubo un gran equívoco por parte de los magistrados que integran el Tribunal Superior Militar, porque si se observan sus rúbricas de los cuatro integrantes que tomaron la decisión "salvan el voto" el presidente y dos de los magistrados y luego aparece una aclaración de voto firmada por los tres disidentes.

Es claro, que con la descripción de los hechos anteriores la decisión fue de la mayoría y quien en realidad ha debido salvar o aclarar el voto, debió ser el sustanciador, quien era la minoría en la Sala de

Decisión. En este tipo de casos lo normal es que estando todos de acuerdo en cuanto al resto de los puntos decididos, la providencia tenga dos ponentes; el inicialmente sorteado para redactar el texto de la providencia en la que están todos de acuerdo y un nuevo ponente por orden alfabético entre los que hacen la mayoría, para redactar el punto sobre el que el ponente en minoría no estuvo en desacuerdo.

Si se observa la aclaración de voto, se encontrará que la mayoría de sus integrantes, entre los argumentos dados para mostrar la inconformidad con el ponente, arguyen: "Los demás miembros de la Sala estuvieron de acuerdo respecto de los numerales 1 y 2 de la parte resolutiva de la ponencia *mas no en el punto relativo a que las situaciones legales de los agentes de la Policía Nacional, por considerar que en desarrollo del principio del juez natural, ellos deben ser juzgados por el comandante del Departamento de Policía 'Nariño' por así preverlo el artículo 354 del actual Código Penal Militar*" (las subrayas son de la Sala).

En aparte posterior la mayoría consignó lo siguiente: "Estimamos además que no es del caso presentar a consideración de la Sala un nuevo proyecto de providencia porque en la presentada por el honorable magistrado Fabio Jiménez Ortiz se decidió lo relativo al recurso de apelación y se ordenó la detención preventiva del capitán Edgar Zambrano Salamanca y sargento segundo Augusto Salguero Sandoval; es decir, que hubo providencia, como tal deben cumplirse los numerales primero y segundo, *mas no el tercero por las razones explicadas*" (la subraya es de la Sala).

De lo anterior se ha de concluir que en realidad lo decidido por la mayoría era que a pesar de tratarse de unos mismos hechos, los miembros del ejército debían seguir siendo investigados por su juez natural, esto es el comandante de la Tercera Brigada, como juez de primera instancia, mientras que los miembros de la Policía Nacional debían de ser investigados y juzgados por el comandante de Policía de Nariño, donde estaban adscritos los sindicados de ese cuerpo.

Se presentó en este caso un lamentable yerro técnico por parte del Tribunal Superior Militar, inexcusable en una Corporación que se supone integrada por miembros de la más vasta experiencia judicial; error que suficientemente aclarado como lo está siendo, no tiene la más mínima incidencia en cuanto no afecta la legal tramitación de este proceso, porque como ya se vio, lo realmente decidido por la superioridad fue que a pesar de existir unidad de hechos, estos debían ser investigados por separado, los policías de un lado y los militares por el otro.

Pese al antitecnicismo destacado, fue claro para los integrantes de la Corporación que lo resuelto por ellos, era que debían de adelantarse dos procesos por los mismos hechos y que por tanto el punto tercero de la parte resolutiva no debía de cumplirse.

Pero si aún lo decidido por el Tribunal Militar, hubiera sido determinar que todos los procesados indistintamente pertenecientes a la policía o al ejército debían de ser juzgados en un mismo proceso, tampoco se presentaría la nulidad demandada porque debe recordarse lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 88 del actual Código de Procedimiento Penal, al establecer que: "La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales".

Postulado, que no es nuevo en la legislación procesal, porque en el Código de 1987, vigente en el momento de la ocurrencia de los hechos que son motivo de juzgamiento, existía disposición similar al establecerse en el artículo 14 en su parte final: "Sin embargo, la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte el derecho de defensa".

Volviendo al texto de la demanda, es preciso concluir con el señor agente del Ministerio Público, que el libelista no cumple con las exigencias técnicas establecidas jurisprudencial y legalmente para la declaratoria de las nulidades en el recurso extraordinario de casación.

Débese recordar que desde hace mucho tiempo esta Corporación de manera uniforme y reiterada ha venido sosteniendo que la declaratoria oficiosa de las nulidades en el recurso extraordinario de casación se convierte en una excepción al principio de limitación, según el cual, el juez de casación sólo puede pronunciarse en relación con los puntos planteados en la demanda, sin que le sea permitido corregir, adicionar o de cualquier manera llenar los vacíos que se presenten en la misma; pero esta excepción reconocida jurisprudencialmente tiene su plena explicación política, porque si el recurso de casación es un juicio a la sentencia, para efectos de garantizar la legalidad de la misma y del proceso, en cuanto se señalan como fines del recurso entre otros los siguientes: "...la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal..."; en tales circunstancias es lógico que advertida por el Tribunal de Casación de una irregularidad sustancial que afecte los derechos de las partes o la estructura del proceso, declare de manera oficiosa la nulidad.

Pero el reconocimiento jurisprudencial anterior no ha significado que el planteamiento de la nulidad por los recurrentes en casación sea de libre formulación, porque igualmente de manera reiterada y uniforme, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que quien pretendiera el reconocimiento de una nulidad debe demostrar la existencia de la irregularidad y además probar de que manera afecta derechos sustanciales de las partes.

Entre las decisiones existentes en tal sentido puede recordarse las siguientes:

"a) El recurrente deberá señalar con toda la claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: Falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, o falta de motivación de la sentencia.

"b) Con relación a cada uno de los eventos mencionados, deberá indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estime infringidas, así:

"Cuando se trata de falta de competencia, deberán darse las normas por las cuales se considera no haber sido competente el funcionario que reconoció del proceso, diciendo por qué la falta de competencia tiene prevista como sanción legal la nulidad teniendo en cuenta la etapa procesal en que ella se haya dado, y las decisiones que dentro del proceso se hayan tomado por las autoridades encargadas de dirimir los conflictos que se hubieran suscitado por esta causa.

"En el caso de violación del debido proceso, se debe establecer la comprobada existencia de una irregularidad sustancial, que no son las que afectan la estructura que tipifica el sistema mixto que lo informa. Tales, por ejemplo, la falta de apertura de la investigación; de vinculación del procesado; de existencia de una etapa de investigación y otra de juicio, y de una etapa probatoria y de una audiencia pública dentro de éste; de formulación de cargos; de sentencia, y de posibilidad de recurrir a una segunda instancia, cuando no se trate de procesos de única instancia.

"En la violación del derecho de defensa se deberá determinar la actuación procesal que se considera lesiva, especificando la norma que se viola, y determinando con precisión la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado.

"Cuando se trate de violación del principio de legalidad, en la demanda se deberá determinar la ausencia de norma sustantiva con relación al delito o a la pena a que se refiera la sentencia, en el momento en que ocurrieron los hechos.

"Si se alega la falta de aplicación del principio de favorabilidad, se deberá determinar no sólo la norma que fue indebidamente aplicada, sino la que se debe aplicar en su reemplazo, dando las razones jurídicas para ello.

"Si lo que se cuestiona es la falta de motivación de la sentencia, se deberá determinar con toda claridad cuáles de las decisiones en ella contenidas son las que carecen de tal

fundamentación, no olvidando que según reiterada jurisprudencia de la Corte para estos efectos la resolución acusatoria y la sentencia, y las sentencia de primera y segunda instancia, deben ser consideradas como una unidad, en aquellos puntos en que las decisiones sean proferidas en el mismo sentido.

"Este mismo tipo de análisis debe realizarse en cualquiera otra causal de nulidad que se proponga.

"Si la causal de nulidad alegada no reúne estos requisitos, es decir, no se especifica dentro de ella el evento o los eventos concretos que la constituyen, o si la argumentación desarrollada no corresponde a la naturaleza del evento respectivo, el cargo no podrá prosperar.

"Igual ocurre si el argumento no se desenvuelve a plenitud, constituyendo una proposición jurídica incompleta, pues la Corte no puede sustituir al recurrente en el desarrollo de una demanda. Tal ocurriría, por ejemplo, cuando se alega violación del derecho de defensa, si se demuestra la existencia de una irregularidad dentro del proceso, pero no se establece la incidencia que ella haya tenido en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado" (sent. cas. 30 enero de 1990. M. p. Jaime Giraldo Angel).

"Sobre el mismo tema en otra ocasión se sostuvo:

"En efecto, en orden al tema de nulidades se han deducido por la doctrina y la jurisprudencia sus características específicas, que devienen de la aplicación práctica del derecho y su sola consagración normativa; dentro de ella, se encuentra el principio de la trascendencia, según el cual la nulidad no puede ser declarada por el solo interés de la ley, sino que, como medida procesal que es, debe servir a los propósitos de juzgamiento, esto es, a la protección de las garantías de los ciudadanos sometidos a juicio, que es el interés y la razón misma del procedimiento.

"Una actuación penal no se adelanta para desarrollar la ley, no es estática ni ideológica; es una manifestación del estado dirigida contra un sujeto determinado para un propósito específico y que como tal, está ceñida a estrictas reglas que sólo tienen su real importancia cuando están orientadas a asegurar al ciudadano el respeto a sus garantías, y a consagrar derechos que pueden ser reclamados por el procesado en tanto que con su inobservancia se lesionen los principios constitucionales que lo amparan. No se refieren estas garantías exclusivamente al derecho a la defensa, es cierto, sino que abarca también la estructura misma del proceso, es decir, que procede alegar la nulidad incluso cuando se quebranten

en tal grado las formas de la actuación, que revelen la creación de procedimientos extraños a los consagrados en la ley como manifestación del arbitrio del juzgador, como sería el omitir la diligencia de audiencia pública cuando las normas del derecho la establecen como obligatoria.

"Los errores, las incorrecciones, las medidas tendientes a lograr el éxito de un proceso que no revelen lesión a los derechos del procesado y que no pongan en peligro la estructura básica del proceso, son irregularidades que no tienen capacidad de trascender a la decisión final, y que por ello no constituyen nulidad de ninguna especie. El análisis de la norma no puede, como lo reclama el demandante, estar alejado de la realidad, de las incidencias mismas del caso específico" (Sentencia del 20 de junio de 1989. M. p. Edgar Saavedra Rojas).

Pero lo que antes era un pronunciamiento judicial, hoy tal jurisprudencia se ha convertido en texto legal al establecerse en el artículo 308 del C. de P. P., en el numeral segundo que "Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".

Por ello, no es explicable el hacer consistir la nulidad en el rompimiento de la unidad procesal y en el presunto desobedecimiento a la orden del Tribunal Superior Militar y en la demostración de la posible irregularidad, se diga que se violaron los artículos 482 y siguientes, 303, 296, 294, 286 del C. P. M., cuando claramente se advierte que el contenido de las normas citadas, nada tienen que ver con la irregularidad demandada porque el artículo 482 y siguientes, tienen que ver con el fenómeno jurídico de la acumulación, y el censor tiene confusiones conceptuales sobre esto, porque en el caso presente nos encontramos frente a un hecho sobre el que existía la posibilidad de investigarse por una misma cuerda por tratarse de un fenómeno de coparticipación, pero no precisamente de una acumulación, en la que no es indispensable que haya conexidad ni coparticipación y se produce sólo "desde que se dicte la resolución de convocatoria hasta la formulación de cuestionarios" que no es el caso que aquí se debate; el 296 tiene que ver con el principio de favorabilidad, sin afectar el caso presente, porque se haya investigado separadamente y no conjuntamente como pretende el censor; el 294 tiene que ver con el principio del *in dubio pro reo*, que como es apenas lógico entenderlo tampoco se afecta por la forma como en este caso se investigaron los hechos motivo de juzgamiento; y el 286 tiene que ver con el derecho de defensa que no ha sido afectado para ninguna de las personas que han sido juzgadas en este proceso y que no se afectó por la forma en que el mismo se tramitó.

Sostiene el impugnante que se vulneró el principio de la unidad procesal consagrado en el artículo 303 del C. P. M., pero la verdad es que como se vio en la parte inicial de los considerados, se trata de un problema interpretativo en el que la mayoría de la Sala del Tribunal Militar estuvo de acuerdo que pese a existir unidad de hecho, por ser miembros los partícipes unos del ejército y otros de la policía, debían de ser juzgados por sus respectivos jueces naturales.

Los problemas de competencia en cuanto a los jueces penales militares en el período instructivo no existen porque independientemente en que los partícipes sean del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea o de la Policía y sin importar el sitio de la ocurrencia de los hechos, los jueces de instrucción penal militar tienen competencia plena de acuerdo a lo previsto en el artículo 357 del C. P. M.: "Los jueces de instrucción penal militar tienen competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar, cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho". El problema no es tan simple a nivel de juzgamiento, porque los artículos 329 y 334 consagran los jueces de primera instancia para el Ejército; los artículos 335 y 343 para la Armada; y los artículo 344 y 347 para la Fuerza Aérea. Los artículos 348 y 351 consagran otros jueces de primera instancia, especialmente para el juzgamiento del director de la Escuela Superior de Guerra, para los oficiales destinados al Ministerio de Defensa, al Cuartel General del Comando General de las Fuerzas Armadas, para los oficiales de la Casa Militar de Palacio y otros miembros de las Fuerzas Armadas que no están ubicados dentro de los principios generales de competencia; y los artículos 352 y 355 señalan los jueces de primera instancia para los miembros de la Policía Nacional.

Por su parte la Constitución en su artículo 235, numeral 4, establece en la Fiscalía General de la Nación la competencia instructiva y de acusación, y en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la de juzgamiento para los delitos cometidos por los generales y almirantes de la fuerza pública.

Es con base en la normativa anterior, que la Sala Mayoritaria consideró que dentro de la especialidad de cada uno de los miembros de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional tenían sus propios jueces naturales, es decir, el derecho a ser juzgados por miembros de la propia fuerza a la que pertenece el procesado.

De manera lamentable existe un gran vacío en la normatividad procesal militar a este nivel, porque excepto la regulación de la acumulación de procesos, no existe nada relacionado con los fenómenos de conexidad procesal, bien por coparticipación o por concurso delictivo.

Pero es una realidad que como en el caso bajo estudio se puedan presentar hechos delictivos cometidos por miembros de las diversas

ramas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y en tal situación, es indispensable resolver si ha de conservarse la unidad procesal, o por el contrario es de aquellos casos en que debe romperse. Primero que todo debe advertirse que el reconocimiento constitucional de la justicia castrense (art. 221) tiene su explicación en la singular especialidad de las labores realizadas por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y por ello, se ha determinado con precisión que la competencia de la misma radica exclusivamente para los "Delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio..."

La anterior norma concordada con la parte final del artículo 213 de la Carta Política en la que se establece: "En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar", delimita con claridad y precisión el ámbito de competencia de la justicia penal militar y de tales preceptos constitucionales se podría concluir que no existe impedimento de esta naturaleza para que un juez penal militar determinado, pudiera conocer de hechos delictivos realizados por miembros de las otras ramas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, siempre y cuando se hayan ejecutado por miembros en servicio activo y en relación con el mismo.

Recuérdese que en la etapa instructiva jueces penales militares tienen competencia, para conocer de todos los delitos asignados a esa jurisdicción.

Es claro que como ya se precisó con anterioridad, quiso el legislador que los miembros de cada rama especializada fuesen juzgados por sus superiores naturales; pero como igualmente ya se adelantó, no fue prevista la posibilidad de concursos delictivos con participación de miembros pertenecientes a diversas ramas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

La unidad procesal consagrada en el artículo 303 del C. P. M., la establece de la siguiente manera: "Salvo los casos de conexidad y las excepciones constitucionales y legales, por cada hecho punible se adelantará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes".

Y dentro de los argumentos a desarrollar, es preciso, recordar que en el artículo 302 del mismo texto consagra el principio de integración según el cual: "Son aplicables al procedimiento penal militar, en cuanto no se opongan a lo establecido en este Código o en leyes especiales, las disposiciones contenidas en los Códigos de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil".

Es claro que en el caso presente no se da una excepción de carácter constitucional que justificase la existencia de dos procesos separados a pesar de la unidad de hechos, porque todos los implicados en el fenómeno de participación, tienen el fuero constitucional de la justicia

castrense, situación que es diversa cuando se presenta un problema de coparticipación delictiva entre quien tiene fuero constitucional, un congresista o un militar y quien no lo tiene, esto es una persona que no tiene tal investidura, caso en el cual es imperativa la existencia de dos procesos, uno para el que tiene fuero consiitucional y otro para quien no lo tiene.

En el caso presente no se está en presencia de fenómenos de participación o conexidad en hechos delictivos cometidos por personas que tengan fuero constitucional o que estén sometidas a diversas jurisdicciones, pues todos los procesados están sujetos a la justicia penal militar que como tal es única y, no podría pensarse en una jurisdicción policiva, en una para los miembros del ejército y así sucesivamente para los demás integrantes de las fuerzas armadas.

El Decreto 1861 de 1989 y ahora en el artículo 90 del actual Código del Procedimiento Penal, reformado por el artículo 14 de la Ley 81 de 1993 consagran los casos específicos en los que la unidad procesal se rompe y algunos de ellos allí previstos en la norma actualmente vigente son los siguientes: 1. "Cuando en la comisión del hecho punible intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista un fuero constitucional o cuyo juzgamiento esté atribuido a una jurisdicción especial". No es este el caso porque como ya se precisó con anterioridad todos los partícipes son miembros del ejército y de la policía en servicio activo y por hechos delictivos cometidos en razón del mismo servicio y por tanto todos están sometidos a la jurisdicción castrense por expresa disposición constitucional. 2. "Cuando la resolución de cierre de investigación a que se refiere el artículo 438-A de este Código o la resolución de acusación no comprenda todos los hechos punibles o a todos los copartícipes". Tampoco es el caso que se debate en este proceso, porque el problema no se presentó en el momento de la convocatoria a consejo de guerra, sino en la etapa sumarial. 3. "Cuando se decrete la nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los sindicados o de los hechos punibles". Tampoco en este proceso se da la hipótesis contemplada en la norma, porque en este asunto, no se ha declarado ninguna nulidad que afecte a uno de los hechos punibles o a uno de los procesados.

No es del caso analizar las otras causales de rompimiento de la unidad procesal previstas en los otros 4 numerales del artículo comentado porque son fenómenos procesales completamente ajenos al caso *sub judice*.

En principio nos encontramos entonces en uno de aquellos casos donde es evidente que debe darse la conexidad procesal, porque se trata de un asunto de participación en un mismo hecho, realizada por diversas personas pertenecientes en ese momento al Ejército Nacional y a la Policía Nacional, todos sometidos a una misma y única jurisdicción que es la militar.

