REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes nno es tan solamente aprenderlas al decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete Partidas: Partido 1ª, Título I, Ley X.III).

LICENCIA NUMERO 65 DE 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

VOLUMEN II

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

INDAGATORIA / CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / INDEFENSION

El estatuto de procedimiento penal procura mantener la ordenación propia de la investigación, y del juzgamiento estableciendo términos dentro de los cuales debe actuarse, y además, no sólo en este aspecto sino en innúmeras diligencias, concede al instructor o al fallador atributos para aceptar o repudiar una solicitud de ampliación de indagatoria, conforme a los apremios probatorios y a la forma como viene desarrollándose el proceso. Por esto el artículo 361 del C. de P. P. indica específicamente la subordinación de una ampliación de indagatoria, a su conveniencia, aspecto que debe valorar, con ponderada discrecionalidad, el instructor o el juez. / Una superioridad en la agresión (víctima desprovista de arma, victimario armado), por sí y en todos los casos, no produce fatalmente la agravante de la indefensión, como tampoco el que sean dos, o más, los posibles agresores. Es necesario que aspectos tales se adicionen con otros ingredientes, y es así como a lo primero suele agregarse la percepción aprovechada de la ausencia de un objeto utilizable como protección o que de haberlo tenido y posibilitado su empleo, la acción hubiera tomado otro sentido: Y en cuanto a lo segundo, que el número verdaderamente haya jugado papel en el avasallamiento, pues si fueron va-

rios y uno apenas fue el que tomó sobre sí el peso decisivo de la conducta, la presencia o secundario comportamiento de los demás, no adquiere la significación pretendida. / La natural oscilación del cuerpo de quien ha consumido alcohol, así sea en dosis de reducida entidad, y la fuerza que contra él se emplea en acto de injusta agresión, no puede traducir por sí una condición de inferioridad manifiesta, que atraiga de manera condigna la severa represión. No, esto sólo puede traducir un punto de acentuación de la pena, conforme a parámetros bien distintos a los de agravación específica considerada por el Código Penal para homicidio, y, en este ámbito, debe quedarse la apreciación, para desbordar un rigor que no merece exasperarse y que debe atribuirse a casos bien distintos, objetivamente estimables como insufribles.

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 Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 22, marzo 2 de 1994.

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de primero de octubre de mil novecientos noventa y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual, por un delito de homicidio agravado, se impuso a *William González Muñoz*, como pena privativa de la libertad, dieciséis (16) años de prisión.

La demanda fue admitida en auto de veinticinco de marzo del año que transcurre.

Hechos:

Sucedieron en la madrugada del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y uno, en establecimiento dedicado al expendio de bebidas alcohólicas y al juego de billar, en el barrio Mojica —Cali, Valle—. Allí, en estado de beodez, se encontraba Luis Alejandro Preciado Romero, en compañía de un amigo suyo, cuando surgió un leve incidente con persona que resultó ser William González Muñoz, quien se hacía acompañar de su hermano José Oscar (agente de Policía, en franquicia), de Carlos Javier Castro y Carlos Alberto Cano. Del lugar

se retiraron para volver, pasado un breve término, los hermanos González y empezar de nuevo la física agresión que culminó con un mortal disparo de revólver. Castro Quintero, cumplido el hecho, recibió el arma de fuego para esconderla.

Actuación procedimental:

La indica, en estos términos, la Delegada Primera en lo Penal:

"Se oye en indagatoria a William González y su hermano José Oscar González como posibles autores del homicidio, e igualmente a Carlos Javier Castro y Carlos Alberto Cano por encubrimiento.

"Se recepcionó la declaración de John Freddy Londoño quien presenció los hechos y manifiesta '... estaban jugando billar y no sé qué sería lo que hubo entre el negocio y ellos, los hermanos dejaron de jugar billar y yo me paré en las escalas y escuché que dijeron los dos hermanos que era mejor evitar problemas y se fueron. El negrito quedó tomando cerveza con otro compañero que no es conocido mío. Los hermanos que digo se demoraron como cinco minutos y volvieron y se le fueron encima a un muchacho que no sé cómo se llama, le dicen Juan Carlos pero no sé si es ese el nombre y tenía un palo y ellos se le fueron encima y lo cogieron a golpes de pata y con los revólveres le daban en la cara, y casi le sacan un ojo con un revólver de esos los dejaron todo herido y el muchacho les decía por qué le pegaban a él y uno sacó una placa y dijo que era agente de la Policía, y cuando dejaron al muchacho ahí sentado todo herido y me arrimé a preguntarle por qué le habían pegado, y se me acercaron a mí y también me agarraron a pata y con los revólveres y cuando me dieron a mí golpes se arrimó el negrito y les dijo que nos dejara quietos y entonces entre ellos dos le dieron pata al negrito y como estaba tan borracho cayó al suelo y cuando se paró del suelo, y entonces uno de los hermanos con el arma que tenía en la mano le disparó al negrito...'.

"Se profiere resolución de acusación por homicidio agravado, en contra de William González y por receptación contra Carlos Javier Castro.

"No se practicó diligencia de inspección judicial, y se negó la ampliación de indagatoria solicitada por el procesado William González.

"Realizada la diligencia de audiencia pública, se profiere sentencia de primera instancia por el Juzgado Séptimo Superior, en fecha mayo 29 de 1992, absolviendo a Carlos Javier Castro Quintero por el delito de receptación y condenando a William González como penalmente responsable del delito de homicidio agravado, imponiendo la pena principal de 16 años, de prisión, a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria

potestad por un término igual al de la pena principal al pago de los perjuicios ocasionados en el equivalente a 200 gramos oro. Apelada esta decisión y desatado el recurso por el Tribunal, fue confirmada integramente la providencia apelada".

La demanda:

Primera censura. La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Y la cuestión alegada se concreta en la negativa a escuchar al procesado en ampliación de indagatoria, dándose por razón el constituir tal diligencia un medio de defensa y estar vencido el término para su práctica. "Este derecho propio, inalienable de la defensa, fue conculcado, dando paso a una irregularidad que pesa, aunado con el entorno de algunas pruebas pedidas por la defensa y, oportunamente, decretadas (fls. 168-169) se quedaron en el tintero por la rutina judicial, el espíritu burocrático, como la falta de una seria actividad para su práctica. Ante su insistencia por el defensor, fueron denegadas". Se cita a este respecto los testimonios de Insair Londoño, Daniel Hernández de J., Emiliano Moreno M., William Osorio, John Freddy Londoño, Rigoberto Gil, Ricardo Idrobo y una inspección judicial. Del testimonio de Londoño, se dice ser "pieza clave de la acusación".

A pesar de destacar la trascendencia del punto, en cuanto al derecho de defensa, se advierte que así esas probanzas no hubieran "cambiado la historia de condena del procesado, al menos su suerte, podía ser de otra índole, en el campo del principio rector de la tipicidad (art. 3º del C. Penal). Verbigracia, la elaboración de una sentencia condenatoria por *homicidio simple*, sin la circunstancia de agravación punitiva que se le derivó en la acusación. Porque los hechos se identifican en el asunto por los medios de prueba pertinentes y estas, influyen o modifican, la culpabilidad del sujeto agente, como el delito-tipo correspondiente. En síntesis se busca en la investigación y el juicio, abordar lo favorable y desfavorable para el incriminado (art. 333 del C. P. P.)".

Como adición al mérito de esas probanzas (que no se requirieron con el esfuerzo exigible de búsqueda y presentación) se anota que ellas habrían señalado "los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal". Y se agrega: "El testigo citado (John F. Londoño), señala que fue víctima de golpes con los revólveres y las extremidades del condenado y su hermano, sin embargo, en el acta de levantamiento del cadáver (fl. 1), en el informe de la Policía (fl. 5), en la ratificación del S.S. Ricardo Rodríguez (fl. 8), en la declaración de los agentes, Orlando Pérez (fl. 86) y Luis Rodríguez (fl. 190), en absoluto se deja constancia o se habla de la violencia sufrida por éste, en igual forma tampoco aparece prueba de que similar situación ocurriese con el occiso. Al efecto ver la ne-

cropsia (fl. 107), o su ampliación (fl. 235), incoada por la defensa. De donde se sigue la importancia de ampliar ese testimonio con la mira a establecer la realidad de los hechos, determinar el móvil del crimen y sus antecedentes. Porque, la verdad sea dicha esa prueba carece de técnica en el interrogatorio, pues, deja vacíos, por ejemplo, porque tenía Juan Carlos, un palo, su ausencia del hospital, dónde reside, etc.