Se ha dicho por la doctrina que la conexidad procesal tiene su justificación por distintas razones y motivos y entre los argumentos más comunes encontramos los siguientes: a) la unidad de prueba, porque de manera general en los casos de concurso y participación, la misma prueba que sirve para demostrar el cuerpo de uno de los delitos, puede servir de base para los otros y así también, el medio de convicción que sirve para demostrar la autoría o responsabilidad respecto a uno de los partícipes, puede servir para probar la de los demás copartícipes; b) la economía procesal, porque es evidente que teniendo en cuenta lo expresado con anterioridad, la conexidad procesal evita la duplicación de esfuerzos investigativos, que serían de absoluta necesidad al tener que practicar muchas veces las mismas pruebas en los varios procesos que se adelanten por los mismos hechos; y c) la necesidad de evitar fallos contradictorios sobre unos mismos hechos, que es de una trascendencia política inconmensurable, porque en un Estado democrático que aspira a concretar la justicia y la igualdad real sobre todos los ciudadanos, sería inexplicable, que respecto a unos mismos hechos se pudieran presentar fallos contradictorios y en un proceso determinado, unos partícipes resultasen condenados y en otros, fuesen absueltos.

En la justicia ordinaria al igual que en la castrense, están precisamente delimitadas las competencias por factores como la naturaleza de los hechos y el factor subjetivo, para citar únicamente los que para el caso nos interesan pero se encuentran igualmente previsto que en casos de conexidad el funcionario de mayor jerarquía adquiere la competencia para conocer de los delitos conexos, en principio adscritos al conocimiento de funcionarios de menor jerarquía, de conformidad a lo que se establece en este sentido, el inciso primero del artículo 89 del C. de P. P., reformado por la Ley 81 artículo 13, e igualmente sucede, cuando se presentan fenómenos de conexidad en los cuales los procesados se encuentren sometidos a diversas competencias por tener alguno de ellos fuero legal especial, caso en el cual, el funcionario que tiene la competencia para conocer del delito de quien tiene furo legal, adquiere la competencia para conocer los ilícitos cometidos por quienes no lo tienen, tal como se dispone en el artículo 89, inciso segundo.

Igual solución se le da al problema cuando la conexidad es entre hechos punibles sometidos a la competencia de los jueces regionales y de cualquier otro funcionario judicial, situación en la cual la competencia plena la adquiere el juez regional, de conformidad a la previsión del inciso tercero del artículo 89 ya citado.

Si en el caso *sub judice* nos encontramos en presencia de un evento en donde todos los partícipes están sometidos a la justicia castrense, y que no existe causal para el rompimiento de la unidad procesal, es claro entonces concluir que presentándose acontecimientos como el que aquí es motivo de juzgamiento, debe conservarse la unidad

procesal y al no existir norma procesal en el C. P. M., que resuelva este tipo de casos, ni tampoco para determinar la competencia en el caso de coparticipación de miembros de una misma fuerza, pero sometidos a jueces de diversa categoría en virtud de los diversos grados jerárquicos de los comprometidos en la coparticipación; es indispensable que recurriendo al principio de integración de la normatividad penal militar con la del C. de P. P., se resuelva el evidente vacío que en el establecimiento de este tipo de competencias presenta el Código militar.

Si se tiene en cuenta que en la justicia penal militar todos los jueces son de la misma categoría, a un mismo nivel no puede pensarse en que existan jueces de superior categoría, porque siendo por ejemplo los comandantes de fuerza jueces de primera instancia en determinados casos todos ellos son de igual categoría y en el ejemplo dado los comandantes del ejército (art. 329), de la armada nacional (art. 335), de la fuerza aérea (art. 344) y director de la Policía Nacional (art. 352), al ser de idéntica categoría no podría pensarse en la posibilidad que el del ejército fuera de superior categoría a los demás.

En tal caso el vacío existente no podría resolverse con la aplicación de las previsiones del artículo 89 del C. de P. P., en cuanto establece la competencia en el funcionario de mayor jerarquía, sino que debe resolverse en virtud del factor subjetivo, esto es teniendo en cuenta la jerarquía militar que tengan las personas que son objeto del juzgamiento, debiendo juzgarlas a todas el juez de primera instancia que tenga la competencia para conocer de los hechos delictivos cometidos por el que tenga mayor graduación en la escala militar.

Para abundar en razones, débese recordar que la competencia exclusiva por razón del arma a que se pertenezca sólo subsiste en primera instancia, porque a nivel de segunda, y del recurso extraordinario de casación, y de la acción de revisión, la competencia se unifica, puesto que independientemente del juez que haya producido la decisión de primera instancia (ejército, armada, fuerza aérea o policía) todos los fallos de segunda instancia se unifican en el Tribunal Superior Militar, e igual sucede en la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior es lógico porque siendo una, la jurisdicción militar no puede pensarse que la división especializada de la primera instancia se conservase hasta el vértice final de la jerarquía, como si en realidad se tratase de diversas jurisdicciones, cuando se sabe que por precepto constitucional, esta es una a nivel de los delitos cometidos por militares o policías en servicio activo y en relación con el servicio.

Como conclusión de las consideraciones precedentes, habría de precisarse que en este caso particular y en los similares que se presentaren, debe conservarse la unidad procesal y que el competente para el juzgamiento de todos los partícipes será el juez que tenga la competencia para juzgar al sindicado de mayor jerarquía.

Lo anterior con las excepciones de fuero constitucional que se le confiere a los más altos jerarcas de las Fuerzas Militares.

Los lineamientos generales de interpretación, para fijar la competencia en este tipo de casos, dando aplicación al principio de integración con normas del Código de Procedimiento Penal, coincide con lo dispuesto en el decreto reglamentario del Código Penal Militar (Decreto 1562 de 1990) mención que no comporta consideración alguna sobre su constitucionalidad, cuando dispone en el artículo 23: "El Comandante General de las Fuerzas Militares como Presidente del Tribunal Superior Militar, tendrá las siguientes atribuciones:

"1. ... ...

"8. Designar al juez único cuando se presente concurrencia de jueces de conocimiento en razón de los factores en que estriba la competencia en la Jurisdicción Penal Militar.

"9. ... ..."

Es extraño que siendo el Comandante General de las Fuerzas Militares el Presidente del Tribunal y firmante de la decisión cuestionada, haya tomado camino diverso al señalado por la normatividad que se comenta, pero el aspecto no entraña consecuencia distinta a consignar esta observación que pretende evitar confusiones futuras, pues no sobra repetir nuevamente que a pesar de no haberse respetado la unidad procesal no es del caso decretar una nulidad, porque así expresamente estaba previsto en la normatividad procesal, vigente en el momento de la ocurrencia de los hechos y es la que actualmente regula el trámite de los procesos.

Siguiendo los planteamientos de la demanda, se observa con perplejidad que el censor considera que por haberse roto la unidad procesal se vulneraron los artículos 58, de la Constitución de 1886 y los artículos 228 y 230 de la Carta Política vigente, y de la enumeración del artículo anterior se entiende la afirmación del procurador delegado, cuando al referirse a la demanda sostiene que "sin orden ni acierto", porque si se observa el artículo 58 de la anterior Constitución era el que determinaba cuáles corporaciones administraban justicia. El 228 de la actual es el que afirma que la administración de justicia es una función pública, establece la independencia judicial, la publicidad de su actuación y la prevalencia del derecho sustancial y el 230 es el que regula que los jueces en sus providencias sólo están sometidos a la ley y que la jurisprudencia y la doctrina, son simples criterios auxiliares.

De lo anterior se concluye con facilidad que nada tiene que ver que se haya o no roto la unidad procesal, para que como consecuencia de la misma pueda predicarse la violación de las normas a que se hace referencia.

El equívoco del censor es que considera que los inferiores desobedecieron lo ordenado por el Tribunal y es así como afirma: "Por ello es de suma gravedad, que una autoridad judicial se niegue a dar cumplimiento a lo ordenado por su superior, porque ese desacato, la ubica en el contexto violatorio de lo dispuesto como la obligación de administrar justicia conforme a las leyes, pues las decisiones judiciales son ley del proceso".

Pero ya se demostró con anterioridad que no hubo desacato, porque en realidad lo que resolvió la mayoría fue precisamente que los hechos investigados debían generar dos investigaciones, una para los miembros del ejército y otra para los miembros de la policía.

Es importante destacar que siendo la jurisdicción penal militar de rango constitucional, es imprescindible y de urgencia que su normatividad se concuerde con las provisiones de la Carta Política; y, cuando se hace referencia a tal encuadramiento, se alude a la imperiosa necesidad de crear los instrumentos legales necesarios para que se garanticen los principios constitucionales inherentes a la naturaleza de la judicatura, esto es, juez natural (competente, imparcial, e independiente) artículos 29, 228 y 230 de la C. N.; el establecimiento de la carrera (art. 125) y consecuentemente con ella, la creación de los elementos propios para garantizar su estabilidad en los cargos, su formación y actualización profesional, y en fin, todos los medios que sean idóneos para que dentro de las directrices constitucionales la justicia penal militar corresponda a los ideales de una verdadera justicia competente, independiente e imparcial en sus decisiones.

La segunda causal de nulidad es por la presunta violación del artículo 26 de la anterior Constitución y 29 de la actual.

Dentro de los razonamientos anteriores nos parece importante destacar algunos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional por medio de la cual se decretó la inexequibilidad del artículo 374 del C. P. M., porque en ella se hacen consideraciones coincidentes con las que con anterioridad se han formulado.

Se sostiene en el fallo comentado que: "Tampoco puede examinarse el asunto sin entender que la jurisdicción penal militar existe por mandato constitucional y que ella obedece, además a lo establecido en la Constitución Nacional en materia de debido proceso y de derecho de defensa, a lo que en su desarrollo establezcan las prescripciones del Código Penal Militar, ya que el artículo 221 de la Carta establece que "De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

Y más adelante precisa: "En este sentido encuentra la Corte que el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Nacional en forma

precisa establece que 'quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...'; al respecto, se considera que es voluntad expresa del constituyente de 1991, la de asegurar a todas las personas, en el específico ámbito de los elementos que configuran el concepto del debido proceso penal y de derecho de defensa también en el ámbito penal, el respeto pleno al derecho constitucional a la defensa técnica y dicha voluntad compromete, con carácter imperativo y general, al legislador, a la ley y a los jueces".

Para destacar que el derecho a la defensa como principio constitucional y el concepto del debido proceso deben ser respetados en todas las jurisdicciones afirma: "En verdad lo que quiere el constituyente no es que se asegure que cualquier persona asista al sindicado en las mencionadas etapas procesales señaladas en el citado artículo 29; en este sentido sería absurdo que en la Carta se hiciese mención a la figura del profesional especificamente habilitado como abogado para adelantar las delicadas funciones de la defensa, para permitir que el legislador por su cuenta habilite a cualquiera otra persona, o a otro tipo de profesional, para adelantar las labores de la defensa, si éstos no acreditan la mencionada formación".

"Este elemento aparece expresamente consagrado en la Carta junto a otros, igualmente específicos y predicables del concepto de debido proceso penal y de derecho de defensa penal, que hacen parte de la disciplina del derecho constitucional procesal, de tanta importancia para el constitucionalismo contemporáneo y cuya influencia en las labores del constituyente es notoria".

En referencia al derecho a una defensa técnica, pues esa es la norma acusada, hace muy importantes consideraciones respecto del debido proceso, en cuanto toca con la independencia de quienes hacen parte de la institución castrense, cuando se afirma: "Bajo estas consideraciones, tampoco es admisible que el abogado defensor sea al mismo tiempo oficial en servicio activo, puesto que la Corte encuentra que no obstante la existencia de la noción constitucional de la jurisdicción penal militar que se desprende del citado artículo 221 de la Constitución, como categoría normativa de creación de esta especial jurisdicción y que remite al Código Penal Militar el establecimiento de las prescripciones con arreglo a las cuales las cortes marciales o tribunales militares conocen de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, la Carta no permite la incorporación de un elemento como el que plantea en una de sus interpretaciones la disposición acusada, según el cual en los procesos penales militares el cargo de defensor podría ser desempeñado por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, desde luego, aunque el defensor sea un abogado habilitado científica y técnicamente para adelantar la defensa y la asistencia del sindicado. Ocurre

que la mencionada calidad de militar en servicio activo resulta incompatible con los elementos de la noción de defensa técnica a que se refiere el artículo 29 de la Carta, puesto que como tal el funcionario de las Fuerzas Militares se debe a una permanente relación jerárquica, propia de las estructuras orgánicas de aquella naturaleza, y debe cumplir como militar con la orden del superior; ésta lo exime de responsabilidad y, por tanto, con la investidura que confiere el servicio activo puede reducir la autonomía, la independencia y la capacidad de deliberación que reclama el carácter técnico de la defensa que garantiza la Constitución. Así las cosas, es preciso asegurar la absoluta independencia científica y técnica de la actividad del defensor, impidiendo la confusión de cargos y funciones en esta materia".

Y más adelante en el mismo sentido se asevera: "Comparte la Corte las apreciaciones del Ministerio Público en cuanto hace a la falta de independencia de los oficiales a los que se refiere la disposición acusada, y su relación con la hipotética violación a las garantías constitucionales del sindicado en razón de la obediencia debida a los superiores, puesto que la formación profesional previa y concurrente no es factor suficiente de reforzamiento de uno de los elementos de defensa, como lo es la independencia y el compromiso con los derechos del defendido".

Es entonces el momento oportuno para ir delineando la estructura de la jurisdicción penal militar dentro de los parámetros constitucionales de la actual Carta Política.

Partiendo de una jurisprudencia de 1970 afirma que las garantías contenidas en el artículo 29 de la actual Carta Política son cuatro a saber a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) legalidad de la jurisdicción; c) observancia de las formas propias del juicio, y d) aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto atribuido.

Hasta en eso yerra conceptualmente el casacionista, porque su afirmación con respaldo en la jurisprudencia citada, correspondía a la realidad constitucional de 1886 porque la verdad es que en la Carta actualmente vigente son doce las garantías que se establecen en el mencionado artículo 29 a saber: 1. Preexistencia de la ley al acto que motiva el procesamiento; 2. juez natural; 3. observancia de la plenitud de las formas propias del juicio; 4. la favorabilidad de la ley penal; 5. presunción de inocencia; 6 derecho a la defensa en el sumario y en el juicio; 7. publicidad del proceso; 8. a un proceso sin dilaciones injustificadas; 9. derecho de contradicción probatoria; 10. derecho a impugnar la sentencia condenatoria; 11. derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y 12. legalidad de la prueba.

Aquí nuevamente cita una serie de artículos del C. P. M., que ya lo había hecho con anterioridad y que nada tienen que ver con el rompimiento de la unidad procesal, como posible causal de nulidad del proceso.

Con una gran confusión conceptual hace afirmacioones que nada tienen que ver con el fenómeno cuestionado y es así como afirma: "La acumulación en sí, es un proceso o una forma de juicio, indicado en la Constitución y en la ley por reglamentación y el no observarlo refleja automáticamente una violación flagrante de la garantía básica prevista, no solamente en favor del sindicado, sino del normal desarrollo de la administración de justicia, pues con ello se afecta el orden público entero por inobservancia de las formas propias de cada juicio, pues ello implicaría anarquía y dejar en manos del criterio judicial el establecimiento de forma individual de juicio. Por ello considero que se ha configurado una nulidad supralegal".

Ya se había sostenido con anterioridad que no era un fenómeno de acumulación, sino que se trata simplemente de investigar o no, bajo una misma cuerda, unos mismos hechos que al haber sido ejecutados por varias personas, eventualmente sometidos a diversas competencias, era preciso dilucidar si debían adelantarse varios procesos o uno solo y lo que aquí se resolvió por parte del Tribunal Superior Militar de manera mayoritaria, fue lo que finalmente se hizo, que los policías fueran juzgados por el juez de primera instancia señalado para ellos y los miembros del ejército por el que tienen estipulados para éstos.

Es entonces necesario concluir, tal como lo solicita el agente del Ministerio Público que los cargos de nulidad presentados deben ser rechazados.

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.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD (ACLARACION DE VOTO) / JUSTICIA PENAL MILITAR (ACLARACION DE VOTO) / CONEXIDAD (ACLARACION DE VOTO)

Mi aclaración de voto a la sentencia que decidió el recurso extraordinario de casación en el proceso de la referencia es respecto a lo consignado en el último párrafo de la hoja 33 y primero de la 34 de dicha providencia, por considerar que dicho contenido nada tiene que ver con el objeto del recurso. Es, en mi sentir, un planteamiento importante desde luego en la medida en que propugna por un mejoramiento de la legislación sobre la materia, pero que tal como está expuesto necesariamente es de *"lege ferenda"*, y no de *"lege lata"* que es el que corresponde hacer en las decisiones judiciales. Como mi opinión en tal sentido no tuvo acogida, es la razón de mi aclaración que respetuosamente expongo.

Fecha ut supra (marzo 16 de 1994).

Didimo Páez Velandia, Magistrado.

INDICES

INDICE CRONOLOGICO

DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR

PRIMER SEMESTRE DE 1994

Págs.

COMPETENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / LIBERTAD PROVISIONAL / DETENCION DOMICILIARIA. Esta Sala ha sostenido reiteradamente 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 art. 55 de la Ley 81 de 1993). / El artículo 53 de la Ley 81 de 1993, 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 resulte 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, ya que ello implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Aclaración de voto del doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de casación de ENERO 14 DE 1994. Decisión: Niega libertad y se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Ancízar Rodríguez Rodríguez. Delito: Tentativa de homicidio. Radicación número 8705. 7

DETENCION DOMICILIARIA (ACLARACION DE VOTO) / COMPETENCIA / DETENCION PREVENTIVA. La detención domiciliaria y la detención preventiva son dos medidas de aseguramiento diferentes, y aunque la prueba requerida para aplicarlas es igual, cada una tiene sus especiales características que determinan en un caso dado cuál es procedente. De esa autonomía de las dos medidas en comento se derivan las siguientes situaciones: a) Proferido el auto que resuelve la situación jurídica y ordena la aplicación de la medida de seguridad de detención preventiva, si el procesado o cualquier otro sujeto legitimado para hacerlo pretende que dicha medida se sustituya por la de detención domici-

Págs.

ciliaria, debe impugnar el proveído mediante los recursos ordinarios, pero si la decisión ya ha cobrado ejecutoria formal, y aún se encuentra la actuación en la etapa del sumario, en cualquier momento puede impetrar su sustitución; b) En la resolución de acusación, siempre que se mantenga o se decida ordenar la detención, el funcionario calificador deberá explicar las razones por las cuales se inclina por la domiciliaria o la preventiva, para que si alguno de los sujetos procesales desea recurrir, tenga conocimiento de los argumentos que debe atacar. / A partir del momento en que el pliego de cargos adquiere firmeza no es procedente la solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento, pues ello implicaría una modificación a la resolución acusatoria ejecutoriada no prevista en la ley. Igual situación se presenta cuando ya hay sentencia de primera o segunda instancia, así no haya hecho tránsito a cosa juzgada. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Aclaración de voto del doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de casación de ENERO 14 DE 1994. Decisión: Niega y se abstiene. Radicación número 8705. 11

FAVORABILIDAD / PARTE CIVIL. El principio de favorabilidad, que en su primera formulación sólo era aplicable en relación con las normas de derecho material o sustancial, fue paulatinamente ampliando su cobertura, hasta el punto de que hoy también se reconoce, sin dificultad, su franca ampliación respecto de normas que a pesar de hacer parte del Código de Procedimiento Penal, tienen ciertos caracteres prevalentes de derecho penal sustantivo o material. Así lo admite con toda claridad el artículo 10 del estatuto procesal: "En materia penal y procesal de efectos sustanciales, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". / Tratándose de una sentencia absolutoria recurrida por la parte civil, la hipótesis más favorable para el procesado es la "que haga imposible la penalidad", lo cual sólo puede lograrse rechazando el recurso para que la absolución haga tránsito a cosa juzgada. En otras palabras, por virtud del criterio de favorabilidad es necesario aplicar retroactivamente el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, porque si se diera aplicación a la norma que regía cuando se impugnó el fallo, el procesado correría el riesgo de que su absolución se transmutara en condena. / Es pertinente advertir que si por el contrario de lo que sucede, la sentencia fuera condenatoria y el recurso hubiese sido interpuesto por el procesado o su defensor, esta Corporación, también por razones de favorabilidad y con igual criterio, le habría dado aplicación ultractiva al artículo 218 original del C. de P. P., para entrar a resolver el recurso, que era la hipótesis mejor para el procesado, si se tiene en cuenta el principio de no agravación (art. 227 *ibídem*). Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de casación de ENERO 19 DE 1994. Decisión: Declara improcedente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Hilda Melendro de Triana. Delito: Falso testimonio. Radicación número 8434. 14

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA. La causal de impedimento del numeral 8º del artículo 103 del C. de P. P., solamente es válida cuando el funcionario que debe conocer en segunda instancia

Págs.

es el mismo que profirió la decisión objeto de impugnación o reproche, o participó en el proceso en calidad de agente del Ministerio Público, fiscal, secuestre, perito, etc. / Las causales de impedimento son taxativas, el juez no puede crearlas por vía de interpretación o por aplicación extensiva o analógica, debe ceñirse a las establecidas en forma expresa por el legislador, teniendo en cuenta que sobre las de carácter general prevalecen las especiales, como la del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal que deliberadamente prevé como impedimento haber suscrito la decisión objeto de revisión. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de impedimento de ENERO 19 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Claudia Sarmiento Bernal y otro. Delito: Estafa. Radicación número 9004. 18

NON BIS IN IDEM / DEBIDO PROCESO / INTERROGATORIO DE PARTE / FALSO TESTIMONIO. La violación al principio del *non bis in idem*, atentaría contra el principio de la cosa juzgada, previsto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal anterior, que es el que se aplica aquí, con base en el artículo transitorio 18 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Constituiría, así, una violación al debido proceso y no propiamente al derecho de defensa. / La prohibición de declarar contra sí mismo sólo puede favorecer a los acusados por la comisión de hechos punibles y no a las personas en sus relaciones entre sí, cuando entre ellas surjan conflictos de interés, puesto que en tales situaciones los particulares se encuentran en condiciones de igualdad frente al Estado para que éste dirima sus diferencias. / Es importante insistir también en que la aplicación extensiva de esta garantía a asuntos distintos de los penales, correccionales o de policía, atentaría contra los deberes y obligaciones que la misma Constitución impone a todas las personas en cuanto al ejercicio responsable y no abusivo de sus derechos, que aparecen previstos en los ordinales 1º y 7º del artículo 95, así, respectivamente: "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia". Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de ENERO 19 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Antonio Rueda Hernández. Delito: Falso testimonio. Radicación número 7789. 22

INTERROGATORIO DE PARTE / FALSO TESTIMONIO (SALVAMENTO DE VOTO). Hasta la expedición de la nueva Constitución bien podría legislarse sobre la forma, contenido, alcance de un interrogatorio de parte, bajo juramento, en los campos extra-penales-correccionales-policivos, porque la Constitución permitía esta especie de compulsación, haciendo prevalecer la necesidad de contar con este medio para demostrar determinados hechos o situaciones, para aliviar así, o hacer más efectivo, el servicio de administración de justicia. Era imperioso el apego a decir toda la verdad y nada más que la verdad así devinieran los mayores perjuicios en el patrimonio del individuo o del grupo familiar. Pero a partir de la nueva vigencia del nuevo Estatuto Funda-

Págs.

mental, ya es imposible admitir la presencia de instituciones de esta naturaleza y su resonancia tal como está constituída y se le viene interpretando y aplicando. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de ENERO 19 DE 1994. Decisión: No casa. Radicación número 7769. 32

TRANSITO DE LEGISLACION / IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA. El artículo 13 transitorio entraña una excepción a la regla general de vigencia hacia el futuro de las leyes. Su razón de ser y su finalidad última se encuentran en la preocupación del legislador por evitar las eventuales situaciones de conflicto que apareja el tránsito de un esquema procesal anterior a uno nuevo. Su vigencia está sujeta —dada su naturaleza eminentemente transitoria— al cumplimiento de un término o una condición, pues de lo contrario correría el riesgo de convertirse en permanente. / Si en el caso de la especie, la audiencia pública se inició el 4 de julio de 1990, imperioso es concluir que se cumple a plenitud la "condición" exigida por el artículo 13 transitorio y que, por lo mismo, la actuación ha de regirse hasta el final por la normatividad procesal contenida en el Decreto 050 de 1987. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de impedimento de ENERO 19 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Javier y María José Ramos Romero. Radicación número 9011. 45

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO / OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PUBLICO / PROCESO DISCIPLINARIO / PROCESO PENAL. El delito de falsedad por supresión u ocultamiento de documentos públicos que el legislador describe en el artículo 223 del Código Penal (modificado por el art. 3º de la Ley 43 de 1982) se configura por la destrucción, supresión u ocultamiento total o parcial de un documento público que puede servir de prueba, evento que de ser protagonizado por un empleado oficial en ejercicio de funciones, se sanciona con prisión de tres a diez años. / Bien sabido se tiene que el objeto y fines del proceso disciplinario y del penal difieren, y que frente a este último lo que ha de definirse es la responsabilidad penal del acusado con fundamento en las pruebas válidas y legalmente allegadas al plenario. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de segunda instancia de ENERO 20 DE 1994. Decisión: Confirma la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Acción: Martha Lucy Ortiz Londoño, Exjuez Penal del Circuito de Anserma. Delito: Falsedad en documento público. Radicación número 8674. 50

COMPETENCIA / CASACION DISCRECIONAL. Las competencias son siempre taxativas según el principio, considerado "la regla de oro en el Estado de Derecho", de que la autoridad pública sólo debe hacer lo que la ley le ordene. En desarrollo de dicho principio el Código de Procedimiento Penal en su artículo 218 (hoy subrogado por el art. 35 de la Ley 81 de 1993) establece que: "El recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal

Págs.

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...". La excepción de esa regla la trae el inciso final de dicho precepto. Pero, cuando tal norma dispone que de manera excepcional la Corte Suprema de Justicia puede aceptar un recurso de casación "en casos distintos a los arriba mencionados", no está indicando que proceda el recurso contra todo tipo de decisiones judiciales, sino exclusivamente contra sentencias de segunda instancia así no hayan sido proferidas por los Tribunales mencionados o cuando profiriéndolas éstos, el delito tenga una pena inferior a la indicada en el artículo transcrito. / La naturaleza de las decisiones judiciales en materia penal la define inequívocamente el artículo 179 del mismo ordenamiento procesal en referencia. No hay, pues, lugar a confundir una sentencia con un auto interlocutorio y en este mismo orden de ideas, no cabe duda tampoco que un fiscal jamás podrá dictar sentencias. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Recurso de hecho de ENERO 20 DE 1994. Decisión: Deniégase por improcedente. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Victor Pacheco Arama. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación número 9044. 61

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / IN DUBIO PRO REO / SANA CRITICA. Tratándose de una acusación de violación indirecta por error de derecho mediante el cual se desconoció el principio del *in dubio pro reo* por falsos juicios de convicción, procede recordar que éste se da cuando el juzgador desconoce el valor tarifado que le otorga la ley a un determinado medio probatorio, o cuando le otorga una connotación legal que no le corresponde, lo cual supone, obviamente, la existencia de una prevaloración normativa expresa y concreta. Inexistiendo esos parámetros dentro de la preceptiva que rige el derecho procesal penal colombiano que en este aspecto recoge el principio de la sana crítica, la única alternativa que al censor le queda dentro de la alegación de estos errores de derecho es la de demostrar que el juzgador reconoció a una prueba un valor que no le confería la ley, o que de modo manifiesto u ostensible se abandonaron las reglas que nutren y orientan una sana crítica. Reconocida la dificultad y excepcionalidad de un ataque dentro de esta perspectiva, los reparos que el libelo amerita se orientan principalmente hacia un análisis restrictivo y parcial de la prueba como al enfoque crítico subjetivo con que la misma se analiza, desconociendo el censor que por la vía escogida le obligaba además entrar a desquiciar en su integridad el fundamento probatorio del fallo de condena, y que le era ineludible demostrar, la presencia del error protuberante o manifiesto, valga decir, de aquel que asoma a simple vista y sin necesidad de elaborados y complejos esfuerzos de dialéctica, lo que equivale a afirmar que la prosperidad de la censura no podía quedar asegurada, con una simple oposición de opiniones o criterios frente a los exhibidos por el fallador en su sentencia. / Tratándose de la interpretación de la prueba dentro del criterio de la sana crítica, goza el juzgador de amplitud para llegar a su convencimiento, sin preterm itir el deber de explicar los fundamentos de sus conclusiones, frente a las cuales no basta con sugerir otras hipótesis probables, pues lo probable no se identifica con lo claro ni puede imponerse con fuerza incontrastable. Magistrado ponente doctor Juan

Págs.

Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de ENERO 20 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Acción: Luis Felipe Rudas y otros. Delito: Peculado y cohecho. Radicación número 6774. 84

EXTRADICION. Establece el artículo 555 del C. de P. P., en ausencia del Tratado de Extradición entre Colombia e Italia, que: "Una vez perfeccionado el expediente, el Ministerio de Justicia lo remitirá a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para que esta Corporación emita concepto". / La falta de petición expresa de extradición, por elementales razones, impide considerar perfeccionado el expediente remitido por el Ministerio de Justicia, exigencia que en tratándose de trámites de extradición, se constituye en verdadero requisito de procedibilidad para la intervención de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, prevista por el artículo 556 y siguientes del C. de P. P. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extradición de ENERO 20 DE 1994. Decisión: Devuelve el expediente. Acción: Francesco Marconi Saffioti. Radicación número 9009. 86

PRESCRIPCION / FAVORABILIDAD. Es imperativo para el juez, conforme al artículo 38 del C. de P. P., ordenar la cesación de procedimiento en el momento en que, durante la causa, se presente alguna causal de improseguibilidad de la acción. / Por imperativo de favorabilidad, cumple aplicar en este caso el Código Penal de 1981, antes de su modificación respecto del delito de homicidio por la Ley 40 de 1993, y no el que estaba vigente para la época de los hechos, porque en aquella normatividad contrario a lo que sucedía en ésta, el término prescriptivo que se reinicia a partir de la interrupción del auto cojiciatorio se reduce a la mitad del máximo de la pena prevista para el delito materia del proceso. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de casación de ENERO 20 DE 1994. Decisión: Declara prescrita la acción. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Julio César Gaviria E. Delito: Homicidio. Radicación número 6975. 89

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / EXTORSION. El factor determinante de la competencia: Cuantía, impone que la segunda acusación se sujete a la competencia de la primera. Y si, como en efecto ocurre, es superior la cuantía que actualmente otorga competencia respecto del delito de extorsión a los Juzgados Regionales, en comparación con la que se le otorgaba en el Decreto 2790 de 1990, convertido en legislación permanente, fuerza es concluir que el Juzgado Regional que venía conociendo del proceso, ha perdido la competencia para continuarlo, y que ella se ha transferido al Juzgado Penal del Circuito, trabado en la litis —aspecto este de orden público y de aplicación inmediata—, cuyos argumentos, por razón del nuevo y posterior ordenamiento, resultan inadmisibles. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Auto de colisión de competencias de ENERO 24 DE 1994. Decisión: Declara la competencia al J. P. C. Procedencia: Juzgado Regional de Santafé de Bogotá. Acción: Pedro Mayorga M. y otros. Delito: Extorsión. Radicación número 9045. 93

Págs.

CASACION DISCRECIONAL. Cuando se recurre en casación para que sea revisada la sentencia en segunda instancia, por la vía privilegiada del inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P., el impugnante debe indicar cuáles son los vacíos que vislumbra en este campo y los temas que debieran ser objeto de examen, ampliación o actualización para el desarrollo de la jurisprudencia nacional. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de casación de ENERO 24 DE 1991. Decisión: Declara inadmisible el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Jaime Florián Polanía. Delito: Tráfico de influencias. Radicación número 8896. 98

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA / HABER ACTUADO COMO FISCAL. El artículo 15 numeral 11 de la Ley 81 de 1993, sólo opera cuando el juez haya actuado como fiscal, esto es, como miembro de la "Fiscalía General de la Nación" habiendo conocido del proceso que debe juzgar, porque en ese caso y acorde con la filosofía del sistema que nos rige cumpliría las funciones de investigación, acusación y juzgamiento. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de impedimento de ENERO 26 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: María Teresa Bernal. Radicación número 9020. 104

DEMANDA DE CASACION. El demandante incurre en común e insalvable error de técnica de atacar la sentencia por error de derecho en la apreciación probatoria, sin precaver que esta clase de censura no es viable cuando se trata de medios probatorios no sujetos a tarifa legal, salvo la presencia de un grosero o protuberante distanciamiento de las reglas de la lógica o de la experiencia que gobiernan la sana crítica. / La apreciación de la prueba indiciaria no se haya sujeta a tarifación alguna, lo que equivale a reconocer que su confiabilidad reposa en la demostración racional del hecho indicado y la relación con el sujeto a extremos vinculado. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de ENERO 26 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Fernando Morales Rodríguez. Delito: Estafa. Radicación número 8195. 107

EXTRADICION. El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal vigente, que se ocupa de los requisitos sustanciales para conceder u ofrecer la extradición de una persona se apoya en la concurrencia de los siguientes principios: a) Doble incriminación, es decir, que el hecho que motiva la extradición sea considerado como conducta punible en el país reclamante como en Colombia; b) Límite mínimo de la sanción, esto es, que en Colombia el delito invocado esté reprimido con sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años y, c) Que por el delito de que se trata se haya dictado en el exterior cuando menos resolución de acusación o su equivalente. / En la legislación italiana la providencia que jurídicamente equivale por su forma y contenido a la resolución de acusación del procedimiento penal colombiano es el "decreto que dispone el juicio" reglamentado por el artículo 429 de aquella codificación; decisión tomada por el juez a solicitud del Ministerio Público que pone término a la fase instructiva

Págs.

del proceso y señala el comienzo del juicio; que contiene la identidad del inculpado, la indicación de su defensor y de la persona ofendida con el delito; una descripción del hecho con las circunstancias que lo especifiquen, una relación de los medios de prueba y de los hechos que de ella se derivan, así como una indicación de las normas legales violadas. / Las exigencias de forma, los requisitos de fondo y los fines y efectos perseguidos en el procedimiento penal italiano con el proferimiento de una decisión de tal naturaleza, resultan semejantes o equivalentes a las previstas en los artículos 441 y 442 de nuestro ordenamiento procesal penal. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Extradición de ENERO 26 DE 1994. Decisión: Conceptúa desfavorablemente. Acción: Silvana Amati. Radicación número 8641. ... 117

CAMBIO DE RADICACION. El artículo 84 del Código de Procedimiento Penal autoriza a los sujetos procesales para solicitar el cambio de radicación del proceso antes del fallo de primera instancia, mediante petición dirigida al funcionario que esté conociendo del asunto, quien lo remitirá a la autoridad que deba resolver. / Mientras que el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal señala como fundamento de esa decisión la existencia de "circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal". Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Cambio de radicación de ENERO 26 DE 1994. Decisión: No dispone el cambio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Edgar Alfonso Sicachá. Delito: Falsedad en concurso con el de estafa. Radicación número 9017. 121

ACCION DE REVISION. La solicitud de revisión se hace inadmisible por manifiesta inepitud, porque se funda en aspectos atinentes a la tipicidad del hecho y la legalidad del proceso y de la sentencia ejecutoriada, propios del recurso extraordinario de casación; pero totalmente extraños a la acción de revisión que circunscribe sus objetivos a las causales taxativamente señaladas en la ley. / La causal tercera de revisión se refiere a hechos nuevos o elementos de convicción cuyo conocimiento sobrevenga después de la sentencia de condena, debiendo ser de tal fuerza que evidencien la inocencia del acusado o su inimputabilidad. / Si se pretende plantear un supuesto quebranto del principio de derecho *non bis in idem*, debe rechazarse tal postura por cuanto el legislador permite que una misma persona sea juzgada penal y disciplinariamente por los mismos hechos, sin que con ello se vulnere dicha garantía (art. 71 del Decreto 196 de 1971). Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Acción de revisión de ENERO 28 DE 1994. Decisión: Rechaza por inepta. Procedencia: Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Acción: Martha Lucía Orozco. Delito: Abuso de confianza. Radicación número 8955. 124

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL. El numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P. consagra una innovación introducida por la Ley 81 de 1993 como quiera que crea un motivo más para la procedencia del impedimento, cuando quien ha de decidir como juez ha

Págs.

intervenido con anterioridad en el proceso en su calidad de fiscal. / Se procura con esta norma acomodar la institución de los impedimentos y recusaciones al sistema acusatorio que se ha querido establecer en el nuevo Código de Procedimiento Penal, donde el juez no tiene competencia para investigar ni practicar pruebas, ni formular la acusación, pues esta es una función propia del fiscal instructor, quien no sólo realiza esta labor, sino que sostiene la acusación en todo el proceso, primero como fiscal acusador durante el sumario y luego como sujeto procesal en el término de la causa. / Se quiere evitar que quien instruya y acuse, sea la misma persona que falle. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Notas: Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de impedimento de ENERO 28 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Jaime Ovidio Zuluaga. Delito: Homicidio. Radicación número 9035. 128

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO). No comparto la interpretación restrictiva que le da la Sala mayoritaria a la causal de impedimento consagrada en el numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que la magistrada del Tribunal Superior al revisar la resolución de acusación que por la vía del recurso de apelación conoció, no se encuentra impedida para desatar la impugnación interpuesta en la etapa del juzgamiento, con base en que en aquella oportunidad no ostentaba la calidad de fiscal, limitando las consideraciones a la vigencia del anterior estatuto procesal Decreto 050 de 1987— y desconociendo la actual estructura del proceso penal, no obstante que la sentencia que ponga fin al proceso se proferirá bajo el imperio de la nueva Carta Constitucional. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Notas: Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de impedimento de ENERO 28 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Radicación número 9035. 131

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO). Remitirse a salvamento de voto de enero 28 de 1994. Radicación número 9035. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. FEBRERO 3 DE 1994. Radicación número 9058. ... 131

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO). Remitirse a salvamento de voto de enero 28 de 1994. Radicación número 9035. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. FEBRERO 3 DE 1994. Radicación número 9058. 133

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO). Difícilmente puede admitirse un equilibrio o una igualdad procesal de las partes si el poder de acusación y el de decisión confluyen en una misma persona. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Nota: Salvamento de voto del doctor

Págs.

Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de impedimento de ENERO 28 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Radicación número 9035. 138

COLISION DE COMPETENCIA / CALUMNIA. El delito de calumnia es de aquellos que requieren querella para su investigación y por ello es el ofendido quien tiene el poder de disposición sobre la acción penal. De suerte que aunque haya sido víctima de varios delitos de calumnia, si el sujeto pasivo desea denunciar uno de ellos la Administración de Justicia no puede extenderse a los demás. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de colisión de competencias de ENERO 31 DE 1994. Decisión: Asigna el conocimiento. Procedencia: Juzgado Catorce Penal Municipal de Barranquilla. Acción: Gonzalo Ramos Quiroz. Delito: Calumnia. Radicación número 9010. 140

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL. La nueva causal de impedimento consagrada por la Ley 81 de 1993 (art. 15,11) es de una claridad meridiana, sin que sea posible jurídicamente desatender su tenor literal para darle un alcance que no le corresponde (art. 27 del Código Civil). / Cuando la norma determina que está impedido el juez para conocer de un proceso dentro del cual hubiere "actuado como fiscal", se está refiriendo precisamente a eso, a que el juez, ya sea durante el sumario o en el juicio, hubiera actuado en calidad de fiscal, y no a otras hipótesis distintas. / De aceptarse que la Sala del Tribunal "actuó como fiscal" porque conoció de una apelación interpuesta en un proceso que en primera instancia era de competencia de los Jueces Superiores, todos los Jueces Penales Municipales tendrían que declararse impedidos en los procesos de su competencia, toda vez que por ley, y mientras entra a operar en este nivel el sistema acusatorio, ellos tienen la obligación de continuar investigando y calificando (art. 14 transitorio del C. de P. P.). Lo mismo tendrían que hacer los magistrados de esta Sala en relación con los procesos que se sigan contra los congresistas, pues respecto de éstos tienen la función no sólo de juzgarlos sino también la de adelantar la investigación y calificar su mérito (art. 235.3 de la C. N.). Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez. Aclaración de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de impedimento de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: Declarar infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Acción: Germán Hoyos C. Delito: Homicidio culposo. Radicación número 9058. 144

IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (ACLARACION DE VOTO). Promulgada la Ley 81 de 1993, concluyó en que cualquier discrepancia interpretativa quedó resuelta pero en favor de la tesis pregonada en el criterio mayoritario de la Sala, pues el nuevo numeral 11 restringe claramente los términos de la propuesta original gubernativa y utilizando tan solo el término "fiscal", se remite a una actuación propia y exclusiva del nuevo sistema acusatorio, apenas esbozada pero no generalizada en el anterior Decreto 052 de 1987, así que respetando el principio de taxatividad, que es regla de oro en las causales de impedimento, se inhibe la po-

Pág.

sibilidad de insistir en procura de una mejor ortodoxia de la interpretación de las normas procesales frente a la Carta Política. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Aclaración de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de impedimento de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Radicación número 9058. 143

INCULPABILIDAD / ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO. Si la misma administración, en el curso de un litigio, coloca a alguna de las partes en desventaja frente a las demás, resulta obvio que se comete una arbitrariedad que ha de ser, por tanto, sancionada. / En estos supuestos de torcido comportamiento de la Administración Pública, de verdad que la comprobación del "ánimo" no es necesaria para la estructuración del punible a que hace referencia el artículo 152 del C. P., ni para la consecuente responsabilidad del autor, porque lo que importa (estando demostradas la tipicidad y la antijuricidad) es que exista plena prueba del dolo con que se comete dicho abuso, dolo que consiste en saber y querer el acto arbitrario o injusto que se despliega. / El error en los términos indicados en el numeral 4º del artículo 40 del C. P., constituye una causal de inculpabilidad, por ser fruto de la convicción invencible de que en el actuar no concurre algunas de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de segunda instancia de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: Revoca el fallo y condena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Alfredo Pedraza y otro, juez y secretario del Juzgado Veintiuno Superior de Bogotá. Delito: Abuso de autoridad, falsedad y prevaricato. Radicación número 8715. 152

REBAJA DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO. Según lo dispone el artículo 532 del Código de Procedimiento Penal, para que pueda ser atendida una solicitud de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza, se deberá acompañar, si no figuran dentro del proceso, los certificados sobre la conducta del recluso y los relativos a las labores desarrolladas. / Así mismo, el artículo 100 de la Ley 65 de 1993, prohíbe la realización en los centros de reclusión de trabajo, estudio o enseñanza en los domingos y festivos, salvo casos especiales debidamente autorizados por el director del establecimiento y por causas justificadas. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: Niega libertad. Procedencia: Cárcel Nacional Modelo. Acción: Luis Fernando Salinas Valderrama. Radicación número 8881. 168

CASACION DISCRECIONAL. No está, por demás, advertir como criterio general y práctico en la procedencia del recurso de casación discrecional, que importa no tanto una demostración apodíctica de las razones y pretensiones invocadas, al punto de tenerse como demostración seria e inobjetable lo alegado, lo cual haría de este auto, tan ajeno a un carácter vinculante, una casi definición de la cuestión de fondo, como el poder detectar en la alegación aspectos inquietantes y hasta de conveniencia, que recomiende la ampliación del debate en la presentación de más decantados estudios y más reflexión de la magistratura sobre los factores que condicionan la modalidad especial de ese recurso.

Págs.

Así es dable activar el ejercicio de la discrecionalidad que caracteriza la atribución concedida a esta Corporación. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: Admite el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Acción: Oscar Castaño Valencia. Delito: Divulgación y empleo de documentos reservados. Radicación número 8918. 170

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Impugnar el fallo mediante dos causales con unos mismos argumentos, la ausencia de tipicidad de la conducta, para indicar, en un caso, el quebrantamiento del debido proceso y, en el otro por la misma razón, la violación directa de normas sustantivas, es desconocer la lógica exigida por el legislador en la técnica casacional, lo que conduce inexorablemente a la desestimación de la demanda. / Presupuesto insoslayable para la adecuada presentación de una demanda de casación que se funda en la causal primera, por violación directa, es la aceptación de la prueba tal como ésta se produjo en el proceso y fue valorada por el juzgador, pues el objeto específico de la discusión por esta vía se circunscribe a la falta de aplicación de la norma pertinente, a la indebida aplicación de la seleccionada o, finalmente, a una errónea interpretación del precepto. / Cuando se acude a la causal primera cuerpo segundo es deber del impugnante referirse a todos los medios probatorios que fueron el sustento de la sentencia porque bien puede ocurrir que con alguno de los no observados el fallo se mantenga. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Acción: Luis Francisco Fuentes T. Delito: Falso testimonio. Radicación número 7943. ... 174

FALSO TESTIMONIO / TESTIMONIO (SALVAMENTO DE VOTO). No es dable someter a interrogatorio de parte, o diligencia de igual o análogo contenido o alcance, bajo el compromiso del juramento, a quien pueda colocarse en la alternativa de responder con la verdad, asumiendo afecciones patrimoniales, o a faltar a ésta con las consiguientes consecuencias propias de un "falso testimonio", pues la conexión entre uno y otro acontecimiento y personal conducta, quebranta la garantía consagrada en el artículo 33 de la C. Política. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: No casa. Radicación número 7943. 187

RECUSACION / RECURSO / CASACION DISCRECIONAL / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / NULIDAD / FISCAL. La invitación a declararse impedido no es una recusación ni puede extenderse como tal, de manera que el sujeto procesal que crea que existe un motivo de impedimento que el funcionario oficial no ha manifestado, debe recusarlo en forma clara y precisa, no de una manera velada, procurando tener una puerta abierta para eludir la responsabilidad en el caso de que sea considerado recusante temerario. / En el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente, corresponde resolver sobre la admisibilidad de los recursos de reposición, apelación y casación común, al mismo fiscal, juez o Tribunal que dictó la providencia. / El legis-

Págs.

lador dispuso que existieran sentencias de única instancia contra las cuales no procede ningún recurso, y esto está ajustado a la Constitución Política que expresamente señala en el artículo 31: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley" (subraya la Sala). / Cuando el inciso 3º del artículo 218 del estatuto procesal dice que la Corte "puede aceptar un recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionadas", se refiere a sentencias de segunda instancia que no reúnen el requisito de la pena y/o que fueron dictadas por un juez y no por un Tribunal Superior. De ninguna manera puede extenderse la interpretación a las sentencias de única instancia que por su naturaleza no son impugnables, y es obvio que la discrecionalidad otorgada a la Sala no llega hasta ese extremo. / No es cierto que el artículo 29 de la Constitución consagre que nadie puede ser condenado por sentencia inimpugnable, pues lo que allí se establece es el "derecho a impugnar la sentencia condenatoria", obviamente, si como lo prevé el artículo 31 *ibidem*, esta no constituye una excepción prevista en la ley, y es claro que los fallos emitidos en los procesos cuyo juzgamiento corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, "máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria", no tienen ningún recurso. / Las nulidades que no sean invocadas hasta el término de traslado común para preparar la audiencia sólo podrán ser debatidas en el recurso de casación. / Si bien el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal regula las oportunidades para que los sujetos procesales invoquen las nulidades, ello no quiere decir que el juez oficiosamente no pueda decretar la invalidación de un proceso en cualquier momento en que advierta que se ha incurrido en alguna o algunas de las causales. / Es verdad que la Constitución Política estableció que la investigación de los delitos y acusación de los presuntos infractores corresponde a la Fiscalía General de la Nación, pero ella misma, en el artículo 27 transitorio dispuso que eso sólo ocurriría cuando se expidieran los decretos extraordinarios que organizaron ese nuevo ente judicial y regularon los nuevos procedimientos penales. / Hoy la facultad del fiscal para delegar ha sido plenamente aclarada por el numeral primero del artículo 17 de la Ley 81 de 1993. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Unica instancia de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: No repone. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Alvaro del Valle Oviedo y otros. Radicación número 4033. 200

NULIDAD / NOTIFICACION / DERECHO DE DEFENSA. No puede ser causa invalidante de una actuación judicial, cualquier irregularidad procesal que se haya cometido. Sólo lo será el quebrantamiento de la ritualidad considerada como esencial, por constituir ésta un medio para ejercer derechos fundamentales como el de defensa, o el de contradicción, etc., y siempre que ese "debido proceso" no permita su convalidación por intervención posterior de la parte afectada, como sería el caso, a manera de ejemplo, de la llamada "notificación por conducta concluyente" que refiere el C. de P. P. en su artículo 191. / La notificación de las providencias judiciales es parte esencial del rito procesal, sólo en la medida que lo decidido deba ser conocido por

los sujetos procesales para que ejerzan el derecho de defensa y otros de igual rango. / En este orden de ideas, debe precisarse que no obstante las reglas de procedimiento indican que las sentencias y los autos interlocutorios son providencias notificables (art. 186), porque deciden el objeto del proceso, algún incidente o aspectos sustanciales de éste, ello no significa inexorablemente que la omisión de la notificación en algunos casos particulares constituya quebranto al derecho de defensa, por cuanto la finalidad esencial de la notificación es indudablemente permitir recurrir la decisión antes de su ejecutoria. / Pretender que la interposición de un recurso inadmitido por la ley expresamente tiene la virtualidad de suspender la ejecutoria de la providencia atacada, resulta evidentemente un antiprocesalismo inaceptable por su manifiesta ilegalidad. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de casación de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: Deniega la nulidad propuesta. Acción: Robinson R. Rada. Delito: Infidelidad a los deberes profesionales. Radicación número 8713. 210

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS / PENA PRINCIPAL / PRISION. Un ordenamiento tal que desconoce la integración punitiva que trae el artículo 149 del C. P. —prisión e interdicción como pena principal— reclama el correctivo legal que sin vulnerar la garantía constitucional contenida en el artículo 31 de la Carta Política, por no entrañar agravación efectiva de la pena, sino precisión de su naturaleza, la acomode —por contrario— a los precisos parámetros del principio de legalidad de las penas. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Salvamento de voto doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de segunda instancia de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: Modifica numeral 2º. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Gladys Valderrama de Peña, Exfuez 56 de Instrucción Criminal de Bogotá. Delito: Prevaricato por acción. Radicación número 8627. 215

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (ACLARACION DE VOTO) / SENTENCIA. Insiste la Sala mayoritaria en considerar que en la sentencia pueden deducirse las circunstancias de agravación punitiva (art. 66 del C. P.) sin que tal proceder vulnere el derecho de defensa del imputado, cuando lo correcto es su aplicación en el pliego de cargos, o como ahora se dice, con alabada técnica resolución de acusación. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: Modifica numeral 2º. Radicación número 8627. 231

DOLO / PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO). Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de segunda instancia de FEBRERO 3 DE 1994. Decisión: Modifica numeral 2º. Radicación número 8627. 232

VIOLACION DEL REGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. De conformidad con el artículo 1494 del Código Civil,

Págs.

"las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones;...". Y el artículo 1495 *ibidem* define el contrato o convención como el acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Entre varias clases de contratos, el artículo 1500 de la citada obra define el contrato consensual como aquel que se perfecciona con el solo consentimiento, vale decir por el simple acuerdo de voluntades. / Estos precedentes normativos indican a las claras que la forma no es elemento de la esencia del contrato consensual, dentro del cual se matricula el contrato de prestación de servicios, sino el acuerdo de voluntades. / El artículo 16.3 del Estatuto Contractual (Decreto-ley 222 de 1983), taxativamente señala como contrato administrativo el de prestación de servicios, que aparece definido en el artículo 163 *ibidem*, como "el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta" y el 164 del estatuto señala como contrato de prestación de servicios, entre otros, el de "publicidad". Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Notas: Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de única instancia de FEBRERO 4 DE 1994. Decisión: Condena. Acción: Adalberto Ovalle Muñoz, Exgobernador del Departamento del Cesar. Delito: Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. Radicación número 6490. 235

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Notas: Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de única instancia de FEBRERO 4 DE 1994. Decisión: Condena. Radicación número 6490. 249

NULIDAD / FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia que hace parte del debido proceso regulado en el código de la materia, permite conocer, para controlarlo (no sólo por sujetos procesales sino también, en su caso, por el superior del juez), el proceso lógico mediante el cual ha llegado el juez a su decisión. / Por esta razón el Código de Procedimiento Penal exige que la sentencia contenga, entre otros aspectos, "la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión" (art. 180.4). / Pero cuando esta motivación es ilógica e incompleta, que no permite siquiera elaborar con acierto una demanda de casación, porque el agraviado con el fallo no alcanza a comprender los fundamentos del mismo, necesariamente hay que decretar su nulidad para precaver los derechos del afectado con la decisión. / Es bien sabido —y es de suma lógica— que la parte conclusive del fallo ha de ser el resultado de la parte motiva o consideraciones precedentes. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de FEBRERO 7 DE 1994. Decisión: Casa y decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Acción: Sergio Correa Consuegra y otro. Delito: Homicidio. Radicación número 8273. 250

Págs.

FALLO DE SUSTITUCION (SALVAMENTO DE VOTO) / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALVAMENTO DE VOTO) / COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). Conviene recordar que el fallo de sustitución no se dicta nunca por las únicas argumentaciones que exponga el casacionista exitoso sino que, lo que él expone, basta para declarar procedente la impugnación y recuperar la Corte todos los atributos del juez de conocimiento, pudiendo, en este ámbito, coincidir o no con lo dicho por el Tribunal, por la defensa, por la parte civil, por el Ministerio Público o agregando de su propia cosecha todo lo que logra detectar en el integral estudio del proceso, bien para absolver, bien para condenar. Y por estas adiciones y mudanzas, en un sentido o en otro, nadie se ha atrevido a pregonar un sorprendimiento y desventaja, por el hecho de solo llegarse a conocer la final argumentación cuando se ha pronunciado el respectivo fallo de sustitución. Todo porque es una atribución final otorgada a la Corte, que tiene por limitantes la resolución acusatoria y lo aportado al expediente, conocido y comentado por cada uno de los intervinientes. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de FEBRERO 7 DE 1994. Decisión: Casa y decreta nulidad. Radicación número 8273. 274

ACCION DE REVISION. La acción de revisión es una vía especialísima que busca remediar yerros judiciales provocados por causas que no se conocieron durante el desarrollo del proceso. Por esto, y como quiera que la decisión judicial se vio distorsionada por ellas, es que la cosa juzgada pierde excepcionalmente su vigencia imperecedera, ante la necesidad imperativa de aplicar al caso concreto la decisión que consulte la justicia misma, objetivo último de las decisiones de los jueces. / Entendible resulta que la ley haya fijado taxativamente unas causales que contemplan todos los casos posibles de tropiezos judiciales de esto tenor. Uno de ellos es el de los hechos y pruebas nuevas, no conocidos cuando se realizaba el proceso, con la suficiente capacidad de cambiar favorablemente la situación jurídica del condenado. / Quien invoca esta acción es porque posee la suficiente información o las pruebas necesarias que lo han convencido de acudir a la jurisdicción que remedie el entuerto. Por ello, como exigencia cardinal de la demanda se encuentra "la relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición". Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Acción de revisión de FEBRERO 8 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda. Acción: Rocío Villamizar. Delito: Homicidio. Radicación número 9084. 279

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL. Aun cuando la ley le da al fiscal el carácter de "funcionario judicial", ha de tenerse en cuenta que ello es exclusivamente para aquellas competencias que por su propia naturaleza son judiciales en los sistemas acusatorios de mayor pureza que el nuestro, como ocurre con las medidas asegurativas, los allanamientos, etc. y que el constituyente para podérselas asignar al fiscal tuvo que darle a éste el carácter de funcionario judicial. En lo demás, fiscal y juez son realmente funcionarios diferentes. / En materia de impedimentos, por tener tal incidente influencia directa en la competencia, las causales son siempre taxativas, sin que sea per-

Págs.

mitido extensión o analogía alguna. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez. Aclaración de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de impedimento de FEBRERO 8 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Rafael M. Bernal D. Delito: Fraude procesal. Radicación número 9107. 223

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO). Remitirse a salvamento de voto de enero 28 de 1994. Radicación número 9035. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de impedimento de FEBRERO 8 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Radicación número 9107. 131

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO). Remitirse a salvamento de voto de enero 28 de 1994. Radicación número 9035. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de impedimento de FEBRERO 8 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Radicación número 9107. 138

IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (ACLARACION DE VOTO). Remitirse a la aclaración de voto de febrero 3 de 1994. Radicación número 9058. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Aclaración de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de impedimento de FEBRERO 8 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Radicación número 9107. 148

NULIDAD / COMPETENCIA / EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. Cuando la presunta nulidad por falta de competencia tiene como presupuesto un error en la denominación jurídica el cargo debe orientarse a demostrar dicho error, porque si él prospera, como consecuencia se asignará el conocimiento del proceso al funcionario competente. Pero no puede alegarse nulidad dando por demostrado lo que precisamente corresponde demostrar. / Aún tratándose de la causal tercera de casación (nulidad) el censor está en el deber de fundamentar y mostrar la razón de su dicho. / La figura contravencional de el ejercicio arbitrario de las propias razones exige la existencia de un derecho legalmente reconocible. / El error en la denominación jurídica de la infracción debe invocarse al amparo de la causal tercera de casación, porque en el evento de prosperar conllevaría la nulidad del proceso, y las nulidades dentro del régimen de este extraordinario recurso obedecen a normas y procedimientos específicos y sus motivos no pueden discutirse con apoyo en ninguna otra causal. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de FEBRERO 9 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Acción: Gonzalo Duque Gómez. Delito: Abuso de confianza. Radicación número 7990. 236

Pág.