"*Idem* ocurre con la inspección judicial, cuya práctica era inmediata (art. 359 del código adjetivo derogado) con el objeto de precisar la manera o modo de cometer el delito, el procesado, con la consiguiente, influencia que tenía en la conducta asumida por el sujeto activo y los rasgos típicos del punible, de atenuación o de agravación.

"Celebrar esa inspección, aún sin el aporte de los citados Londoño Insair (fl. 1) y John Freddy (fl. 11), por la causa anotada, era vital para la defensa, para eso se tenía el concurso de Ignacio Torres (fl. 181), Rigoberto Gil y Ricardo Idrobo (fls. 229, 243, 244) y de '... las personas que trabajen en dicho establecimiento y que se encontraron presentes el día de los hechos...' (auto —fl. 169—)".

Segunda censura. La sentencia se exhibe como violatoria de una norma de derecho sustancial —art. 220, inciso primero—. Se trata, en este aparte, de rechazar el homicidio como agravado (causal 7ª del art. 324) y dejarlo como simplemente voluntario (art. 323 del C. P.).

La acción violenta ejercida contra el occiso, base de esta agravación, de haber sido real aparecería en el acta de levantamiento del cadáver, y, de esto no hay rastros en tal diligencia.

Y otros elementos de convicción (informe presentado por la judicial, ratificación del S. S. Rodríguez, de los agentes Pérez y Rodríguez Trujillo, necropsia) omiten por completo la atestación de esas graves consecuencias. De ahí que el testimonio tenido en cuenta (Londoño) por el Tribunal, sobre este particular, debe repudiarse. No hubo, pues, tal estado de violencia prolongada, sobre la cual se edifica la indefensión, y en este sentido también atestigua Ignacio Torres, versión que se descalifica sin el debido análisis.

Se anota, de otro lado, que "contribuye a la inadecuada selección del tipo agravado del artículo 324, la manera como se presenta la alcoholemia del occiso 44 mg.%, como de ebriedad severa o intensa, cuando un reputado estudio de toxicología, indica que apenas se encuentra en un estado de euforia o de error en el juicio, pero que en general, se trata de una cantidad moderada sin síntomas clínicos de intoxicación etílica.

"Para la defensa es claro que todo homicidio, por el hecho de cometerse en una persona que se encuentra desarmada, o sin posibilidad pronta de defensa, es injurídico, colgarle el cartel de haber actuado

con la égida de colocar o sacar partido de la indefensión de su víctima. De darle rienda suelta a tal propuesta, todo homicidio simple, a la larga es agravado".

Luego se escribe: "Ahora, si se rastrea el testigo del folio 11 (Londoño) y, en gracia de discusión se le concede absoluta credibilidad, el hecho de que el occiso, hubiese caído para luego pararse y recibir el disparo fatal de manos del acusado, se puede predicar que es el resultado, de discurrir del delito, de su *iter criminis* que, ocurrió en forma rápida y sorpresiva sin planeación alguna, sin violencia previa o ebriedad del fallecido. Este punto de vista, sin acudir a lo expuesto por el procesado en la audiencia pública que, más de justificar su conducta, la explica (La pandilla juvenil y sus integrantes).

"La sentencia en el folio 7 indica que José Oscar González, es sujeto de una investigación de lesiones personales por haber sido ofendidas con ese tipo, otras personas. Se plantea de dónde surge la tipicidad citada, si conforme a la prueba orillada —acta de levantamiento, testigos y necropsia– , se indica precisamente la ausencia de esas lesiones.

"Entonces, en el caso de haber sido ordenado un proceso en contra del exprocesado, cómo se erige la tipicidad a falta de prueba que lo demuestre o se pueda practicar?".

Se cierra la alegación señalando que "se trata del error de hecho, por interpretación indebida e ignorancia de la prueba (falso juicio de identidad y existencia), se hace de manera subsidiaria, siguiendo el parámetro del artículo 225, inciso 4 del C. P. P.

"a) La errónea interpretación que se hace del testimonio de John F. Londoño (fl. 11) y, el dictamen de alcoholemia del occiso -44 mg% (fl. 108);

"b) La ignorancia, proviene de la experticia ampliada (del citado (fls. 235, 107 y 108), relativa a la ausencia de violencia".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada:

Primera censura. Como bien lo advierte el colaborador de la Procuraduría, este reproche no exhibe la consistencia jurídica que le otorga el memorialista. Para éste, el derecho a ampliar la indagatoria es prerrogativa que parece librada al deseo o necesidades subjetivas del procesado y de ahí la insoslayable aceptación que un pedimento de esta naturaleza debe merecer, al punto de atenderse de manera inmediata. Pero, otra cosa dice el estatuto de procedimiento penal que, procurando mantener la ordenación propia de la investigación y del juzgamiento, establece términos dentro de los cuales debe actuarse y, además, no sólo en este aspecto sino en innúmeras diligencias, concede

al instructor o al fallador atributos para aceptar o repudiar una solicitud de esta índole, conforme a los apremios probatorios y a la forma como viene desarrollándose el proceso. Por esto el artículo 361 del C. de P. P. indica específicamente la subordinación de una ampliación de indagatoria, a su conveniencia, aspecto que debe valorar, con ponderada discrecionalidad, el instructor o el juez.

En el caso analizado la negativa a proceder a su celerosa recepción, se causó en motivo indescartable, pues se habían vencido los términos de instrucción y debía, por tanto, avanzarse en la tramitación. De otro lado, y así se cumplió, fue advertido el interesado que tal diligencia se llevaría a cabo en la audiencia, momento procesal oportuno para no dejar por fuera la satisfacción de esta propuesta.

Y, en cuanto a las pruebas echadas de menos, la acuciosidad del funcionario es situación manifiesta. Si algo se evidenció fue un franco ánimo por allegar todas las comprobaciones exigidas y decretadas. Que ello no se hubiera logrado en su totalidad, es evento que no puede tomarse como consecuencia imputable a los organismos de justicia, los cuales actuaron dentro de las posibilidades. La defensa debió develar lo que en ese entonces constituía un obstáculo de realización, v.gr. suministrar direcciones precisas o colaborando personalmente con la ubicación de los testimoniantes. Como esto último no ocurrió, la cuestión debe dejarse en el plano en que fuera considerada, sin fijarle excedidas o indebidas resonancias jurídicas.

Pero, además, las pruebas dejadas de lado, por motivo no predicable de la administración de justicia, no se indicaron, por el demandante, en la forma exigida por la ley para una alegación en sede de casación y menos se dilucidó la importancia de las mismas, al punto que hubieran cambiado la naturaleza del fallo pronunciado. Finalmente, como lo advierte la Delegada Primera, "la jurisprudencia y la doctrina nacionales se han orientado por la solución de que esa omisión en las pruebas no hace anulable el proceso por cuanto si se tiene ya la demostración de los hechos, no es indispensable probar lo que ya está probado. Salvo que se trutare de pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates, que hicieren cambiar la decisión judicial, lo cual constituye otro tema y otra acción frente a la firmeza de la sentencia".

Segunda censura. En ésta bien puede comprenderse lo que la Delegada toma como tercer cargo, pues la parte final de la alegación apenas corresponde no a la introducción de un nuevo y distinto reproche, sino a la debida fundamentación del segundo y último de ellos. Por eso la Sala se referirá, en este segmento, a lo que toca con la improcedencia de la agravante.

En este punto la demanda está debidamente elaborada y, así la Procuraduría encuentre razones para rechazar la alegación, la Sala advierte su procedencia y efectividad.