NARCOTRAFICO. Es evidente que para sacar una sustancia estupefaciente del país es imperativo haberla adquirido, transportado, almacenado, llevado consigo o cualquiera otra de las conductas allí representadas en otros tantos verbos rectores; y en caso de que no se logre culminar el propósito perseguido, de todas maneras habrá responsabilidad por la conducta típica perfeccionada. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de FEBRERO 9 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Sandra Merchán Sierra. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación número 8082. 303

TENTATIVA / NARCOTRAFICO (SALVAMENTO DE VOTO). Sigo creyendo que lo jurídicamente correcto es atribuir esta forma específica de comportamiento, a otra conducta incriminadora (sacar del país), acción compatible con el tipo de la tentativa al no sobrevenir el resultado final apetecido, por circunstancias ajenas por completo, al querer del delincuente. No es posible prescindir de la dirección del acontecer causal conscientemente dirigido a alcanzar un resultado teleológico. Es de lamentar, entonces, que la actitud anímica del sujeto y su voluntad de adherirse con la esencia y fuerza de su querer, a un propósito determinado y cierto que traduce su propia debilidad humana, se suplante, sin más, por la voluntad condicionada de los juzgadores, por muy respetable que ésta sea. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de FEBRERO 9 DE 1994. Decisión: No casa. Radicación número 8082. 312

DEFENSA TECNICA / DEMANDA DE CASACION / NULIDAD. Según el artículo 308-3 del C. de P. P. sí puede plantearse por el coadyuvante la nulidad cuando la situación invalidante constituya desconocimiento de la defensa técnica y en todo caso, el precepto referido no impide a los demás sujetos procesales aducirla en el evento de presentarse. / Es claro que si cualquiera otro de los sujetos procesales, v.gr. el mismo Ministerio Público, no habiéndola coadyuvado la alega y demuestra, la invalidación puede y debe declararse. / La no práctica de pruebas necesarias para la defensa, es tema propio de la causal tercera de casación, dado que esa omisión bien puede generar nulidad por desconocimiento de tal derecho, y que además, no bastan las meras aseveraciones, sino que es indispensable la cabal demostración del yerro para que la pretensión de infirmación adquiera entidad. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de casación de FEBRERO 9 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Acción: José Gerardo y Luis H. Triana. Delito: Homicidio y hurto. Radicación número 8064. 316

EXTRADICION. De conformidad con las exigencias del artículo 549 del C. de P. P. en su numeral primero, es indispensable que se demuestre que los hechos que motivan la solicitud de extradición sean igualmente delictivos en Colombia —principio de la doble incriminación—, y para verificar el cumplimiento de la exigencia legal se hace indispensable hacer una comparación de las conductas y normas legales que motivan

Págs.

la solicitud en relación con la legislación vigente en Colombia. / Los tratados se extinguen por las siguientes causas: a) Por voluntad de las partes contratantes (abrogación) y ello es posible no sólo en los tratados bilaterales sino también en los multilaterales; b) Por caducidad del tratado, prevista en su propio texto; c) Por denuncia que del mismo haga una de las partes contratantes, que en los bilaterales conlleva la extinción del tratado, no así en los multilaterales; d) Por efectos de la guerra; y e) Por el cambio repentino e imprevisible de las circunstancias en que fue acordado el tratado (Teoría de la cláusula Rebus sic stantibus. Derecho Internacional Público. Charles Rousseau. e. Ariel Barcelona, págs. 49 y ss. de 1960). / La redacción del artículo tercero de la Ley 74 de 1935 se debe interpretar en el sentido de que la extradición no será posible si la prescripción de la acción o de la pena se ha producido simultáneamente en los dos países, por cuanto la preceptiva utiliza la conjunción copulativa "y" en lugar de la disyuntiva "o". / Tanto el concierto, como la comercialización y transporte de sustancias prohibida es igualmente típica en la legislación colombiana, pues hoy aparece concretamente prevista en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Extradición de FEBRERO 9 DE 1994. Decisión: Conceptúa favorablemente. Acción: William Randolph. Delito: Tráfico de estupefacientes. Radicación número 8317. 325

RECURSO. Si la impugnación no fue sustentada en oportunidad, no puede la Corte entrar a resolver alegaciones extemporáneas y menos cuando ellas están dirigidas a dar explicación de las razones por las cuales no cumplió con la carga procesal de sustentar el recurso dentro de los términos improrrogables que la ley le otorga para tal efecto. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de casación de FEBRERO 10 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Acción: Braulio Santos Rangel. Radicación número 8561. 335

REFORMATIO IN PEJUS / DEMANDA DE CASACION. Del inequívoco texto del artículo 31 de la C. N., surge que la restricción para que el superior desmejore la situación del acusado como único apelante hace referencia a la sentencia, pues sólo en ella se puede condenar a una pena y por lo mismo es a esa decisión que se restringe el alcance de imposibilitar agravación o desmejora. / El desconocimiento del precepto constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 31 de la Carta, como norma de contenido sustancial que sólo afectaría la legalidad de la sentencia sin interferencias hacia el interior del trámite procesal, constituiría no un vicio *in procedendo* propio de la causal tercera de casación sino un verdadero error *in judicando* a atacar en casación dentro de la causal primera. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de FEBRERO 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Héctor Heraldo Armero G. Delito: Homicidio. Radicación número 8122. 337

FUERO / JUSTICIA PENAL MILITAR / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Tanto el artículo 170 de la Constitución anterior como el artículo 221 del actual, consagran fuero funcional en favor de los miembros de la fuerza pública, consistente

Págs.

en que la autoridad competente para conocer de los procesos por los delitos que ellos cometan estando en servicio activo y en relación con el mismo servicio, es la conformada por los jueces y Tribunales Militares. En ese mismo sentido de la normatividad constitucional en comento, se desprende que cuando los militares no actúen en cumplimiento de deberes inherentes a su servicio en las Fuerzas Militares o ejecutando órdenes impartidas por sus superiores, o actuando en relación o con ocasión del mismo servicio, las autoridades competentes para conocer de la investigación y juzgamiento de esas conductas serán las de la llamada justicia ordinaria. / Al ser actualmente el juez el que determina el valor de los medios probatorios, teniendo en cuenta las reglas de lógica, la ciencia y la experiencia, no es válido pretender que se le dé un mayor valor a un medio que a otro, con una alegación propia de la instancia que es donde se puede debatir abiertamente las pruebas y el valor que a las mismas se les da por el funcionario judicial que adelanta el proceso. / Cuando se alega una violación directa de la ley sustancial, el censor debe aceptar los hechos y las pruebas en la forma como fueron plasmadas por el Tribunal, sin poder controvertir el material probatorio, debiendo concretarse a demostrar que una determinada norma de carácter sustancial fue dejada de aplicar, aplicada indebidamente o interpretada erróneamente. / No aceptar el alcance que a los diferentes elementos probatorios le dio el Tribunal, e indicar que los testimonios fueron interpretados erróneamente, implica adentrarse en el marco de la violación indirecta lo cual técnicamente no es posible, porque dentro de un mismo cargo no se puede alegar violación directa e indirecta de la ley sustancial. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de FEBRERO 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Miguel Antonio Barrero. Delito: Homicidio culposo. Radicación número 8138. 345

IMPUTABILIDAD / LEGITIMA DEFENSA. No en todos los casos en que las personas han ingerido alcohol el funcionario está en la obligación de proveer esta experticia, pues de la sola ingestión de estas sustancias no se sigue necesariamente ni la irresponsabilidad del acusado ni su inimputabilidad. / La constatación que se reclama depende de la observancia de la conducta antecedente y concomitante del acusado y de sus posteriores manifestaciones relacionadas con el hecho; el recuerdo que guarde sobre lo ocurrido, la coherencia de su relato, la lógica o la bizarría de las actitudes que asuma, etc., en cuanto puedan indicar desorden de su pensamiento o alteración de sus esferas volitiva o afectiva. / De ninguna manera puede invocarse frente a una nimiedad y con el pretexto de una inexistente ofensa la reacción justificante de la defensa legítima. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de FEBRERO 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: José Vicente Matiz C. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas. Radicación número 8134. 358

PRESUNCION DE INOCENCIA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Siendo el precepto del actual artículo 445 del Código de Procedimiento Penal

Págs.

una norma de contenido sustancial, a su desconocimiento o bien se llega por el juzgador de manera directa cuando a pesar de reconocer la falta de certeza necesaria para condenar se abstiene de aplicar la solución favorable contenida en el precepto por exclusión de la norma, interpretación errada o aplicación indebida de otra disposición distinta, o bien de modo mediato cuando a causa de errores de hecho o de derecho se falla en la estimación de las pruebas llegando al mismo efecto de inaplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal. / Necesario complemento será el de acreditar la transgresión de las normas procesales medio y obviamente la relación entre los errores y el sentido de la decisión que se pide dejar sin valor ni efecto, probando que de no haber ellos sucedido, otra distinta hubiese sido la suerte del proceso. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de FEBRERO 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Eduardo Acosta G., o Gutiérrez Acosta o John Peña. Delito: Homicidio. Radicación número 8275. 375

ACCION DE REVISION. En derecho es más importante la demostración que la afirmación, pues aquella convierte la afirmación en una realidad objetiva, en una verdad indispensable para obtener la certeza que se requiere para condenar, pero la sola afirmación, sin demostración sería inútil en el campo del derecho sobre todo cuando su utilización diera lugar a una injusta condena, que a su vez traería graves consecuencias para el fallador. / Para hacer viable el recurso de casación basta el error en la aplicación e interpretación de la ley, dejando indemne la realidad que presenta el proceso en el momento de juzgar. El vicio es de orden interno, procesalmente hablando. En el recurso más extraordinario de revisión, hechos posteriores al fallo de segunda instancia demuestran que la objetividad que se tuvo en cuenta entonces no era la verdadera y cambia la estructura básica del proceso, haciéndolo realmente distinto en sus planteamientos. / Es el hecho nuevo o las nuevas probanzas que no se tuvieron en cuenta en el debate lo que cambia la estructura fáctica del proceso que requiere una nueva decisión. / Si miramos la causal quinta, quien pretende la revisión debe demostrar cabalmente desde su interposición que la sentencia condenatoria se fundamentó en pruebas falsas. Magistrado ponente doctor Rafael Osorio Rodríguez, conjuez. Notas: Aclaración de voto del doctor Anselmo Chávez Narváez, conjuez. Acción de revisión de FEBRERO 15 DE 1994. Decisión: No admite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Julián Peláez Cano y Luis Felipe Arias Castaño. Delito: Falsedad agravada en documentos públicos. Radicación número 7005. 385

ACCION DE REVISION (ACLARACION DE VOTO). Magistrado ponente doctor Rafael Osorio Rodríguez, conjuez. Notas: Aclaración de voto del doctor Anselmo Chávez Narváez, conjuez. Acción de revisión de FEBRERO 15 DE 1994. Radicación número 7005. 396

CONEXIDAD / RESOLUCION DE ACUSACION / TESTIMONIO / NULIDAD. Razones de punibilidad fundadas en criterios de humanidad y política criminal admitidos legislativa y doctrinariamente, propician la inves-

tigación y fallo de delitos conexos bajo la misma cuerda para proscribir la acumulación aritmética de penas en el evento de investigaciones separadas; unificación condicionada al oportuno conocimiento que los distintos despachos judiciales lleguen a tener en los diversos procesos que en un momento dado se adelante contra uno o varios individuos. / La unidad procesal depende de la prueba existente y del criterio racional del funcionario que afirma o niega su existencia; de manera que su aceptación o rechazo no está elevada a la categoría de nulidad, siempre que no afecte las garantías constitucionales. Si la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad a condición de que no se afecten garantías fundamentales (inciso final art. 28 del C. de P. P.), no se ve de qué manera la investigación y fallo de hechos objetivamente entrelazados pueden dar lugar a la validez del proceso. / La única calificación atendible en procesos ventilados bajo el procedimiento breve y sumario del Decreto 180 de 1988, asimila "con largueza a la resolución de acusación" del procedimiento ordinario, aunque sin el carácter absoluto y definitivo que le atribuyen algunos demandantes, es la contenida en el auto de detención, cuyos cargos deben servir de pauta o derrotero a la sentencia impidiendo que el procesado sea sorprendido con la formulación de sindicaciones desconocidas, respecto a las cuales no tuvo la oportunidad de ejercitar su derecho de réplica. / No constituye motivo de nulidad por violación del derecho a la defensa, el que el defensor del procesado se abstenga de alegar dentro del término de traslado señalado para ello por el artículo 3º del Decreto 344 de 1989, reformatorio del 46 del Decreto 180 de 1988, porque esta es una facultad discrecional de la cual puede hacer o no uso para presentar sus puntos de vista a consideración del juzgador. / Siendo principio insoslayable el de limitación del recurso en virtud del cual cada una de las causales de casación tienen su propia y particular estructura, constituye serio atentado al mismo y a los principios de logicidad y no contradicción, mezclar dentro del mismo cargo argumentos de la causal tercera con los de la primera para atacar una misma situación fáctica. / Jurisprudencia y doctrina han coincidido en advertir que las declaraciones sobre buena conducta suelen tener un aspecto negativo porque a los declarantes no les consta nada malo contra la persona cuyo buen comportamiento juzgan. En cambio las contrarias o de mala conducta, se suelen edificar sobre hechos concretos sobre las cuales da razón el deponente. Confrontadas unas y otras, resultan ser más convincentes las últimas. / El testigo que se retracta de una inculpación reconoce que ésta no corresponde a la verdad y en tales condiciones, para poder ser apreciada su retractación por el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica, debe precisar y justificar los motivos que lo llevaron a cambiar radicalmente su versión. / La retractación o rectificación del testimonio debe ocurrir en diligencia penal o extrapenal con las formalidades propias del testimonio y no en diligencia de indagatoria, en la que el que se retracta interviene no como deponente sino como sindicado, sin los rigores o apremios del juramento. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación de FEBRERO 16 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal de Orden Público (hoy Tribunal Nacional). Acción: Luis A. Rubio Rojas y otros. Delito: Concierto para delinquir. Radicación número 7477. 400

Págs.

ACCION DE REVISION. La acción de revisión se promueve con miras a derruir esa cosa juzgada, razón por la cual sus causales son en verdad de existencia y comprobación excepcionales; y en relación con el tema probatorio solamente puede acudirse a hechos o pruebas nuevas que demuestren la inocencia o la inimputabilidad del condenado (causal tercera), o que el fallo fue producto de la delincuencia del juez o de un tercero (causal cuarta), o que la sentencia se fundamentó en una prueba falsa (causal quinta). Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Acción de revisión de FEBRERO 16 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha. Acción: Melquiades Antonio de Armas Bolaños. Delito: Homicidio. Radicación número 8997. 438

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Cuando se pretende un debate probatorio, no es dable evocar la violación directa, ya que en esta clase de censura se respetan las valoraciones fácticas o los hechos, tales como vienen dados por el Tribunal, centrándose la controversia en los aspectos jurídicos. / Toda consideración en relación con la prueba, escapa a la clase de violación directa. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación de FEBRERO 18 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José David Hernández. Delito: Homicidio culposo. Radicación número 8379. 439

FAVORABILIDAD. En materia civil es principio general y casi absoluto que la ley no es retroactiva en virtud de que considera que los derechos legítimamentes adquiridos no pueden ser vulnerados porque, de lo contrario, los ciudadanos vivirían en un permanente estado de inseguridad, sujetos siempre al capricho del legislador en turno. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Salvamento de voto del doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de segunda instancia de FEBRERO 20 DE 1994. Decisión: Confirma sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Carmen Garzón Díaz. Delito: Prevaricato. Radicación número 8658. 445

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO). Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Salvamento de voto del doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de segunda instancia de FEBRERO 20 DE 1994. Decisión: Confirma sentencia. Radicación número 8658. 456

DETENCION DOMICILIARIA / DETENCION EN EL LUGAR DE TRABAJO. Es claro que el nuevo Código de Procedimiento Penal establece varias categorías como medio de aseguramiento y por ello en el artículo 388 consagra que: "Son medidas de aseguramiento para los imputables la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso". / "El artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, emplea el término de domicilio para indicar el sitio de detención parcial cuando el sindicado deba proveer por disposición de la ley a la susbsistencia de una o más personas, siempre que no tenga en su contra sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional; que se le sindique

Págs.

por un delito cuya pena máxima no exceda de seis (6) años de prisión y que no haya eludido su comparecencia en la actuación procesal. Así mismo la detención podrá cumplirse en el lugar de trabajo, pero en todo caso el procesado deberá regresar al establecimiento carcelario inmediatamente después que termine sus labores diurnas o nocturnas las que, de acuerdo con la disposición debe realizarlas en un sitio determinado de trabajo o en su domicilio, es decir en su casa de habitación". Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación de FEBRERO 21 DE 1994. Decisión: Revoca y sustituye medida. Procedencia: Tribunal Superior de Buga. Acción: Rubiela Marín Orozco de Rayo. Radicación número 9151. 461

PRUEBA. En el derecho procesal penal no existen pruebas privilegiadas pues todas las legalmente arrimadas a una investigación, encuéntrese ésta en cualquiera de las etapas previstas del esquema procesal vigente, deben ser valoradas en igualdad de condiciones a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, y de otra, que en esta misma materia, el legislador le ha otorgado al juez plena libertad, lo que significa que de manera oficiosa o a petición de parte, pueda ordenar y practicar las probanzas que mayores probabilidades tengan de conseguir los objetivos propuestos. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de única instancia de FEBRERO 22 DE 1994. Decisión: No repone. Acción: Gustavo Alberto Galvis. Delito: Falsedad y/o. Radicación número 8862. 470

JUSTICIA PENAL MILITAR / CONSULTA. En la sistemática penal militar, conforme a lo prescrito en el artículo 431, todas las sentencias de primera instancia son consultables. Ello significa que, ineludiblemente, el Tribunal Superior Militar, hubiese o no recurrido el encartado, tenía la obligación de examinar la decisión tomada por el inferior, con la posibilidad de efectuar los ajustes que considerara convenientes, sin ningún tipo de limitación. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de FEBRERO 22 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Hansen Humberto Suárez G. Delito: Hurto agravado. Radicación número 8409. 476

ACCION DE REVISION / SENTENCIA ABSOLUTORIA / FALSEDAD. Antes de la vigencia del C. de P. P. de 1987, la acción de revisión sólo procedía contra las sentencias, siempre que éstas fueran de carácter condenatorio. / Sin embargo, el legislador de 1987 consideró necesario y conveniente para los fines de la justicia, como un esfuerzo en su lucha contra la impunidad, extender los efectos de la revisión a las sentencias absolutorias, pero únicamente cuando ellas fueran el resultado de un acto delictuoso del juez o de un tercero, o se apoyaran en peritación, testimonio o cualquiera otra prueba falsa. / Al extender el legislador, la acción de revisión a los autos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación, en lógica jurídica la competencia para conocer de dicha acción, corresponde a la Corte o a los Tribunales, dependiendo siempre de que el fiscal que haya dictado las aludidas providencias sea delegado ante los jueces de un distrito o ante el Tribunal Superior. / El motivo de revisión contemplado en el numeral 5º del artículo 232 del C. de P. P., sólo procede cuando se demuestre

Págs.

"...EN SENTENCIA EN FIRME, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa". No es suficiente en consecuencia, con que se afirme en la demanda la posibilidad de la existencia de un elemento de prueba falsa. Es indispensable, que en sentencia en firme se haya declarado la falsedad del testimonio, peritación o documento que sirvió de sustento a la sentencia o al auto de preclusión. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Acción de revisión de FEBRERO 23 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería. Acción: Feliciano Pérez García. Delito: Abuso de autoridad. Radicación número 9148. 482

DOLO / PREVARICATO. El dolo inherente al tipo penal de prevaricato consiste en el conocimiento que el funcionario tiene de que su conducta se opone manifiestamente a la regulación legal pertinente y a la voluntad de ejecutarla conforme a ese conocimiento. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de segunda instancia de FEBRERO 23 DE 1994. Decisión: Confirma sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Domingo Pérez G. Delito: Prevaricato. Radicación número 8962. 486

DICTAMEN / PERITO / PERJUICIOS. La neutralidad (imparcialidad) del dictamen frente a cuestiones ajenas a su función explicativa, la garantiza el legislador prohibiéndole al perito, en todos los casos, de manera absoluta, la emisión de cualquier juicio de responsabilidad penal. / Una vez establecida la existencia del perjuicio, el juez tiene la facultad-deber de determinar su cuantía, en acatamiento del artículo 55 del C. de P. P., pues esta norma le ordena al funcionario que conoce el proceso penal liquidar los perjuicios que en él se hubieren acreditado. / El inciso 2º del artículo 106 del Código Penal para el evento de la liquidación de los perjuicios morales, señala que ésta "se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza o consecuencia del agravio sufrido", en tanto que las directrices para la liquidación de los perjuicios materiales, el inciso 2º del artículo 107 *ibídem*, dispone que ella "se hará teniendo en cuenta factores como 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". Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de segunda instancia de FEBRERO 23 DE 1994. Decisión: Revoca numerales y confirma. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Stella María Reyes Neira, Exjuez Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. Radicación número 9061. 493

ESTAFA. Aceptar que el valor del objeto rifado sólo debe tenerse en cuenta cuando siendo legal la rifa se impaga el premio, es aceptar como delito el simple incumplimiento de una obligación de hacer. Cuando en una rifa fraudulenta una boleta resulta ganadora, la cuantía es la del objeto ofrecido como premio por ser la boleta premiada título negociable por quienes desconocen el fraude. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación de FEBRERO 24 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal

Págs.

Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Jaime Hildebrando Ferrucho Escobar. Delito: Estafa. Radicación número 8355. 498

ESTAFA (SALVAMENTO DE VOTO). La doctrina de manera muy uniforme ha sostenido que en este delito (estafa), el daño patrimonial que sirve para determinar su cuantía, se establece comparando el patrimonio económico de la víctima antes y después de la intervención punible del estafador, para fijar su diferencia cuyo monto, es la medida de la cuantía. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación de FEBRERO 24 DE 1994. Radicación número 8355. 507

ACCION DE REVISION. La acción de revisión por su naturaleza, presupone una competencia privativa que descarta la segunda instancia de las providencias interlocutorias que se profieran en su trámite y de la sentencia que pone fin a la misma. Ello emerge diáfano, no sólo en relación con las que son de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia (art. 68, numeral 2º del Decreto 2700 de 1991), sino también en relación con aquellas cuyo conocimiento se asigna a los Tribunales Superiores de Distrito (art. 70, numeral 3º del precitado decreto). Nótese cómo el artículo 70 a que hace mención, al determinar las competencias de los Tribunales, bajo los numerales 3º, 4º y 5º y con clara diferenciación de los numerales 1º y 2º donde relaciona los asuntos de su competencia en segunda y primera instancia, determinan que conocerán también de la "acción de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces de su respectivo distrito", de las solicitudes de cambio de radicación dentro del mismo distrito, y de las colisiones de competencia que se presenten entre jueces del circuito del mismo distrito, asuntos todos estos que se identifican en cuanto su trámite es de única instancia. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de segunda instancia de FEBRERO 24 DE 1994. Decisión: Se abstiene de dar curso a la apelación. Procedencia: Tribunal Superior de Neiva. Acción: Benjamín Gasca. Delito: Homicidio. Radicación número 9177. 512

REHABILITACION / PENA ACCESORIA. En desarrollo del precepto constitucional, hoy artículo 98 inciso 2º del Código Penal prevé la de las penas señaladas en el dicho estatuto con la única excepción "la expulsión del territorio nacional" (art. 92) y con el cumplimiento de las exigencias allí indicadas. / Con todo, el legislador al señalar los mecanismos de procedimiento para la efectividad del derecho, con buen criterio, estableció dos clases de rehabilitación: La que opera *"ipso jure"* porque ha tenido cumplimiento o se ha extinguido, siendo suficiente para su logro lo dispuesto en el artículo 71 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986); y la rehabilitación propiamente dicha, que presupone obviamente la vigencia de la pena y la decisión judicial correspondiente (arts. 526 y ss. del C. de P. P.). / El artículo 55 del C. P. señala la forma como han de cumplirse las penas accesorias así: "Se aplicarán de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ellas. Cumplida esta, empezará a correr el término señalado para aquellas en la sentencia, salvo lo dispuesto en

el artículo 68". / Significa esto, entonces, que si en la sentencia se otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional sin la excepción señalada en el artículo 69 *ibidem*, ya no hay lugar a ella porque se extinguió con el debido cumplimiento del período de prueba fijado en el respectivo fallo. / Aspecto diferente es, cuando al otorgarse el subrogado, se exceptúa de éste la pena accesoria, en cuyo evento ha de considerarse esa pena accesoria como no concurrente con la principal, y para su rehabilitación ha de tenerse en cuenta la regla del inciso final del artículo 92 del Código Penal que dice: "Si no concurrieren con pena privativa de la libertad, la rehabilitación no podrá pedirse sino dos años después de ejecutoriada la sentencia en que ellas fueron impuestas". / Si en la sentencia no se otorgó el subrogado, el término de la pena accesoria se empezará a contar desde el día siguiente a aquel en que se dio como cumplida la pena privativa de la libertad y si hubiere lugar a la rehabilitación deberá solicitarse dentro del término señalado en el artículo 92 del C. P., inciso 2º o en la forma indicada en el Código Electoral, una vez se haya cumplido, y aún de oficio, como lo prevé el inciso final del artículo 55 del C. P. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de segunda instancia de FEBRERO 24 DE 1994. Decisión: Revoca en cuanto a rehabilitación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó. Acción: Joaquín Rodríguez Ibargüen. Delito: Violación a la Ley 30 de 1986. Radicación número 9150. 515

JURADO DE DERECHO. El artículo 110 de la Constitución Nacional, atribuyó de manera exclusiva a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, el Congreso de la República, los Tribunales y Jueces de la Justicia Penal Militar, la función de administrar justicia. Estableció además, que excepcionalmente los particulares podían ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, pero únicamente en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o equidad. / Ante la claridad del anterior precepto, la institución denominada de los Jurados de Derecho, como particulares agregados a los Jueces de Circuito en la labor de administrar justicia, en determinados procesos, no encaja en forma alguna dentro de la voluntad del constituyente sobre la organización judicial, ni se adecúa a los taxativos casos en que los particulares pueden administrar justicia. Así lo entendió la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, cuando mediante Acuerdo del 27 de mayo de 1992, se abstuvo de elaborar y remitir las listas de dichos jurados de derecho por considerar su establecimiento dentro del C. de P. P. como contrario a la Constitución Nacional. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación de FEBRERO 25 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Alvaro Hernández Ramírez. Delito: Homicidio. Radicación número 8302. 619

EXTINCION DE LA PENA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / COMPETENCIA. La Sala Penal de la Corte conserva la competencia para extinguir la pena de acuerdo al contenido del artículo 15 transitorio del C. de P. P. habida cuenta de que en su momento y con la compe-

Págs.

tencia que le otorgaba el numeral 8º del artículo 68 del Decreto 050 de 1987, profirió la sentencia de condena. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de única instancia de FEBRERO 28 DE 1994. Decisión: Declara extinguida la pena. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: José A. Velásquez García. Radicación número 1385. 526

COLISION DE COMPETENCIA / EXTORSION. Sobre la competencia para conocer de los delitos de extorsión, las normas que en definitiva quedaron derogadas por la expresa previsión legislativa, son aquellas especiales adoptadas como legislación permanente y que, la Ley 81 de 1993, queda como única fuente jurídica de inmediato y obligatorio cumplimiento en esa materia en tanto que no vulnera el principio constitucional del favor rei, a cuyos parámetros de competencia deben ajustarse los procesos en curso y los por iniciarse a partir de su vigencia. / Frente a los parámetros de la Ley 81 de 1993, se tiene que la cuantía "cuando se trate de delito de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales". Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de colisión de competencias de FEBRERO 28 DE 1994. Decisión: Atribuye el conocimiento. Procedencia: Juzgados 21 Penal del Circuito y Regional de Medellín. Acción: Santiago de J. Pérez Herrera y otro. Delito: Extorsión. Radicación número 9110. 531

COLISION DE COMPETENCIA / SECUESTRO EXTORSIVO. Los jueces regionales conocen de dos clases de secuestro: a) Del secuestro extorsivo sin necesidad de que concurra ninguna circunstancia específica de agravación; y, b) Del secuestro simple cuando se presente cualquiera de las circunstancias citadas en el artículo 71 numeral 5º. / Los jueces penales del circuito sólo conocen del delito de secuestro simple, cuando no concurra ninguna de las circunstancias de agravación antes señaladas. / No se pase por alto que de acuerdo con la Ley 40 de 1993 (por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones), artículo 3º, existen agravantes tanto para el secuestro extorsivo que define en su artículo 1º, como respecto del secuestro simple (parágrafo), que tipifica en el artículo 2º. / En este sentido y con la precisión de que la "o" que utiliza el referido numeral 5º de la Ley 81 es disyuntiva y no copulativa se resolverá el conflicto. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de colisión de competencias de MARZO 2 DE 1994. Decisión: Dirime colisión al Juzgado Regional. Procedencia: Juzgado Regional de Cali y Juzgado Sexto Penal de Popayán. Acción: Jaime Ibanchi y otro. Delito: Secuestro. Radicación número 9149. 538

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / JUEZ DE CIRCUITO / PORTE ILEGAL DE ARMAS. En torno a la munición blindada la misma era considerada como de uso privativo de las Fuerzas Militares, según el artículo 4º del Decreto 2003 de 1982. / El artículo 2º del Decreto 3664 de 1986 (adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), sanciona con tres a diez años de prisión a quien, sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, repare,

págs.

almacene, conserve, adquiera, suministre o porte dicha clase de municion. / Entonces teniendo como base esa normatividad, la competencia para conocer de lo atinente a la municion citada, sería del Juzgado Regional, a tenor del articulo 71-4 del C. de P. P., justamente por ser considerada esa municion como de uso privativo de las Fuerzas Militares. / Empero, el 17 de diciembre de 1993, el Gobierno nacional dictó el Decreto 2535, "por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos", cobijando en sus 111 articulos todo lo relacionado con la materia. / Por parte alguna de ese decreto se dispone, como lo hacia el estatuto derogado, que la municion de tipo blindado sea de uso privativo de las Fuerzas Militares. En efecto el articulo 8º define y clasifica las "armas de guerra o de uso privativo de Fuerza Pública", incluyendo en su literal j) "las municiones correspondientes al tipo de armas enunciadas en los literales anteriores" dentro de lo cuales no se relaciona la pistola calibre 7.65 mm. / Lo referente a la municion blindada queda, pues, regulado por el articulo 1º del Decreto 3664 de 1986 hoy articulo 1.1. del Decreto 2266 de 1991. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de colisión de competencias de MARZO 2 DE 1994. Decisión: Dirime competencia del Juzgado Penal del Circuito de Medellín. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito y Juzgado Regional de Medellín. Acción: Francisco Monsalve. Delito: Porte ilegal de armas y municiones. Radicación número 9012. 542

PRUEBA / NULIDAD. No practicar una prueba sustancial es motivo de nulidad si el casacionista demuestra la incidencia trascendental de esa omisión probatoria. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación de MARZO 2 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Carlos Daniel García. Delito: Homicidio culposo. Radicación número 8679. 546

PRESCRIPCION / SENTENCIA / SEGUNDA INSTANCIA / HOMICIDIO CULPOSO. El delito de homicidio culposo sin circunstancias específicas de agravación punitiva, tiene una pena máxima de seis años de prisión, según el artículo 329 del C. Penal. / La sentencia de segunda instancia por no hallarse ejecutoriada, al ser el recurso de casación un medio impugnativo de efecto suspensivo, no interrumpe el proceso de prescripción. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de casación de MARZO 3 DE 1994. Decisión: Declara prescrita la acción penal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Jaime Hernández Camacho. Delito: Homicidio culposo. Radicación número 8491. 552

PREVARICATO POR ACCION. El tipo penal actual de prevaricato por acción no requiere para su estructuración de ninguna de las circunstancias mencionadas por la defensa u otra análoga (mala fe, odio, dádivas, promesas, amistad), le es suficiente que la decisión sea manifiestamente contraria al derecho aplicable. Basta pues, que conociendo el precepto regulador del caso se niegue el funcionario a aplicarlo o lo aplique torcidamente, para que la contrariedad entre su actuar y la ley resulte manifiesta y por ende, sea prevaricadora; es que todo fun-

Págs.

cionario y muy particularmente quien exhibe la calidad de juez, como lo ordena la Constitución, "sólo está sometido al imperio de la ley", siempre que esa ley sea válida o conforme con la Carta Política. Ello, sin embargo, no indica que el juez no pueda interpretar el precepto cuando éste ofrece imprecisión en su sentido y que en ese juicio pueda equivocarse de buena fe; es el error invencible que como causal de inculpabilidad trae nuestra legislación penal en su artículo 40. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto de los doctores Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia de MARZO 3 DE 1994. Decisión: Adiciona, revoca y confirma. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó. Acción: Doris Verbel Vergara, Exjuez Promiscuo Municipal de Riosucio (Chocó). Delito: Prevaricato por acción. Radicación número 8534. 555

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO). Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de segunda instancia de MARZO 3 DE 1994. Radicación número 8534. 585

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO). Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia de MARZO 3 DE 1994. Radicación número 8534. 572

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / NULIDAD. La discordancia entre el fallador y el demandante para efectos de la casación, debe provenir de comprobados yerros de apreciación de la prueba en la sentencia, no de la visión que la parte demandante asuma de la misma en su propio natural interés, pues que ello atentaría contra el principio de seguridad de los fallos judiciales y comportaría el desconocimiento por el juez de casación, de la facultad que asiste al de las instancias para valorar racionalmente los elementos de juicio allegados a la investigación. / Si de errores de procedimiento en el trámite correspondiente se trata, no es a través de la causal 1ª, sino de la 3ª de casación que ha de efectuarse el reclamo porque apunta a la invalidación procesal, mientras que la 1ª reconoce su validez pero cuestiona la formación del juicio en el sentenciador, sea por fallas de evaluación probatoria, o de selección, o de interpretación normativa. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de casación de MARZO 3 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Oswaldo A. Díaz, Jorge Reinel Chivata y otros. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación número 8364. 573

PROCEDIMIENTO ABREVIADO / RESOLUCION DE ACUSACION. En el procedimiento abreviado, el auto que resuelve la situación jurídica provisional del implicado equivalía a la resolución de acusación. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de MARZO 3 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé

Págs.

de Bogotá. Acción: Blas Fernando Salinas S. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación número 8183. 587

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de MARZO 3 DE 1994. Radicación número 8183. 595

PRESCRIPCION / REBAJA DE PENA. Se recuerda que el fenómeno prescriptivo tal como está concebido en el artículo 80 del C. P., tiene en cuenta la pena fijada en la ley en forma abstracta para el delito respectivo, pero atendida siempre la presencia de circunstancias específicas que aumenten o disminuyan esa tarifa abstracta, señalando límites máximos para la ocurrencia del fenómeno. / La norma no alude a la pena que el juez impone al procesado en el caso concreto como efecto de la tasación que dentro de los límites mínimo y máximo de la pena contemplada en la ley debe efectuar, porque cuando el funcionario cuantifica la sanción no varía la penalidad abstracta del precepto sustancial en el cual encaja la conducta del sentenciado, sino que se mueva dentro de ella; y es de destacar como, la función del máximo abstracto punitivo se materializa sólo para el fenómeno prescriptivo, prolongándose dicha función en algunos casos. / Cuando de delitos cometidos por empleado oficial, o iniciados o consumados en el exterior se trata, el Estado retiene su potestad punitiva por encima de la duración de la penalidad máxima abstracta durante lapsos determinados por los artículos 81 y 82 del C. P., debiendo integrarse estos lapsos adicionales a los previstos en el artículo 80; lo que en otras palabras significa, que en cualquiera de tales eventos el término de prescripción se elevará por sobre la pena abstracta contemplada en la ley para el delito. / La tesis de que en la contabilización del término prescriptivo debe surtir efectos la rebaja de pena de la Ley 48 de 1987 dado que el delito se cometió antes del primero de julio de 1986, tampoco merece acogida, pues que tal rebaja incide en la tasación de la pena que el juez debe realizar, y no modifica el máximo abstracto punitivo del delito para los efectos prescriptivos. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de casación de MARZO 3 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Mario Augusto Garzón Z. Delito: Falsedad en documento. Radicación número 8455. 596