Qué es lo que se dice, tanto en la resolución acusatoria como en los fallos de primera y segunda instancia, sobre el particular? En el auto de dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal, fue extremadamente sintético sobre la fundamentación de la agravante cuestionada cuando anotó: "...la víctima se encontraba en condiciones de indefensión pues estaba embriagada con un grado de concentración de 44 mg. por mil (fl. 116) y eran los dos contendores por lo cual cabe la causal de agravación punitiva taxada —sic— en el numeral 7 del artículo 324 del Código Penal" – fl. 129 vto.—. En la sentencia de primer grado (Juzgado Séptimo Superior de Cali, mayo 29 de 1992), la dosis de brevedad se repitió: "...se aproxima el testigo John Freddy, y les recrimina por el comportamiento que observó y entran a golpearlo, situación que causó malestar en el sujeto de color que se hallaba en el establecimiento, y procedió a censurarles su conducta y al igual que los otros dos, lo golpearon y debido a su estado de alicoramiento perdió el equilibrio y cayó al suelo, logrando reincorporarse y en ese momento uno de los hermanos González Muñoz, le disparó y de inmediato procedieron a abandonar el lugar, uno de ellos lo hizo a bordo de una motocicleta y el otro se ausentó a pie, refugiándose en un lugar próximo al sitio del insuceso, sin que el testigo John Freddy hubiera dispuesto de tiempo para dialogar con alguna persona, que lo hubiera inducido o al menos insinuado, a dar una versión completamente arreglada y en perjuicio del acusado". Por último, la sentencia recurrida en casación, expresa: "La constancia referencial que se constata en el testigo John Freddy Londoño Ramírez acerca del instante crucial de la muerte causada a Luis Alejandro Preciado Moreno, es señalativa de un acto de indudable gravedad por haber acontecido en condiciones de innegable inferioridad por haber sido objeto la víctima de violencia prolongada, como quiera que fue sometido a un ataque en el cual participaron como agresores los hermanos William y José Oscar González Muñoz, quienes lanzaron golpes, puntapiés 'y con los revólveres le daban en la cara y casi le sacan un ojo con un revólver de esos', toda vez que José Oscar quien es agente de la Policía, le propinaba golpiza, le mostraba a su vez una placa identificándose como tal, hasta llegar un momento en que a Luis Alejandro 'lo dejaron todo herido'. Después de todo este episodio de agresión de grado superlativo, si se tiene en cuenta que la víctima se encontraba bajo un intenso estado de alcoholemia (44 mg%) según lo reporta el legista en el informe de necropsia de folios 107 y siguientes del cuaderno principal.

"Con fundamento en lo anterior importa recordar al señor defensor, que de conformidad con este testigo de visu que narra los hechos con el valor que representa el haber sido igualmente protagonista de los mismos por cuanto también se le hizo víctima de golpes, da cuenta todo ello de una situación que no puede calificarse como rápida y sorpresiva, según es considerada por el representante legal del procesado. Hay que anotar además, que el disparo propinado a Luis Alejandro Preciado Moreno se produjo después de un lapso, con

posterioridad a un ambiente alterado por situaciones de violencia donde se causaron lesiones a otros concurrentes, al punto de haberse ordenado otra investigación por lesiones personales por haber resultado afectadas otras personas, entre ellas el mismo John Freddy Londoño que trató de impedir la golpiza que se le propinaba 'al negrito', como lo nombra en su testimonio. La necropsia habla además de un quemonazo en oreja izquierda que mide 0.8 x 0.5 ctms. de suerte que no es un hecho desconocible aceptar que si el disparo se produjo después de un tiempo relativamente extenso dentro del discurrir de los hechos, significa en consecuencia que primeramente existió una situación de desventaja, es decir, de inferiodad, porque no hay que olvidar que no solamente eran varios los agresores, sino que la víctima recibió golpes donde se utilizaron armas de fuego y que el disparo de gracia vino a producirse únicamente después de la acometida lesionadora que menciona el testigo Londoño. Hay necesidad también de resaltar que Luis Alejandro Preciado se encontraba en condiciones de evidente inferioridad por hallarse desarmado y para completar, se repite, en estado de avanzada embriaguez, aspectos que en su conjunto representan para la Sala el evento descrito en el numeral 7º del artículo 324 del C. Penal, de la manera como quedó expresado en el pliego resolutorio y que aparece recogido normativamente, aunque no con la claridad deseable, en la sentencia condenatoria".

La agravante de la indefensión, para el Tribunal, aparece a expensas de estas circunstancias: El número de agresores, la golpiza a que sometieron a la víctima (puntapiés, puños, cachazos), el encontrarse desarmado y su avanzada embriaguez, que no le permitía estar en pie. Esta inicial composición de factores, concentrados para conformar la agravación comentada, propiamente se reduce a dos fundamentales aspectos, o sea, la inclemente saña del tratamiento físico y la postración que produjo el consumo de alcohol. Lo demás no tiene tanta decisiva importancia al comentado fin, porque una superioridad de agresión (víctima desprovista de arma, victimario armado), por sí y en todos los casos, no produce fatalmente las analizadas consecuencias, como tampoco el que sean dos, o más, los posibles agresores. Es necesario que aspectos tales se adicionen con otros ingredientes, y es así como a lo primero suele agregarse la percepción aprovechada de la ausencia de un objeto utilizable como protección o que de haberlo tenido y posibilitado su empleo, la acción hubiera tomado otro sentido: Y en cuanto a lo segundo, que el número verdaderamente haya jugado papel en el avasallamiento, pues si fueron varios y uno apenas fue el que tomó sobre sí el peso decisivo de la conducta, la presencia o secundario comportamiento de los demás, no adquiere la significación pretendida. Y esto es lo que aparece de autos, o sea, que el procesado, rápida y primordialmente, accionó su arma y dio al traste con la vida de Preciado.

Queda, entonces, por comentar los restantes puntos. Y, al respecto, se anota:

Si lo afirmado por el Tribunal, sobre estos dos tópicos, respondiera a una realidad, no habría lugar a negar la agravante deducida, tomándose las objeciones señaladas por el recurrente, como la exteriorización de una discrepancia conceptual, una distinta opinión o enfoque, una valoración diversa de la prueba en la que ésta, sometida a una sana crítica, podría ser considerada en la forma que lo fue. Pero cuando la situación no aparece con este perfil, entonces la crítica asume una característica de validez y procedencia.

Sobre el primer punto, el censor, aceptando el planteamiento del Tribunal (el occiso fue golpeado cruel, salvaje e inmisericordemente), ofrece una refutación contundente. Ni la diligencia de necropsia ni la de levantamiento del cadáver, pudieron advertir rastros de este inhumano tratamiento. Y si esto es así, es imposible creerle a quien así dice el Tribunal que lo testimonia (Londoño), porque resulta menos que imposible que tanta agresión no dejara la más mínima huella. Si ésta no se dio fue porque lo que podía ser su causa no se produjo. La censura, en este plano, tendría que reconocerse como exitosa.

Pero qué ha ocurrido? Pues sencillamente que el Tribunal no se percató del contenido y alcance de la versión del citado Londoño. En palabras simples, éste afirma la golpiza pero en sujeto distinto del interfecto. Basta la transcripción pertinente: "...estaban jugando billar y no sé qué sería lo que hubo entre el negrito y ellos, los hermanos (González) dejaron de jugar billar y yo me paré en las escalas y escuché que dijeron los dos hermanos que era mejor evitar problemas y se fueron. El negrito quedó tomando cerveza con otro compañero que no es conocido mío. Los hermanos que digo se demoraron como cinco minutos y volvieron y se le fueron encima a un muchacho que no sé cómo se llama, le dicen *Juan Carlos* pero no sé si es ese el nombre y tenía un palo y ellos se le fueron encima *y lo cogieron a golpes de pata y con los revólveres le daban en la cara y casi le sacan un ojo con un revólver de esos lo dejaron todo herido y el muchacho les decía que por qué le pegaban a él y uno sacó una placa y dijo que era agente de Policía, y cuando dejaron al muchacho ahí sentado todo herido y me arrimé a preguntarle por qué le habían pegado y se me arrimaron a mí y también me agarraron a pala y con los revólveres y cuando me dieron a mí golpes se arrimó el negrito y les dijo que nos dejara quietos y entonces entre ellos dos le dieron pata al negrito y como estaba tan borracho cayó al suelo y cuando se paró del suelo, y entonces uno de los hermanos con el arma que tenía en la mano le disparó al negrito y se fueron despacio* y uno se 'voló' en una moto y el otro se quedó por ahí escondido..." (Lo entre paréntesis y subrayas, pertenece a la Corte).