SECUESTRO EXTORSIVO / SECUESTRO SIMPLE / COLISION DE COMPETENCIA. La Ley 40 de 1993 en su artículo 3º, ha señalado circunstancias específicas de agravación punitiva que son predicables tanto del secuestro extorsivo como del simple. Idéntico tratamiento reciben otros tipos penales, como por ejemplo el hurto, donde el artículo 351 del C. P. consagra circunstancias de agravación que son comunes al hurto simple y al calificado. / Con fundamento en lo anterior es preciso concluir que el legislador quiso en el artículo 9-5 de la Ley 81 de 1993, otorgar competencia a los jueces regionales, para conocer de aquellos delitos de secuestro que ofenden con mayor intensidad el bien jurídico protegido por la norma y que conllevan una mayor punibili-

Págs.

dad. Por eso en dicho precepto al estatuir que los jueces regionales conocen "...De los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6º, 8º y 12 del artículo 8º de la Ley 40 de 1993", los está otorgando a dichos funcionarios competencia para juzgar no sólo el secuestro extorsivo, sino además el secuestro simple agravado por las tres circunstancias específicas de mayor punibilidad a que alude la norma. / En su sentido natural, obvio y de lógica jurídica, la letra "O" debe entenderse como una conjunción disyuntiva, que diferencia y separa los dos conceptos del secuestro extorsivo y el del secuestro simple agravado por los numerales 6º, 8º y 12 tantas veces citados, dejando como de competencia de los Jueces Penales del Circuito, únicamente el secuestro simple y el simple agravado por cualquiera de los motivos de que trata el artículo 8º de la Ley 40 de 1993, excepción hecha del agravado por las tres circunstancias a las cuales se refiere el artículo 9-5 de la Ley 81 de 1993 que modificó la competencia que para los jueces regionales otorgaba el artículo 71 del C. Penal. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de colisión de competencias de MARZO 3 DE 1994. Decisión: Dirime la colisión. Procedencia: Juzgado Regional de Cali. Acción: Carlos Alberto Romero López. Delito. Secuestro extorsivo. Radicación número 9137. 602

CONTROL DE LEGALIDAD / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Debe concluirse que el artículo 54 de la Ley 81 de 1993 al adicionar el C. de P. P. con el artículo 414 A, y disponer que los jueces de conocimiento puedan intervenir en el sumario para revisar la legalidad de la medida de aseguramiento proferida por un fiscal, está estableciendo una mixtura inaceptable entre las funciones de investigación y juzgamiento, y los hace intervenir indebidamente —contra la voluntad del constituyente— en una actividad que es propia de la Fiscalía, con manifiesto quebrantamiento del orden jurídico. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de única instancia de MARZO 3 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Fiscal Tercero Delegado ante la Corte. Acción: Alvaro Gómez Suárez, Exgobernador del Departamento del Amazonas. Delito: Falsedad. Radicación número 9099. 607

CONTROL DE LEGALIDAD (SALVAMENTO DE VOTO) / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO (SALVAMENTO DE VOTO). Con este texto, de tan nítido perfil sobre lo que se quiere en estas materias, es imposible procurar la decadencia del control de legalidad de las medidas de aseguramiento, establecido por el artículo 414 A del C. de P. P. (Ley 81 de 1993, art. 54), tan delicado, prudente y equilibrado, como se tendrá ocasión de destacar. / Podría el legislador establecer otra serie de controles sin quebrantar la Constitución y mirando en ello la fudamentalidad de una medida, así un proveído de embargo de bienes también podría ser objeto de un control de legalidad y esto en nada afectaría el esquema acusatorio, ni lo entrabaría ni lo desconocería ni lo desvirtuaría. Los controles, en justa proporción y regulación adecuada, tienen que ser bien mirados y bienvenidos. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de única instancia de MARZO 3 DE 1994. Radicación número 9099. 617

Págs.

EXTRADICION. Para que la extradición pueda ofrecerse o concederse, deben estar suficientemente demostrados los siguientes requisitos sustanciales: a) Identificación plena del requerido; b) El principio de la doble incriminación o correlación legislativa, con la exigencia adicional de que el delito se encuentre reprimido en la legislación colombiana con una sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años; c) El principio de la equivalencia de la providencia foránea en que se sustenta la solicitud, con la resolución acusatoria de la legislación interna; y d) Que tratándose de extranjeros no se proceda por delitos políticos o de opinión. / Si se armonizan, entre sí, las normas contenidas en el Título I del Capítulo VI del Código Penal Italiano que regulan lo relativo a las medidas cautelares de carácter personal, dentro de las cuales se encuentra con el calificativo de coercitiva, la "custodia cautelar en establecimiento carcelario", pronto se concluye que ésta puede homologarse con providencias de similar naturaleza que en la legislación nacional se conocen como medidas de aseguramiento (art. 388 del C. P.), pero en modo alguno con la resolución de acusación (art. 441 *ibidem*). Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extradición de MARZO 7 DE 1994. Decisión: Conceptúa desfavorablemente. Procedencia: Oficina Jurídica Minjusticia. Acción: Federico Egidi. Delito: Narcotráfico. Radicación número 3486. 622

EXTRADICION. Los objetivos, competencia y fines de la intervención de la Corte Suprema de Justicia en los casos de extradición, como bien lo apunta el artículo 553 del Decreto 2700 de 1991, cuanto se revisa es la "validez formal de la documentación presentada", la identidad plena del requerido, el principio de doble incriminación y el obedecimiento de los tratados públicos, sin que remotamente siquiera pueda pensarse en la posibilidad de desconocer ni la soberanía de otro país para juzgar a sus súbditos, ni el valor de las pruebas aportadas o el acierto de las decisiones emanadas del Estado reclamante. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Extradición de MARZO 7 DE 1994. Decisión: Rechaza por extemporánea. Acción: Angelo Cereser. Radicación número 0000. 629

ACCION DE REVISION / ACCION CIVIL / PARTE CIVIL. Cuando el ofendido o perjudicado opta por el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, requisito indispensable le es constituirse formalmente en parte mediante la presentación de la formal demanda de que trata el artículo 46, y siempre y cuando concurra en la oportunidad legal prevista en el artículo 45, esto es, hasta antes que se profiera sentencia de segunda o de única instancia. Dados estos presupuestos, resulta comprensible que cuando el artículo 233 del C. de P. P. señala quienes son titulares de la acción de revisión, su referencia a "los titulares de la acción civil dentro del proceso penal" debe entenderse hecha a quienes llegaron a constituirse en parte dentro de la actuación que intenta revisarse, pues fue a ellos a quienes vinculó el fallo injusto o impidió proseguir allí con la realización de su interés el auto de preclusión o cesación de procedimiento. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Acción de revisión de MARZO 7 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal

Págs.

Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Jorge Armando Sáchica. Delito: Homicidio. Radicación número 9075. 633

CASACION DISCRECIONAL / COMPETENCIA. Si el señor apoderado de la parte civil quería interponer el recurso extraordinario por la vía excepcional prevista en el último aparte del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, estaba en el deber de advertirlo así dentro del término legal que le asistía para impugnar el fallo de segunda instancia, pues la oportunidad para interponer la casación ordinaria o la excepcional es una sola, haciéndose obligado para el Tribunal saber por qué opción se inclina el recurrente, pues de ser la ordinaria la competencia es suya para pronunciarse, pero si es la excepcional le incumbe restrictivamente a la Corte hacer uso de su discrecionalidad para determinar si se dan o no razones que justifiquen la admisibilidad, considerando los fundamentos que le haya dado el enervante. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de casación de MARZO 7 DE 1994. Decisión: Niega el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Acción: Carlos Antonio Cárdenas Rodríguez. Delito: Fraude procesal. Radicación número 9161. 630

EXTORSION / COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL. El artículo 11 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 73 del Decreto 2700 de 1991 en uno de sus incisos establece: "La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho" (negrilla de la Corporación). Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de colisión de competencias de MARZO 7 DE 1994. Decisión: Dirime colisión. Procedencia: Juzgado Regional de Medellín. Acción: Gustavo Arango Zapata y otros. Delito: Extorsión. Radicación número 9109. 642

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA. El falso juicio de identidad se presenta cuando el juzgador distorsiona o tergiversa objetivamente el significado de la prueba, haciéndole producir efectos demostrativos contrarios a su propia esencia, o lo que es lo mismo, cuando la verdad se muta para hacerle decir a un medio algo que no encierra dentro de su contenido. El falso juicio de existencia tiene a su vez cabida en aquellos eventos en que los falladores suponen o consideran como prueba un medio inexistente dentro del plenario, o cuando omiten la consideración de pruebas debida y oportunamente allegadas y relevantes para el sentido de la decisión. / Para que la censura con invocación de los errores antes citados pueda ser estudiada de fondo por parte de la Corte, resulta indispensable que la equivocación se demuestre de manera manifiesta, precisa, contundente, sin que las simples apreciaciones personales o la sola disparidad de criterios entre el casacionista y el juzgador sirvan como fundamento del ataque. Tendrá además que desquiciar la prueba toda sobre la cual reposa el fallo sus premisas, para entrar luego a demostrar la incidencia que el propuesto error tuvo en el fallo, acreditando de qué manera otra distinta hubiese sido la decisión final adoptada de no haberse incurrido en el defecto, so riesgo de que el esfuerzo del casacionista quede trunco. Y han de precisarse las normas sustanciales

Págs.

que resultaron violadas, indicando si la violación se dio por la falta de aplicación, o por aplicación indebida. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de MARZO 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. Acción: Alberto Tobón Vélez. Delito: Homicidio. Radicación número 8210. 646

FUERO / CONGRESO. La Carta Política en su artículo 185 creó como expresión del mismo derecho político, una jurisdicción especialísima para el juzgamiento de los congresales, en tratándose de las "opiniones y votos que emitan en el ejercicio del cargo". Será, pues, la respectiva Cámara a la que pertenezca el parlamentario el órgano competente para este tipo de juzgamiento, el que se realizara conforme el correspondiente reglamento disciplinario. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Unica instancia de MARZO 8 DE 1994. Decisión: Remitir a la Cámara de Representantes. Acción: Manuel Cepeda Vargas, congresista. Radicación número 9005. 661

SANA CRITICA / CASACION DISCRECIONAL. Al juez corresponde la valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y no coincidir sus conclusiones con las de la defensa no solamente es una situación normal dentro de la dinámica del proceso, sino que con ello no se viola ninguna garantía. / La discrecionalidad que la ley le otorga a la Sala Penal no llega hasta el extremo de que pueda dar vía libre a la tramitación del recurso extraordinario para revivir un debate probatorio ya superado, pues como ya se dijo, tratándose de la modalidad de casación excepcional sólo procede si se considera necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de casación de MARZO 8 DE 1994. Decisión: Inadmite el recurso. Procedencia: Juzgado 3º Penal del Circuito de Santafé de Bogotá. Acción: Orlando Zea Mora. Delito: Abuso de confianza. Radicación número 8877. 667

PREVARICATO / TIPICIDAD. El inciso final del artículo 16 de la Resolución número 869 del 23 de octubre de 1992 expresa: "La mesa directiva de cada una de las Cámaras determinará que empleados públicos continuarán al servicio del Congreso, siempre y cuando estos no sean sujetos de indemnización o pensión y bajo ninguna circunstancia su número podrá exceder del 15 por ciento de la planta actual". Esto es que el requisito de la continuidad o permanencia en el servicio de los empleados públicos dependía de que no fueran indemnizables (retiro compensado) o pensionables. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de única instancia de MARZO 9 DE 1994. Decisión: Se inhibe. Acción: José Blackburn y otros, senadores de la República. Radicación número 8741. 670

DEMANDA DE CASACION / PRUEBA. Las consideraciones probatorias que pueden ser válidas en las instancias, no lo son en el recurso extraordinario de casación, puesto que la dialéctica del recurso exige el cenimiento a precisas regulaciones que de no ser cumplidas, hacen imprósperas las pretensiones del recurrente. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación de MARZO 9 DE 1994.

Págs.

Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Gabriel Antonio Acevedo A. Delito: Homicidio, lesiones personales y porte ilegal. Radicación número 8367. 878

IRA E INTENSO DOLOR / INIMPUTABILIDAD. El artículo 60 apunta a reducir el quantum de la pena sobre la base de la actividad consciente y libre, en tanto que el trastorno mental conduciría a un estado de inimputabilidad y por lo mismo a aplicar medidas de seguridad mas no a penas. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de MARZO 9 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente y de oficio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Eduardo Aldana Mendoza. Delito: Homicidio y lesiones personales. Radicación número 8304. 684

LIBERTAD CONDICIONAL / REBAJA DE PENA. Según los términos del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, en caso de confesión, el procesado tendrá derecho a una "reducción de pena" de una tercera parte de la que le corresponde por su conducta, es decir, que el sentenciador al momento de dictar sentencia, deberá fijar la sanción que debe cumplir definitivamente el condenado. La pena así determinada, será la base para cualquier cómputo que deba realizarse en los eventos de los beneficios como lo serán la condena de ejecución condicional, libertad provisional o libertad condicional. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación de MARZO 9 DE 1994. Decisión: Niega libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. Acción: Robert A. Cantillo Bolívar. Delito: Homicidio agravado. Radicación número 8694. 895

COMPETENCIA / DEMANDA DE CASACION / AUTO INTERLOCUTORIO. Si bien el artículo 224 del estatuto procesal autoriza que la decisión que concede el recurso de casación se expida a través de un auto de sustanciación, tal permisión no se extiende a la situación opuesta. En tales condiciones y por decidir sobre un aspecto sustancial, como es este de negar el derecho a acceder a una vía legal, la determinación debe ser motivada y por tanto, interlocutoria. Y no podría ser de otra manera, pues cualquier decisión que revierta en perjuicio del procesado ha de provenir de un juez, el cual, en las corporaciones se integra con un determinado número de magistrados y no con uno solo de ellos, a excepción de las salvedades que la propia ley consagra. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Salvamento de voto del doctor Didimo Páez Velandia. Recurso de hecho de MARZO 9 DE 1994. Decisión: Declara la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior de Tunja. Acción: Jaime Cervera Isaza y otro. Delito: Homicidio agravado y hurto calificado. Radicación número 9123. 699

DEMANDA DE CASACION (SALVAMENTO DE VOTO) / AUTO DE SUSTANCIACION / AUTO INTERLOCUTORIO. Como el legislador ordenó sin duda que la decisión sobre concesión o denegación del recurso debe ser tomada por auto de sustanciación y los autos de esta naturaleza serán siempre proferidos por el magistrado ponente cuando el juez es colegiado (art. 182 del C. de P. P.), ello y sólo ello explica el por qué el auto en comento sea siempre dictado por el magistrado ponente

Págs.

del Tribunal respectivo y no por la Sala. / La motivación no es característica exclusiva de los autos interlocutorios, ya que muchos de sustanciación son y deben ser motivados. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Salvamento de voto del doctor Didimo Páez Velandia. Recurso de hecho de MARZO 9 DE 1994. Radicación número 8123. 703

CALUMNIA. De conformidad con la preceptiva del artículo 314 del Código Penal, el delito de calumnia básicamente se estructura por la imputación falsa que a otro se haga de algún hecho punible. Esa atribución de determinada acción u omisión, debe tener tal condición, esto es, que no corresponda a la realidad y estar referida exclusivamente a hechos a los cuales la misma ley les ha otorgado el calificativo de punibles, que para efectos penales, son los mentados en el artículo 18 del Código Penal. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Unica instancia de MARZO 9 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Acción: Carlos García Orjuela, representante a la Cámara. Delito: Calumnia. Radicación número 8999. 705

COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / NULIDAD / CONFESION. Obligatoriamente, sin importar el estado del proceso, sin tenerse en cuenta el factor temporal, ni mucho menos las diferentes especies delictivas, la Jurisdicción de Orden Público debe conocer de los punibles que se le atribuyen y de los conexos con ellos, incluso sin tomar en cuenta otras jurisdicciones que pudieran tener algún tipo de injerencia en el asunto —con las excepciones legales allí previstas— jurisdicción de menores y casos de fuero constitucional y con la salvedad, naturalmente del principio de favorabilidad. / Como quiera que la normatividad que regía los procesos que se ventilaban ante la Jurisdicción de Orden Público presentaba diferencias con la ordinaria, debe observarse si este comportaba algunos instrumentos procesales favorables para los intereses de los acusados. De ser así, y al estar demostrado que los hechos se sucedieron bajo su vigencia, habría necesidad de continuar aplicando sus previsiones. / En la etapa de la causa es de ver una diferencia fundamental: En la jurisdicción ordinaria tiene lugar la audiencia pública, acto último y a buen seguro, el de mayor trascendencia para el acusado, al tener a su disposición la oportunidad plena de defenderse y controvertir la prueba de cargo tanto personalmente como a través del letrado que lo representa. Las normas de orden público no contemplaron la celebración del debate oral pues luego de realizarse el período probatorio del juicio, se citaba a sentencia. En virtud del principio de favorabilidad —instituto que frente a una situación de contraste encuentra su razón de ser en la aplicación más favorable al reo— salta a la cara que el proceso ordinario era más benéfico y menos gravoso para los intereses del acusado. / El instituto de las nulidades se creó para remediar vicios estructurales del proceso que por su esencia afectan los intereses de los sujetos procesales. / El derecho sustancial prevalece sobre el procedimental lo ordena la Constitución. / Se ha dicho que la benevolencia del Estado se encuentra signada por el premio que merece el delincuente que colabora con la justicia al proporcionar los detalles necesarios que denotan no sólo los pormenores de la conducta en sí, sino también

Págs.