Y en cuanto a la intensa ingestión alcohólica, debe advertirse que ningún testigo, ni el cantinero Ignacio Torres Pérez ni el menor Londoño, llegan a adverar un consumo de licor exagerado en la víctima ni detallan un comportamiento que indicase fehacientemente ese aniquilamiento sico-físico de Preciado. Su consumo fue de cerveza y en

cantidad y tiempo que no podía producir esas extremas condiciones. Pero, además, el casacionista rebate con fortuna y acierto, desde el punto puramente técnico, la deducción distorsionada del Tribunal de los datos del dictamen pertinente. En ese aparte, el cargo está bien formulado y con igual característica se presenta su desarrollo. Los 44 miligramos de alcohol detectados en la sangre de la víctima, ciertamente que se sobrevaloraron antitécnicamente. El memorialista tiene ocasión de aportar documentación calificada al respecto y determina una correcta valuación de tema y aspecto mal calibrados por el Tribunal, sin que pueda explicarse y mantener su yerro sobre la libertad que se tiene para apreciar una pericia. Dentro de las siete escalas de la ingesta, la padecida por el interfecto es la primera de ellas (10-100 ml), con afectación del lóbulo frontal y con síntomas de pérdida de autocontrol, euforia y errores de juicio. Pero es la más benigna de las embriagueces, la de la fase inicial, de la cual mal puede predicarse en forma calificada un vencimiento físico que permita una agresión sin riesgos y con evidente abuso de esa condición de debilidad que trasunta la agravante.

Y si esto es así, y así lo evidencia el casacionista con fortuna, es razonable estimar un exceso de consideración del hecho por parte del Tribunal. La argumentación de éste, tan somera como irreal, no puede conservarse ante una censura tan bien dirigida.

La natural oscilación del cuerpo de quien ha consumido alcohol, así sea en dosis de reducida entidad, y la fuerza que contra él se emplea en acto de injusta agresión, no puede traducir por sí, como lo expresa la sentencia, una condición de inferioridad manifiesta, que atraiga de manera condigna la severa represión. No, esto sólo puede traducir un punto de acentuación de la pena, conforme a parámetros bien distintos a los de la agravación específica considerada por el Código Penal para el homicidio, y, en este ámbito, debe quedarse la apreciación, para no desbordar un rigor que no merece exasperarse y que debe atribuirse a casos bien distintos, objetivamente estimables como insufribles.

Por eso entiende la Sala que el cargo se muestra procedente y conforme al mismo debe tasarse la pena.

La tasación punitiva, como consecuencia de lo anterior, resulta muy simple. Si el Tribunal, en consideración visiblemente equivocada pero que la Sala no puede enmendar ahora por prohibición constitucional (art. 31) y legal (arts. 17, 206, 217 del C. P. P.), no encontró factores para elevar el mínimo de la pena y simplemente aplicó ese quantum básico (16 años de prisión), la rebaja de pena se contrae a lo que fue estimado como propio a la agravante, o sea, seis años, pues el homicidio simplemente intencional, en su mínimo, según la norma aplicada tiene señalada una pena de diez años de prisión. Esto

será lo que debe purgar el sentenciado y, por igual período, se determina lo relacionado con la interdicción de derechos y funciones públicas. Respecto de la suspensión de la patria potestad, la ilegalidad de la misma (entre ésta y el hecho no se da ninguna relación causal), impone su eliminación.

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

Resuelve:

1. CASAR el fallo recurrido y en su lugar imponer a William González Muñoz, por el delito de "homicidio" en Luis Alejandro Preciado Romero, *diez (10) años de prisión*. Por igual término se le condena a interdicción de derechos y funciones públicas.

2. Excluir como sanción lo relacionado con la suspensión de la patria potestad.

3. En lo demás rige el fallo sometido a casación, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechado el primero de octubre de mil novecientos noventa y dos.

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 Cordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

El demandante tiene la obligación de indicar "en forma clara y precisa los fundamentos" de la causal invocada.

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 Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 28.

Mediante esta providencia la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada a nombre del procesado *José Alfonso Organista Fetecua.*

Antecedentes:

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante sentencia proferida el 18 de agosto de 1993, confirmó integralmente el fallo emitido por el Juzgado 64 Penal del Circuito de esta misma ciudad, en virtud del cual José Alfonso Organista Fetecua fue condenado a la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal (arts. 323 del C. P. y 1º del Decreto 2266 de 1991), que se le habían imputado en la resolución de acusación.

El Tribunal, en el fallo impugnado, narró así los hechos que originaron la formación de este proceso:

> "Pasadas las 9 p.m. del 13 de diciembre de 1991, en la estancia rural de Rafael Rodríguez Mora, ubicada en la vereda Centro de la jurisdicción de Subachoque, José Alfonso Organista Fetecua accionó su revólver contra Oscar Balcárcel Malhecha en respuesta a la actitud hostil de éste, impactándole tórax y brazo izquierdo, con tatuaje, produciéndose el deceso a consecuencia de la insuficiencia cardio-respiratoria y shock hipovolémico por lesiones pulmonar y cardíaca" (fl. 58).

Análisis de la demanda:

De conformidad con el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, una demanda de casación debe reunir los siguientes requisitos formales:

"1º La identificación de los sujetos procesales y de la sentencia impugnada.

"2º Una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal.

"3º La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, *indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella* y citando las normas que el recurrente estime infringidas...".

Si se lee la demanda presentada a nombre del procesado José Alfonso Organista Fetecua, de inmediato se advierte que en ella se identifican los sujetos procesales y la sentencia recurrida, se hace una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal, y se cita expresamente la causal invocada:

"Me fundamento en la causal primera del artículo 220 del C. de P. P., acusando la sentencia materia de este recurso, por violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 29 del C. P., artículo 1º del Decreto 2266 de 1986 y artículo 247 del C. de P. P., lo cual permitió la falta de aplicación de los artículos 445 y 415 del C. de P. P.".

En el párrafo transcrito el demandante no sólo cita la causal de casación invocada sino también las normas que considera infringidas, aunque al hacerlo incurre en grave error, pues mal puede afirmar que el Tribunal en su fallo hizo una "aplicación indebida" del artículo 29 del Código Penal, que consagra las causales de justificación, cuando precisamente pretende con el recurso que se case la sentencia impugnada, para que en el fallo de sustitución la Corte le dé aplicación a dicha norma sustancial y como consecuencia de ello absuelva al procesado, tal como lo aclara más adelante.

Mas si bien es cierto, por lo expuesto, que la demanda cumple con la mayoría de los requisitos formales exigidos por la ley, queda uno, que por más generosa y receptiva que sea la posición de la Corte, es imposible dar por satisfecho.

En efecto. Según la norma procesal antes transcrita, el demandante tiene la obligación de indicar "*en forma clara y precisa los fundamentos*" de la causal invocada, y este deber no fue cumplido en forma alguna por el recurrente, como pasa a demostrarse.

Al formular el cargo único, aduce que el Tribunal incurrió "en errores manifiestos de hecho", pero en ninguna de las dos páginas que

ocupa para fundamentar el cargo señala error alguno. En ellas se limita a exponer su criterio general en relación con el acervo probatorio recaudado, mas no indica ni mucho menos demuestra que el Tribunal hubiera ignorado una prueba existente en el proceso, o la hubiera supuesto (falsos juicios de existencia), o la hubiera tergiversado en su contenido objetivo haciéndola decir lo que no dice (falso juicio de identidad).

Es de tal inconsistencia el intento del actor para fundamentar el ataque anunciado, que lo primero que hace, tal vez sin percatarse de ello, es plantear una violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 445 del C. de P. P. que consagra el principio conocido con el nombre de *"in dubio pro reo"*.

Adviértase al efecto cómo luego de afirmar que la certeza excluye la duda, asevera que el Tribunal fue consciente de que esa situación de duda se presentaba en el proceso, y sin embargo no aplicó el texto legal ya mencionado. La hipótesis que plantea el censor en este párrafo de la demanda, no configura ninguna violación indirecta de la ley por error de hecho, que fue la causal escogida, sino una violación directa, como ya se anotó.

Lejos está la Sala de admitir que la escueta afirmación de que en la sentencia impugnada no se tuvieron "en cuenta la cantidad de precisiones o imprecisiones de que adolían (sic) los testimonios", pueda servir de fundamento a una demanda de casación.

Tampoco puede ser aceptada como fundamento serio del libelo, la consideración del censor de que la "versión rendida por Rafael Rodríguez Mora ante el inspector de Policía y lo contradictorio de los demás acertos (sic) secundando el ataque, hacen que pierda todo valor en sus dichos, ya que son o se encuentran en contra vía sin saber cuál de los dos es el verdadero", pues con ella nada se demuestra en relación con la causal invocada, toda vez que la misma no es más que la opinión personal de quien la emitió, y que en el fondo apuntaría más bien a cuestionar la credibilidad dada en el fallo a este testigo, con lo cual el recurrente se aleja del error de hecho enunciado y se aproxima a una censura por error de derecho (falso juicio de convicción), que no es siquiera posible aducir porque el legislador no le ha prefijado un determinado valor a los medios probatorios, los cuales deja que sean valorados por el funcionario judicial "de acuerdo con las reglas de la sana crítica" (art. 254 del C. de P. P.).

Dígase, por último, que tampoco es posible admitir que la demanda encuentra fundamentación seria en la escueta afirmación de que "si tenemos en cuenta dichas declaraciones juramentadas (la Sala aclara que el libelista no dice cuáles) podemos observar plenamente que la provocación y agresión injusta por parte del obitado fue la causal para que Organista Fetecua defendiera su integridad personal, causándole la muerte al señor Oscar Balcárcel dentro de una causal de justi-

ficación la cual no fue reconocida en la sentencia". Esta también es una opinión del recurrente, que de cualquier lado que se la mire, en manera alguna sirve para fundamentar un error de hecho manifiesto, que fue lo argüido en la demanda.

Preciso es concluir, por lo anotado, que la demanda examinada no satisface los requisitos mínimos formales exigidos por la ley, razón por la cual se inadmitirá y se declarará desierto el recurso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del C. de P. P.

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

Resuelve:

INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del procesado José Alfonso Organista Fetecua.

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, aclaro mi voto.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION
ACLARACION DE VOTO

1º Comienzo por reclamar el derecho que me asiste a exponer y resguardar hipótesis científicas que pasaron inadvertidas para la Sala pero que hoy bajo otra tutoría han encontrado feliz respaldo por parte de la mayoría. No estará demás —ni de menos— que así lo diga toda vez que en la defensa de aquellas me he afanado con lo más sustancial de mi pensar.

2º He dicho más de una vez y aún he de repetirlo otras muchas: Tengo la desventaja de no hacerme entender de manera verbal ya que carezco de toda elocuencia tribunicia y aún de todo poder de improvisación. Pero en esto de la tinta o de la escritura, al correr de la pluma... Sospecho, entonces, que no logré transmitir las tales inquietudes ni fijar el sentido propio de lo que quería decir y no logré decirlo con el ingenio, observación, gran juicio y continuado ejercicio que se requiere en el arte de avivar los pensamientos. Casi siempre se explica mal lo que se siente bien.

3º De todas maneras, celebro que la Sala Penal de la Corte comience a transitar por el derrotero que insularmente mostré en algunos proyectos. Y aunque yo no aspiro a enseñar nada ni a descubrir ninguna útil o encumbrada verdad, me regocija íntimamente saber que el hecho, ahora sí relevante y trascendente, no lo era entonces. Tanto —y así lo confieso— que tenía por imposible que la Corte enrutara su sensibilidad hacia un asunto donde el reproche invalidador se mostraba fatalmente lógico y necesario.

4º Vengamos, pues, a lo jurídico o a lo técnico como diría un celoso defensor del correcto ropaje de la metodología forense.

Hasta la ponencia en comento la Sala había sido "generosa y receptiva" con los recurrentes —empleando las palabras de la decisión aprobada— divorciando la causal aducida de sus fundamentos. Bastaba que el motivo o el sentido fuera señalado con claridad o, por lo menos se infiriera de su texto, par dar por satisfecho el requisito formal. Si los fundamentos expuestos con el enunciado de la causal no guardaban concordancia con él, se dejaban para el estudio de fondo las críticas pertinentes y, por ende, su reprobación. Debo confesar que jamás entendí la bondad de tal planteo. Para qué insistir en el reconocimiento formal de una demanda que desde el comienzo está destinada al fracaso y a la frustración? Mi afirmación no parece atrevida.

No obstante, en varias propuestas que sometí a consideración de la Sala —derrotadas, por supuesto—, advertí sobre la íntima comunidad conceptual que debía existir entre la causal aducida y sus fundamentos. La razón esgrimida no era otra que el *principio de limitación* que signa el recurso. No puede ser la demanda un escrito de libre presentación, en el que se expongan sin pausa ni medida los argumentos que el censor, *ad nutum*, estime necesarios para sacar avante los intereses encomendados. Si las ideas agitadas presentan vacíos, incongruencias o insuficiencia argumental, no puede la Colegiatura asumir el examen de fondo pues, por obligación debe atender estrictamente el texto presentado, sin más alcance que el extraído de su contenido.

5º Así lo expuse en ocasión reciente con los resultados adversos que eran de esperarse:

"No es caprichoso, por consiguiente, que la normatividad exija un orden lógico y riguroso en la elaboración del escrito de casación. Aparte de la introducción (identificación de los sujetos procesales y de la sentencia recurrida) así como de la sinopsis de los hechos y la actuación procesal, se reclama el señalamiento preciso de la causal y sus fundamentos.

Entre los requisitos formales de la demanda de casación se encuentra el referido a la obligación que tiene el impugnante de especificar la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas.

Significa lo anterior que adicionalmente al señalamiento preciso de la causal que se invoca, que incluye la indicación del motivo y del sentido, el actor deberá presentar con lucidez y exactitud la argumentación que le sirve de sustento para acudir —dentro de ese preciso linde— a la jurisdicción en busca de un correctivo eficaz.

La exigencia es explicable. El razonamiento debe referirse al enunciado propuesto pues, de lo contrario, si se relaciona con un tema distinto, la formulación inicial queda huérfana de fundamentación, ignorándose el alcance y trascendencia del yerro propuesto".

6º Nada distinto predica la ponencia aprobada cuando advierte que pese a que el censor habla de errores de hecho manifiestos, a seguida plantea una violación directa de la ley sustancial (inaplicación del art. 445 del C. de P. P.) aparte de que luego aborda cuestiones atinentes a la credibilidad de los testigos. Argumento propio del error de derecho por falso juicio de convicción, lo que "...en manera alguna sirve para fundamentar un error de hecho manifiesto, que fue lo argüido en la demanda".

Como por razón del principio de limitación, la Corte se halla inhibida para proceder a la complementación o rectificación de las omi-

siones, inconsistencias y defectos que se observen en la formulación de una demanda de casación, o para escoger dentro de las formas y/o motivos indiscriminadamente presentados, una y otro como sustento del análisis, frente a las fallas formales que se aprecian en la que ahora se revisa, no queda camino diferente a seguir que el de su rechazo, dada su inepitud para la continuación del trámite.

7º Como soy hombre que vive en su país y en nuestro tiempo no es de extrañar que en situaciones como ésta me hubiese sumergido en la soledad y el desacompañamiento, evocando —con algo de insurrección y verdad— el dicho terenciano: *Homo sum, nihil humanum a me alienum puto.* Regresar de estos abismos, como hoy lo hago, siempre es grato para el espíritu.

Huelgan más consideraciones. El apoyo recibido colma mis expectativas.

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra.*

JUEZ / SANA CRITICA / DEMANDA DE CASACION

La valoración del juez, así se ciña ésta a la más estricta de las reglas de apreciación, no siempre suscita acuerdo y asentimiento. Es perfectamente posible que alguna de las partes encuentre vacíos, desaciertos, imperfecciones, descuidos, dilogías, incoherencias, etc., pero la actitud no pasa de situación tal, o sea, de exteriorizar una divergencia de opiniones, ámbito dentro del cual debe mantenerse como más válida y procedente la interpretación señalada por el juzgador que la presentada por el recurrente.

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 Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 28.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en fallo de veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno, impuso, por los delitos de homicidio agravado y consumado en Javier Titimbo Piedrahita y homicidio agravado y tentado en Guillermo Titimbo Piedra, a los hermanos *Alfonso, César, José Franco y José Maro Quintero Musse*, veinte (20) años de prisión y cinco (5) años de interdicción de derechos y funciones públicas.