—si es el caso— el revelamiento de la participación de otra u otras personas en la comisión del injusto. / Si la investigación es capaz por sí misma de suministrar los elementos de juicio necesarios para desentrañar el suceso criminoso, los datos del encartado advienen innecesarios. Esto sucede cuando las características del hecho o el acervo probatorio desde un comienzo muestran con certeza sus autores y circunstancias. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de MARZO 9 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Norberto Lizarazo Acevedo. Delito: Homicidio y secuestro extorsivo. Radicación número 8435. 713

JUSTICIA PENAL MILITAR / FUERO. La relación con el servicio que exige la Constitución para que los miembros de la fuerza pública gocen de fuero, conlleva que en el desempeño de la actividad haya una extralimitación, un desbordamiento, pero en todo caso manteniendo conexidad con la función, esto es, con ocasión de una misión propia del servicio, lo cual presupone que por lo menos ella esté perfectamente establecida. / 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 de juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad que ampara el fallo. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de MARZO 9 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Acción: Wilson Horacio Zamora. Delito: Homicidio. Radicación número 7945. 733

JUEZ DE PENAS / COMPETENCIA. De conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 51 del Código Penitenciario y Carcelario, corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, conocer "de todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena", es decir, cuando el fallo ha quedado ejecutoriado y hecho tránsito a cosa juzgada, y al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario o a los Consejos de Disciplina con aprobación de aquél, determinar la procedencia o no de los beneficios administrativos a que alude el artículo 146 *ibídem*, sin que exista norma expresa que faculte al juez que conozca del proceso entrar a autorizar beneficios administrativos o revisar decisiones de tal naturaleza. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de casación de MARZO 9 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Héctor Joaquín Apache Jara. Delito: Homicidio consumado y en grado de tentativa. Radicación número 8513. 747

SEGUNDA INSTANCIA / SENTENCIA. En muchas ocasiones las providencias se preocupan por exponer su propio razonamiento sobre el particular, entrando en veces en contradicción con lo dicho por el inferior. Como quiera que se está desatando la alzada se entiende que sus

Págs.

razones priman sobre las esgrimidas en primer grado, las cuales quedan de hecho modificadas, sin necesidad de que sean rebatidas directamente. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de MARZO 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Jaime Artunduaga Torres. Delito: Homicidio culposo. Radicación número 8458. 749

REPOSICION. La preceptiva del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, enseña que salvo las excepciones legales, el recurso de reposición procede: "...contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instancia", con lo cual, quedan excluidas de cualquier impugnación, aquellas que se adopten por el *ad quem* en virtud del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de la consulta cuando haya lugar a ello. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de reposición de MARZO 10 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Acción: Rubiela Marín O. de Rayo. Radicación número 9151. 757

DEMANDA DE CASACION / CONEXIDAD. Es cierto que el inciso segundo del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal permitía y lo sigue permitiendo hoy la reforma, extender el recurso a "los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior", pero ha de entenderse tal precepto siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos, cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos. / Además de lo expresado en precedencia, existen otras razones que permiten arribar a idéntica conclusión, a saber: a) En materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado, y b) Porque de no ser así, se estaría desconociendo el interés legítimo para recurrir, en la medida en que no podría impugnar un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación a nombre del coprocesado condenado por el delito cuya pena sí la admite. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de casación de MARZO 10 DE 1994. Decisión: Declara la nulidad de lo actuado. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Jorge Quiñónez Hernández. Delito: Peculado. Radicación número 9101. 759

LIBERTAD PROVISIONAL. La Corte sólo puede atender peticiones de libertad provisional apoyadas en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, esto es para efectos de acreditar el requisito cuantitativo a que se refiere el artículo 72 del Código Penal o para el cumplimiento total de sanción, pues reiteradamente lo ha sostenido la Sala que carece de competencia para atender en el trámite del recurso extraordinario de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de casación de MARZO 10 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar. Acción: Eduardo Elías Martínez Marín. Delito: Homicidio. Radicación número 8948. 763

Págs.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. La concesión o no del subrogado de la condena de ejecución condicional, prevista en el artículo 68 del Código Penal, sólo es procedente al momento de proferirse la respectiva sentencia. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de casación de MARZO 10 DE 1994. Decisión: Confirma. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: William García Cartagena. Radicación número 9200. 765

PREVARICATO. "No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación. De ser así, la más notoria contradicción con la ley y con el derecho que se supone desconocióo, encontraría favorable y exitoso pretexto para desviar el elemento doloso que exige esta figura penal. El funcionario no es ajeno a padecer esta clase de fallas intelectuales y la doctrina abunda en casos en los cuales ha prosperado esta invocación. Pero también la praxis judicial tiene por acertado derrotero, para evitar la impunidad de conscientes y buscadas violaciones a la ley, advertir que hay aspectos básicos, tan fundamentales y tan simples que no es admisible una exculpación de esta índole, máxime cuando el conocimiento sobre los hechos fluye de manera fácil y atinada a sus propias circunstancias señalan que no era factible incurrir en un desacierto notorio advertible y advertido...". Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Salvamento de voto de los doctores Juan Manuel Torres Fresneda y Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de segunda instancia de MARZO 10 DE 1994. Decisión: Confirma la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Teodoro Galvis Melo, Exjuez Promiscuo Municipal de Cajicá. Delito: Prevaricato por acción. Radicación número 8112. 769

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO). Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Salvamento de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de segunda instancia de MARZO 10 DE 1994. Radicación número 8112. 783

PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO). Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Salvamento de voto del doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de segunda instancia de MARZO 10 DE 1994. Radicación número 8112. 787

DEBIDO PROCESO / INDEMNIZACION / MINISTERIO PUBLICO. El debido proceso, garantía de rango constitucional y reiteración legal, impide a la Corte, como juez de casación, desconocer, so pretexto de violación indirecta de la ley sustantiva, la facultad de que está investido el juez de las instancias para evaluar racionalmente la prueba en el proceso; su injerencia en la apreciación probatoria que adelanta éste, sólo le está permitida para corregir errores trascendentales determinantes de un fallo equivocado, debidamente especificados y demostrados en los cargos que formula el demandante. / La imposición de una obligación indemnizatoria como consecuencia de una condena judicial es un aspecto cuestionable en casación ciertamente pero, como tal, si no ha sido objeto de glosa alguna es tema que se sustrae a la

Págs.

competencia exclusiva que tiene la Delegada para analizar los cargos de la demanda sin que le sea dado complementarla o adicionarla aún pretextando aparentes o inexistentes quebrantamientos por los juzgadores de instancia de los derechos fundamentales. / El concepto que el legislador demanda obligatorio de la Procuraduría Delegada en lo Penal en el artículo 226 del C. de P. P. está circunscrito inequívocamente a la demanda objeto del recurso extraordinario. No se desconoce, sin embargo, que en virtud a lo dispuesto en el artículo 131 del mismo ordenamiento procesal y exclusivamente frente a un quebrantamiento objetivo del orden jurídico o de los derechos y garantías fundamentales, pueda y deba sugerir la intervención oficiosa de la Corte que la ley le permite a ésta en esas determinadas y precisas circunstancias, lo cual es ciertamente muy distinto a asumir el papel de demandante oficioso aún en los eventos en que sea el Ministerio Público el impugnante en casación. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación de MARZO 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Carlos Esteban Restrepo Echavarría. Delito: Homicidio agravado y hurto calificado. Radicación número 8439. 783

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / NULIDAD. El recurso extraordinario de casación no es una instancia, y en consecuencia está sujeto a una serie de reglas que deben ser respetadas. / Mientras en la causal primera nos encontramos ante errores *in judicando*, en la tercera estamos en presencia de yerros *in procedendo*. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de casación de MARZO 10 DE 1994. Decisión: Rechaza la demanda. Procedencia: Tribunal Superior de Antioquia. Acción: Nicolás Durán Loaiza. Delito: Homicidio agravado. Radicación número 9047. 796

INDICIO / ERROR DE HECHO. Cuando se procura controvertir el valor indiciario de la prueba, la casación no podría prosperar por vía diferente al falso juicio de identidad, porque entendido el indicio como una creación lógico-mental del juez que partiendo de un hecho indicador debidamente demostrado, lleva por inferencia lógica a la demostración de otro hecho que con aquel guarda una estrecha relación, claro resulta que la desviación en el juicio del funcionario se daría mediante la deformación objetiva o tergiversación del hecho base. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de MARZO 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Gonzalo Alonso Varona Silva. Delito: Falsedad en documento público y estafa. Radicación número 8170. 804

CASACION DISCRECIONAL. La casación por vía excepcional fue establecida con fines específicos para aquellos casos que ordinariamente no son admisibles en esta sede, pero que por sus particulares características ameritan ser estudiados en estadio casacional. Sea cual sea el motivo que se aduzca para recurrir en casación, ya sea ordinariamente o por la vía de excepción, debe respetarse el procedimiento establecido para este recurso extraordinario; de tal suerte que tanto su interposición como la presentación de la demanda deberán cumplirse en la oportu-

Págs.

nidad legal. Una interpretación distinta conduciría al absurdo de convertir la casación excepcional en censurable remedio para toda suerte de contingencias particulares de los sentenciados, con flagrante desconocimiento de los precisos fines consagrados en la ley para esta clase de institución. / Dentro del trámite de este recurso extraordinario corresponde exclusivamente a los sujetos procesales proveer lo necesario para su adecuada y oportuna representación. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación de MARZO 11 DE 1994. Decisión: Admite y declara ajustada la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Julieta Villanueva de Gallego y Esneda Bueno Beltrán. Radicación número 8904. 818

FISCALIA GENERAL DE LA NACION / COMPETENCIA / DEBIDO PROCESO / NOTIFICACION. El legislador, al entrar en vigencia el compendio procesal vigente y con él una nueva institución que se encargaría de adelantar la instrucción de los procesos criminales (la Fiscalía General de la Nación), optó por solucionar expresamente los posibles conflictos que pudieseu presentarse en el tránsito de legislaciones. Así, ante las posibles dudas que existieran en torno a la competencia para seguir conociendo de los asuntos que aún permanecían en la etapa del sumario, ordenó que todos ellos —en el estado en que se encontraran— fueran enviados a la Unidad de Fiscalía correspondiente para que ésta continuara el trámite de rigor. / El debido proceso, para que el principio de igualdad de las partes sea una realidad, exige que de los principales actos del proceso sean informadas todas ellas. Ello les permitirá no sólo conocer las decisiones judiciales sino también brindarles las posibilidades de elaborar las estrategias que respondan a sus intereses o mostrar su inconformidad a través de los recursos pertinentes (*auditor et altera pars*). / Las notificaciones tienen diversas clases, cada una de las cuales se encuentra destinada a cumplir un determinado papel en el proceso. La primera y más importante es la personal, dado que el interviniente tiene la oportunidad de enterarse por propia mano de los avatares del proceso. Luego se encuentran las subsidiarias de ésta, las notificaciones por estado, por edicto, en estrados y por conducta concluyente todas ellas destinadas a suplir una posible carencia de la primera. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de segunda instancia de MARZO 11 DE 1994. Decisión: Declara la nulidad. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Fabio Márquez Quevedo. Delito: Prevaricato. Radicación número 9170. 822

CALIFICACION PROVISIONAL / RESOLUCION DE ACUSACION / AUTO INTERLOCUTORIO. El artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 501 del C. de P. P., autorizó al juzgador para variar la calificación provisional de la conducta delictiva, cuando la efectuada en la resolución acusatoria no corresponda a los hechos investigados, o cuando sobrevenga prueba que lo amerite. Por consiguiente, bajo el imperio de dicho precepto legal era perfectamente válido realizar una nueva calificación jurídica de la conducta delictiva antes de la audiencia pública, sin limitaciones de ninguna clase y con absoluta prescindencia de la adecuación típica hecha por el instructor,

Págs.

siempre que se realice por auto interlocutorio y se concediere a los sujetos procesales la oportunidad de pedir pruebas respecto de esta última calificación de la conducta. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de MARZO 15 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Hernán Reyes Echeverry. Delito: Falsedad y estafa. Radicación número 8222. 829

EXTORSION / HURTO CALIFICADO / COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL. La extorsión, a diferencia del hurto calificado por la violencia requiere que la víctima haga, tolere u omita, siempre voluntariamente, lo que el sujeto activo del delito le exige, independientemente de que su acción se cumpla al momento del constreñimiento o con intervalo de tiempo, es decir, requiere que aquella intervenga y que actúe con autonomía en su propio desmedro patrimonial; mientras que en el hurto la voluntad de la víctima carece de incidencia porque el sujeto activo del delito no cuenta con ella para ocasionarle el menoscabo patrimonial que persigue; y, aunque en ambos casos existe coacción, en la extorsión tiene opción el ofendido de hacer, tolerar u omitir lo que se le exige, o de recibir el daño que le ha sido anunciado; en tanto que en el hurto no hay alternativa porque esa voluntad no ha sido consultada. / Los Juzgados Regionales actualmente tienen la competencia para conocer de los procesos por el delito de extorsión y sus conexos, solamente cuando la cuantía del atentado patrimonial sea la prevista en la Ley 81 de 1993. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de colisión de competencias de MARZO 15 DE 1994. Decisión: Declara la competencia. Procedencia: Tribunal Nacional y Tribunal de Medellín. Acción: Juan D. Alvarez y otro. Delito: Extorsión y concierto para delinquir. Radicación número 9193. 837

NULIDAD / JUSTICIA PENAL MILITAR / CONEXIDAD. La declaratoria oficiosa de las nulidades en el recurso extraordinario de casación se convierte en una excepción al principio de limitación, según el cual, el juez de casación sólo puede pronunciarse en relación con los puntos planteados en la demanda, sin que le sea permitido corregir, adicionar o de cualquier manera llenar los vacíos que se presenten en la misma. / La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que quien pretendiera el reconocimiento de una nulidad debe demostrar la existencia de la irregularidad y además probar de qué manera afecta derechos sustanciales de las partes. / Si se trata de un asunto de participación en un mismo hecho realizado por diversas personas pertenecientes al Ejército Nacional y a la Policía Nacional, todos sometidos a una misma y única jurisdicción que es la militar, debe darse la conexidad procesal. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Aclaración de voto del doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación de MARZO 16 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Presidencia del Consejo Verbal de Guerra. Acción: Gerardo Peña Infante y Jorge Eduardo Corredor Bernal. Delito: Homicidio preterintencional. Radicación número 8405. 844

Págs.

NULIDAD (ACLARACION DE VOTO) / JUSTICIA PENAL MILITAR (ACLARACION DE VOTO) / CONEXIDAD (ACLARACION DE VOTO). Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Notas: Aclaración de voto del doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de casación de MARZO 16 DE 1994. Decisión: No casa. Radicación número 8405. 865

INDICE ALFABETICO

DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR

PRIMER SEMESTRE DE 1994

A

	Págs.
ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO	152
ACCION CIVIL	633
ACCION DE REVISION	124, 279, 385, 436, 482, 512, 633
ACCION DE REVISION. Aclaración de voto	396
AUTO DE SUSTANCIACION	703
AUTO INTERLOCUTORIO	699, 703, 829

C

CALIFICACION PROVISIONAL	829
CALUMNIA	140, 705
CAMBIO DE RADICACION	121
CASACION DISCRECIONAL	61, 96, 170, 200, 633, 667, 818
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Aclaración de voto	231
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Salvamento parcial de voto	249, 595
COLISION DE COMPETENCIA	93, 140, 531, 538, 542, 602, 642, 837
COMPETENCIA	7, 61, 286, 526, 638, 699, 713, 747, 822,

Págs.

COMPETENCIA. 11

COMPETENCIA. Salvamento de voto. 274

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. 765

CONEXIDAD. 400, 759, 844

CONEXIDAD. Aclaración de voto. 865

CONFESION. 713

CONGRESO. 661

CONSULTA. 476

CONTROL DE LEGALIDAD. 607

CONTROL DE LEGALIDAD. Salvamento de voto. 617

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 7, 200, 526

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Salvamento de voto. 274

D

DEBIDO PROCESO. 22, 788, 822

DEFENSA TECNICA. 316

DEMANDA DE CASACION. 107, 174, 316, 337, 439, 573, 676, 699, 759, 796

DEMANDA DE CASACION. Salvamento de voto. 703

DERECHO DE DEFENSA. 210

DETENCION DOMICILIARIA. 7, 461

DETENCION DOMICILIARIA. Aclaración de voto. 11

DETENCION EN EL LUGAR DE TRABAJO. 461

DETENCION PREVENTIVA. 11

DICTAMEN. 492

DOLO. 232, 466

E

EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES. 286

ERROR DE HECHO. 804

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. 236

ESTAFA. 498

Págs.

ESTAFA. Salvamento de voto. 507

EXTINCION DE LA PENA. 526

EXTORSION. 93, 531, 842, 837

EXTRADICION. 86, 117, 325, 622, 629

F

FALLO DE SUSTITUCION. Salvamento de voto. 274

FALSEDAD. 432

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. 50

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA. 646

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. 646

FALSO TESTIMONIO. 22, 32, 187

FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA. 250

FAVORABILIDAD. 14, 89, 445

FISCAL. 200

FISCALIA GENERAL DE LA NACION. 822

FUERO. 345, 661, 733

E

HABER ACTUADO COMO FISCAL. 101, 128, 144, 283

HABER ACTUADO COMO FISCAL. Salvamento de voto. 131, 138

HABER ACTUADO COMO FISCAL. Aclaración de voto. 148

HABER DICTADO PROVIDENCIA. 18, 45, 104

HOMICIDIO CULPOSO. 552

HURTO CALIFICADO. 837

I

IMPEDIMENTO. 18, 45, 104, 128, 144 283

IMPEDIMENTO. Aclaración de voto. 148

IMPEDIMENTO. Salvamento de voto. 131, 138

IMPUTABILIDAD. 358

IN DUBIO PRO REO. 64

Págs.

INCULPABILIDAD. 152

INDEMNIZACION. 788

INDICIO. 804

INIMPUTABILIDAD. 684

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS. 215

INTERROGATORIO DE PARTE. 22, 32

IRA E INTENSO DOLOR. 684

J

JUEZ DE CIRCUITO. 542

JUEZ DE PENAS. 747

JUEZ REGIONAL. 93, 542, 642, 713, 837

JURADO DE DERECHO. 519

JUSTICIA PENAL MILITAR. 345, 476, 733, 844

JUSTICIA PENAL MILITAR. Aclaración de voto. . . . 865

L

LEGITIMA DEFENSA. 358

LIBERTAD CONDICIONAL. 605

LIBERTAD PROVISIONAL. 7, 783

M

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. 607

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Salvamento de voto. . . 617

MINISTERIO PUBLICO. 788

N

NARCOTRAFICO. 303

NARCOTRAFICO. Salvamento de voto. 312

NON BIS IN IDEM. 22

NOTIFICACION. 210, 822

Págs.

NULIDAD. 200, 210, 250, 286, 316, 546, 573, 713, 796, 844

NULIDAD. Aclaración de voto. 865

O

OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PUBLICO. 50

P

PARTE CIVIL. 14, 633

PENA ACCESORIA. 515

PENA PRINCIPAL. 215

PERITO. 492

PERJUICIOS. 492

PORTE ILEGAL DE ARMAS. 542

PRESCRIPCION. 89, 552, 596

PRESUNCION DE INOCENCIA. 375

PREVARICATO. 486, 670, 769

PREVARICATO. Salvamento de voto. 232, 455, 565, 573, 783, 787

PREVARICATO POR ACCION. 555

PRISION. 215

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. 587

PROCESO DISCIPLINARIO. 50

PROCESO PENAL. 50

PRUEBA. 470, 546, 676

R

REBAJA DE PENA. 596, 695

REBAJA DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO. 168

RECURSO. 200, 335

RECUSACION. 200

REFORMATIO IN PEJUS. 337

REHABILITACION. 515

Págs.

REPOSICION. 257

RESOLUCION DE ACUSACION. 400, 587, 829

S

SANA CRITICA. 64, 667

SECUESTRO EXTORSIVO. 538, 602

SECUESTRO SIMPLE. 602

SEGUNDA INSTANCIA. 552, 749

SENTENCIA. 231, 552, 749

SENTENCIA ABSOLUTORIA. 482

T

TENTATIVA. 312

TESTIMONIO. 400

TESTIMONIO. Salvamento de voto. 187

TIPICIDAD. 670

TRANSITO DE LEGISLACION. 45

V

VIOLACION DEL REGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. 235

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. 174, 345, 375, 639, 796

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. 64, 345, 573

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO
Y CARCELARIO "INPEC"

Esta obra se terminó de imprimir en el Taller de Artes Gráficas de la Penitenciaría Central de Colombia en el mes de noviembre de 1985.

Santafé de Bogotá, D. C.