Las demandas de casación presentadas a nombre de los cuatro mencionados sentenciados, fueron admitidas en auto de veintinueve de marzo del año en curso.

Hechos:

A eso de las siete de la mañana del quince de junio de mil novecientos noventa, Javier Titimbo Piedrahita, Guillermo Titimbo Piedra, Alexander Titimbo Leguizamo y Rudisnelia Titimbo Pama, se dirigían por el paraje "La Esmeralda", jurisdicción municipal de La Plata (Hui-

la), a laborar en una parcela, cuando fueron sorprendidos por varias personas que accionaban, a una, sus armas de fuego. Como resultado de esta injusta y sorpresiva agresión, se produjo la muerte de Guillermo y el grave lesionamiento de Javier. Las otras personas, menores de edad, lograron huir del sitio y comunicar lo ocurrido, señalando a los hermanos Quintero Musse, con quienes se tenía profundo distanciamiento, como los autores de los mencionados sucesos.

Trámite:

De este modo lo determina el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"El Juzgado instructor recibió las indagatorias de Alfonso y José Franco Quintero Musse a quienes se les tomó la prueba de absorción atómica y en auto de veintiuno de junio ordenó la captura de César y José Mario Quintero Musse y el veintidós de junio escuchó en indagatoria al capturado José Maro Quintero Musse.

"El Juzgado Noveno de Instrucción Criminal resolvió la situación jurídica de los indagados en proveído de veintidós de junio de mil novecientos noventa profiriéndoles medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio.

"En fecha veintiocho de junio de mil novecientos noventa el Juzgado instructor oyó la indagatoria del posteriormente capturado César Quintero Musse y le resolvió su situación jurídica el tres de julio de mil novecientos noventa con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio.

"El Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal Ambulante avocó el conocimiento y luego de practicar algunas pruebas tendientes a perfeccionar la investigación, en auto de ocho de noviembre de mil novecientos noventa declaró cerrada la investigación penal y el trece de diciembre del mismo año procedió a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Alfonso, José Franco, José Maro y César Quintero Musse por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, providencia que fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior de Neiva aclarando que los procesados Quintero Musse 'deben responder por un homicidio agravado (art. 324 del C. P., numerales 6º y 7º)'.

"El Juzgado Unico Superior de La Plata (Huila) avocó el conocimiento y abrió el juicio a pruebas en auto de dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y uno.

"Luego de múltiples aplazamientos la diligencia de audiencia pública finalmente se celebró el veintidós de agosto de mil novecientos

noventa y uno y en providencia de dos de septiembre del mismo año se pronunció el Juzgado Unico Superior de La Plata en sentencia condenatoria con los resultados conocidos.

"Apelado el fallo, al desatarse el recurso, concluyó con la confirmación —con la modificación anotada— de la condena en sentencia que hoy es motivo de este recurso extraordinario".

Las demandas:

Como todas responden a una misma concepción, basta con relacionar una, la de Alfonso Quintero Musse, para entender lo que las otras tres reclaman y obtener todas una misma y unificada respuesta.

Primer cargo. "Violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho al desfigurar la prueba, cercenando su contenido" artículo 220-1, cuerpo segundo, del C. de P. P.

Se cifra esta censura en la distorsión, por parte del Tribunal, del dictamen médico legal —necropsia—, en cuanto a sus términos y alcance.

El censor recalca lo de los disparos a *corta distancia* y con arma de fuego de *corto alcance*, con fundamento en estas precisiones del médico legista: Anillo de contusión, bordes irregulares, herida de forma estrellada, laceraciones, estallido del globo ocular derecho, destrozo del órgano vital: igualmente que "la sentencia impugnada acepta, que los disparos fueron hechos con arma de corto alcance.

"A continuación consigna, no el criterio lógico del juzgador, sino la desfiguración del dictamen al afirmar que los expertos han dicho el aspecto etxerno de los orificios dejados por las balas al ingresar al cuerpo de la víctima, indica que los disparos se hicieron perpendicularmente al blanco, pues, los realizados de manera oblicua al objetivo se presentan ovalados.

"La pericia médica determinó de manera clara y precisa:

"'*Piel y faneras:* Presentan 18 orificios de entrada de proyectil de arma de fuego de corto alcance, *redondeados* (subrayo)... bordes irregulares...'.

"No hay confusión alguna, entre un orificio redondeado y uno ovalado; pero para efectos procesales y en la demostración del cargo, la pericia no señaló la presencia de orificios ovalados, sino la de orificios redondeados; y, en esa circunstancia, la afirmación de la sentencia no es ni siquiera un razonamiento lógico, es la desfiguración del contenido de la pericia médica.

"Igualmente, en principio acepta que los bordes irregulares, por regla general, son indicativos del accionamiento de un arma a corta

distancia o en contacto con el cuerpo de la víctima, pero que también *suelen ocurrir* (subrayo) cuando un proyectil choca con un objeto duro, antes de ingresar a su objetivo.

"De acuerdo a la afirmación de la sentencia, abiertamente especulativo, no lógico, ni razonado, los 16 disparos que produjeron bordes irregulares en los orificios de entrada, chocaron antes de ingresar al cuerpo de la víctima, lo que de por sí, y sólo a través del simple enunciado se percibe que no existió un juicio lógico al dictamen, sino una notoria y ostensible especulación, que no puede ser fundamento del desconocimiento del dictamen, pero lo absurdo del planteamiento y la imposibilidad de que todos los disparos hayan chocado antes de entrar al cuerpo de la víctima.

"Es verdad, para la sentencia recurrida, y para la Sala de decisión, que cuando los bordes presentan desgarramientos, situación muy diferente a la irregularidad de los mismos, ello, sí conduce a que necesariamente se deduzca fue realizado el disparo a corta distancia, esto es, en contacto con el cuerpo de la víctima, resultados no presentados con el experticio bajo análisis.

"Tampoco aquí, la conclusión pertenece al resultado de una razonada apreciación.

"Los bordes irregulares —boca de mina— para todos los expertos en balística, son desgarrados (Uribe Cualla, Vélez Angel, Lemoyne Sinder, Giraldo) y son consecuencia para ellos, de disparos a corta distancia o a contacto, de manera que la inmediación probatoria, le permitió al legista observarlos, consignar su apreciación respecto a la distancia por los hallazgos en las heridas, chamuscamiento de la piel, depósito de pólvora, biselamiento interno fracturas lineales que se irradian desde el orificio de entrada, todo como efecto de la explosión del disparo a corta distancia o a contacto a boca de jarro.

"No es lógico entonces, el planteamiento del *ad quem* en la sentencia, que porque no se afirmó en el dictamen, que los orificios estaban desgarrados, los disparos no fueron a corta distancia, cuando se consigna allí la presencia de los bordes irregulares, que para el legista, son orificios como boca de mina, son desgarrados y su percepción, permite la deducción de la distancia en que se realizó el disparo, es decir, a corta distancia, cuando allí se consigna una razón científica producto de la inmediación de la prueba y consecuencia de un disparo a contacto, en esencia a corta distancia. Veámos:

"'2. *Examen externo.*

"'*Cavidad craneana:* Hay fractura diastada frontoparietal derecha, lineal además fractura de base de cráneo'.

"El dictamen en consecuencia es consonante con los estudios de balística y acorde con ella, las apreciaciones consignadas en él, pro-

ducto de la inmediación de la prueba, el que la desfiguración literaria, por desconocimiento del mismo significado para la medicina forense, no puede ser cercenado, con perjuicio de la debida apreciación.

"La posibilidad que incorpora la sentencia, respecto a la causa que produjo la fractura del fronto parietal derecho, lineal; no es en modo alguno, un raciocinio lógico, sólo es un juicio de pronóstico que no contraría la balística forense, ni las deducciones del experto; pues ellas por apreciación y estudio de especialistas, ocurren a continuación de los orificios de entrada y como efecto de un disparo a corta distancia o a contacto, y precisamente encontramos que el legista en su dictamen consignó 5 orificios de entrada en la cabeza; de manera que hay causa para que produjera como efecto la fractura diastasada lineal del frontoparietal derecho.

"La fractura diastasada, es aquella que ocurre, por la separación de dos estructuras óseas, sin fractura ni luxación de los bordes internos de los músculos; razón de más para inferir que el legista no halló esa fractura descrita como consecuencia de una caída, donde hay separación de los tejidos de los bordes internos del músculo y que su forma lineal, le permitió colegir la presencia de un disparo a contacto o a corta distancia, porque así lo enseña la pericia balística, desconocida en la sentencia.

"El dictamen nos dice, respecto a las laceraciones:

"'*En el lóbulo de la oreja derecha hay laceración producida por proyectil de arma de fuego* (subrayo).

"'Podemos entonces donde está determinado sin duda alguna, la causa que produjo la laceración proyectil de arma de fuego; decir que hay una conclusión en la sentencia, donde figura la causa que produjo el efecto descrito, atribuyéndola a una caída? Afirmarlo es sólo causa de la desfiguración, fundamento de la censura, y siendo que lo fue por proyectil de arma de fuego, para los expertos en balística; y para la pericia, sólo pudo ser consecuencia de un disparo a corta distancia o a contacto, como efecto del cono de llama del disparo; y no de una caída y el mismo aspecto es predicable de la laceración en la región lumbosacra izquierda.

"'El peritazgo nos ofrece un planteamiento, que sí podría ostentar el carácter de falta de seriedad científica en el mismo y consecuencia de un disparo a larga distancia.

"'*Orificios redondeados*' (subrayo).

"La balística forense por regla general, nos enseña que los bordes de una herida de arma de fuego que sean redondeados, son atribuibles a un disparo a larga distancia".

Sobre otro párrafo del fallo "...allí no se menciona la presencia de tatuaje evidencia que se presenta inexorablemente en disparos a corta distancia, bien a quemarropa o a boca de jarro".

Y en cuanto a la trascendencia de estos desaciertos, se comenta: "El desconocimiento por desfiguración del dictamen médico legal: Necropsia, condujo a la sentencia condenatoria; cuando si ello no hubiese ocurrido ésta debió ser absolutoria.

"Si hubiesen existido orificios ovalados, los testigos Guillermo y Rudisnelia Titimbo, estarían diciendo la verdad, al situar al procesado en una posición superior a la de la víctima; pero éstos son orificios redondeados con consecuencias y causas bien diferentes: Disparo a contacto, por ende a corta distancia; y no como causa del plano superior del victimario con respecto a la víctima.

"La apariencia del orificio redondeado, en disparos a contacto, no es la identidad de un disparo a larga distancia, entre los cuales media la sustancial diferencia de los destrozos generados en el objeto y siendo así no pueden ser redondeados, lo que geométricamente es ovalado.

"La desfiguración tuvo consecuencia para la apreciación de la prueba de cargo: Testimonial, que sólo desfigurada, le otorga veracidad a los declarantes, pero como ellos no existieron, la conclusión es falsa, porque la premisa no existe.

"La desfiguración tiene connotación, pues, ella otorga razón a las inspecciones judiciales, cuando se determinó la distancia en que percibieron los testigos a los homicidas, más de 10 metros, cuando un disparo a contacto se realiza a menos de 45 centímetros o cuando menos por ser a corta distancia, es inferior a un (1) metro, con lo cual se demuestra que los testigos no vieron los homicidas, que son testigos mendaces.

"Los hechos, en consecuencia ocurrieron, si no se desfigura el dictamen, de una manera sustancialmente diferente a la narrada por los testigos; estando víctima y victimario en forma inmediata y no distante y en un mismo plano, pues, si no existieron orificios ovalados, sino redondeados, no puede ser otra la ubicación; y estando en un mismo plano: César Quintero Musse, jamás estuvo en el lugar del hecho y sólo podía estar donde señalan los testigos Jesús María Collo Lasso y María Elvira Pajoy de Collo y jamás en el lugar donde lo ubicaron Guillermo y Rudisnelia Titimbo".

Segundo cargo. Subsidiario. Violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la apreciación de la prueba.

Al respecto se anotan plurales equivocaciones de esta índole. El primero se destaca y evalúa así: "La pericia médica concluyó que la

muerte de Fabio Titimbo fue consecuencia natural y directa de disparos a corta distancia y con arma de fuego de corto alcance.

"La sentencia proferida e impugnada, la aprecio en el sentido de considerar que los mismos fueron hechos a larga distancia, considerando para ello, que los bordes irregulares, como no se afirma, que estaban desgarrados que son consecuencia: Los bordes irregulares, de disparos que han rebotado, cuando resulta físicamente imposible que ello suceda, teniendo en cuenta el número de orificios —16— y además el lugar donde ocurrieron los hechos: Terreno destapado, donde resulta imposible el rebote de 16 disparos.

"Apreciar e identificar como una misma situación geométrica: Un orificio redondeado con un orificio ovalado, y al considerar así la identidad, darle razón a los testigos Guillermo y Rudisnelia Titimbo, que sitúan a César Quintero Musse en un plano perpendicular con respecto a la víctima.

"Las laceraciones establecidas, como consecuencia de un disparo de proyectil: Identificarlas como consecuencia de una magulladura.

"Considerar la expresión estallido, que por su naturaleza lingüística no guarda ninguna relación con el corte que produce un disparo a larga distancia, como expresión simplemente del recorrido del disparo.

"La fractura diastasada lineal del cráneo, apreciarla como consecuencia de una caída, cuando la ciencia balística la encuentra en la causa de un disparo a contacto, y la connotación: diastasada, permite concluir ese aspecto y no una fractura como consecuencias de una caída donde hay desprendimiento de los tejidos que atan el cráneo.

"Apreciar los destrozos que produjeron la muerte de Fabio Titimbo, en órgano vital, como secuela natural de los disparos, cuando en la pericia se afirma la presencia de orificios redondeados, que sólo se evita tomarlos como a larga distancia, precisamente por los destrozos de los tejidos subyacentes, cuando se trata de un disparo a contacto.

"La depreciación probatoria llega a su extremo, cuando considera axiomático la presencia de tatuajes en disparos a corta distancia; cuando en disparos a contacto su ausencia es la regla general; donde las secuelas se alojan en la parte interna de la herida y por ello no son de fácil percepción inmediata es fuente de numerosas errores, chamuscamiento de los tejidos.

"Se completa el proceso de depreciación probatoria, cuando la probabilidad de la existencia de una herida estrellada en región parietal derecha, atribuido a objeto contuso *'probablemente al caer'* (subrayo) se le da el carácter de certeza y cuando de otra parte, esa forma estrellada de la herida, para los expertos en balística es consecuencia de un disparo a corta distancia.

"La apreciación de un dictamen y su desestimamiento, no es producto del azar y capricho del funcionario, ha señalado nuestro máximo organismo judicial y las conclusiones de la sentencia no son un argumento lógico-jurídico, *sino posibilidades, factibilidades* (subrayo) y estas expresiones no son juicio lógico que nos lleve a desestimar el dictamen médico-legal, apreciado erróneamente. Circunstancias que conducen al querer contrario de la sentencia impugnada".

El segundo, se hace consistir en que la lesión padecida por Guillermo Titimbo "al parecer" se cumplió con escopeta, dubitativa situación que el fallo transforma "en certeza que le permite al Tribunal concluir, que Guillermo Titimbo, escuchó un disparo fino como de escopeta, cuando los 16 disparos fueron hechos con arma de corto alcance, y la única arma decomisada: Escopeta, no fue sometida a ningún experticio que nos permita concluir que allí en el homicidio y la tentativa se utilizó arma de largo alcance: Escopeta".

El tercero, se configura anotando que Guillermo y Rudisnelia Titimbo "enemigos declarados de César Quintero Musse, fueron tenidos como testigos veraces, cuando en ellos concurre una circunstancia de carácter moral, que ha llevado a nuestro máximo Tribunal de Justicia a afirmar que con fundamento en los testimonios de personas en quienes concurren circunstancias morales, como la enemistad grave, no se puede dictar sentencia condenatoria".

Y, del cuarto, se señala: "La sentencia da por verdad sabida, que los funcionarios no se pueden equivocar; y ésto, en principio es cierto, de acuerdo a la presunción de legalidad de las decisiones de autoridad competente.

"Pero es que el error no nace de la participación activa ni pasiva del funcionario, sino la de la interpretación errada de la prueba testimonial concretada en Guillermo y Rudisnelia Titimbo, quienes en las inspecciones judiciales aparentemente dijeron la verdad, cuando en la confrontación con los demás medios probatorios, en esencia de la pericia médica, no permite llegar a la veracidad de sus dichos".

Consideraciones de la Sala y del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

El censor entiende que el contenido de la diligencia de necropsia, constituye elemento probatorio de exacta composición, el mismo que no permitía al Tribunal el más mínimo intento de valoración, so pena de calibrar este esfuerzo como distorsión probatoria, a todas luces influyente en la decisión de condena recaída en los cuatro procesados. Esta pericia, para el memorialista resulta tan trascendental en su contenido primario y su interpretación fiel que sirve para descalificar los

testimonios de Guillermo Titimbo y de su sobrina Rudisnelia (o Rudisdelia o Cenelia) Titimbo Pama, decisivo fundamento de la sentencia de condena emitida.

El censor estima que si éstos rememoran de la agresión el que ésta se cumplió mediante el empleo de arma de fuego de largo alcance (escopeta) y los disparos se produjeron a una distancia de unos diez metros, cuando los atacantes estaban sobre un barranco y las víctimas en sitio más abajo, en el camino, y la pericia mencionada señala que los disparos se hicieron a corta distancia y con arma de corto alcance, no cabe más disyuntiva que advertir la necesidad de absolver a los hermanos Quintero Musse, porque estos no fueron los victimarios, pudiéndose anotar y demostrar que sólo la distorsión de la necropsia, por parte del Tribunal, le permitió emitir un fallo como el que ahora se recurre en casación.

Pero la cuestión no resulta tan expedita ni tan certera como lo piensa el impugnador y al respecto se anotan esta serie de observaciones que dan al traste con esta censura:

1. El Tribunal ciertamente se apartó de algunos aspectos detallados en la diligencia de necropsia, pero este distanciamiento conceptual no puede catalogarse de distorsión de esa probanza sino de su legítimo e imprescindible análisis. Las dos actitudes son totalmente antagónicas y fácilmente distinguibles, como que la primera constituye un imperdonable abuso de función y la segunda el obligado y correcto ejercicio de atribuciones judiciales. Aquella está dominada por un propósito de escamotear la verdad, sin razones para ello, y ésta se acompaña siempre de voluntad bien distinta, vale decir, llegar a un punto de conocimiento respetable, para lo cual se acude a las reglas de la sana crítica. Es también situación cierta y aceptada que la valoración del juez, así se ciña ésta a la más estricta de las reglas de apreciación, no siempre suscita acuerdo y asentimiento. Es perfectamente posible que alguna de las partes encuentre vacíos, desaciertos, imperfecciones, descuidos, dilogías, incoherencias, etc., pero la actitud no pasa de situación tal, o sea, de exteriorizar una divergencia de opiniones, ámbito dentro del cual debe mantenerse como más válida y procedente la interpretación señalada por el juzgador que la presentada por el recurrente, quien no ha podido pasar de este nivel e insertarse dentro de la denuncia de un ostensible error de hecho o de derecho.

A nadie le es dable advertir, en el fallo, cuestión distinta a la anotada. El Tribunal, indudablemente, se ha separado de la pericia pero porque su razonado convencimiento le obligaba a asumir esta posición, sin ocultar el medio probatorio, ni soslayarlo, ni desfigurarlo malignamente, sino sometiéndolo a aguda crítica probatoria, labor en la cual, por lo que se advertirá más adelante, sale exitoso e indemne.

Ya en este punto resulta notoria la equivocación de la vía escogida para formular el cargo pues no se trataría de una violación indirecta de la ley por error de hecho, ya por falso juicio de existencia, ya por falso juicio de identidad, sino de un error de derecho, concretamente de falso juicio de convicción, alternativa esta última imposible de alcanzar, tanto por tratarse de elemento de convicción no tarifado, como por haberse respetado, en lo fundamental, las reglas de una correcta apreciación, lo que permitía al Tribunal ejercer su discrecionalidad para repudiar o admitir una o una serie de probanzas.

2. El demandante cree a pie juntillas que lo del disparo a corta distancia lo refuerza el médico legista con la anotación de estas circunstancias: Anillo de contusión, bordes irregulares, herida de forma estrellada, laceraciones, estallido del globo ocular derecho, destrozo de órgano vital. Pero quien se detenga en la observación de la pericia, no podrá encontrar esta correlación específica, pues por contrario modo este substancial nexo causal apenas aparece como evaluación del memorialista, apoyándose para esto en la personal consulta de varios tratadistas de la especializada materia. A su vez, todo lo que el censor llama "distorsión" fue argumentación arbitrada por el Tribunal, aun que en sentido diferente y con clara tendencia, entre otros aspectos, de cuestionar la univocidad que a estos factores le adjudica, en el sentido señalado, el impugnador.

3. La alegación pretende evidenciar que donde la necropsia se refería a orificios redondos o circulares, el Tribunal tuvo que sustituir su forma por la ovalada, para poder explicar como verídica la versión de los Titimbo. Pero la realidad es otra y ésta se traduce en que la segunda instancia respeta esta caracterización de las heridas y la diferencia de niveles de las víctimas y los victimarios, pero encuentra motivos para hacer conciliables estas dos situaciones. Repárese en la siguiente transcripción del fallo: "Como segunda conclusión a que llega la Sala, es la de concordar las heridas *circulares* determinadas por el legista en el cuerpo de Javier Titimbo, producto precisamente del plano *perpendicular* en que estaban los agresores respecto a él, pues desde el barranco donde se ejecutaron los disparos, su *inclinación* necesariamente conduce a adoptar *similar* posición las personas allí apostadas, más aún que Guillermo sostuvo el producirse las heridas al extinto cuando se encontraba dispuesta a rebasar la calzada, al pretender pasar al lado opuesto donde existe un *descenso*" —fl. 25—.

4. La Delegada, al referirse a la proximidad (corta distancia) en el accionamiento de las armas de fuego, reprocha severamente la superficialidad y ligereza del dictamen. Y a fe que le asiste plena razón en esas sus agudas observaciones. Conviene reproducir esto pasaje de su concepto: "Resulta verdaderamente lamentable la osadía del perito médico al incursionar de manera categórica y contundente en campos que no le pertenecen y sin el debido sustento, cuando la lógica enseña que una tal conclusión depende de muchos factores, tales como el tipo

de arma (si es corta o larga), estado de conservación, ajuste y correcto funcionamiento, así como de la cantidad y calidad de pólvora utilizada en la construcción de los cartuchos. Con estas carencias mal puede determinarse en un peritaje que 'el arma causante de las heridas es de fuego y de corto alcance'; que 'los disparos fueron hechos a corta distancia'; el número de disparos que fueron hechos y los que penetraron en el cuerpo que examinó. Con estos precarios datos las conclusiones no pueden ser seguras y en consecuencia llevan al funcionario judicial a elaborar su propio análisis con lo descrito por el galeno en cuanto a heridas (aspectos estos sí de su especialidad), teniendo en cuenta como es su deber los otros medios de convicción, testimonios, inspecciones judiciales, acta de levantamiento de cadáver, etc.".

5. Cuando la necropsia señala como única arma empleada las de corto alcance, posibilitando así una rectificación de las informaciones suministradas por Guillermo y Rudisnelia Titimbo, la inferencia bien puede atribuirse a ignorancia, a descuido o a que se refirió de manera parcial a la causa de alguna de las lesiones, porque es imposible pensar, por lo establecido en autos, que no se hubieran utilizado escopetas dado el número de perdigones hallados en el cuerpo de Javier Titimbo y las características de sus lesiones. Nadie ha afirmado que al primer disparo se produjera un acierto en el objetivo humano. Por el contrario los sobrevivientes Guillermo y Rudisnelia afirman que con el inicial no se logró el resultado perseguido y a éste siguieron otros muchos más, dándose simultánea movilización de agresores y agredidos y cambiándose los planos, lo que ya de por sí hace muy inestable la presentación de conclusiones enfáticas e indiscutibles. También dicen aquellos que se utilizaron dos clases de armas, así a Alfonso y a César se les vio accionar unas escopetas, y, a Maro, un arma corta —fl. 25— o, en palabras de Guillermo Titimbo, "sonó un disparo más bien fino como de revólver" —fl. 6 vto.—. Y la opinión del Procurador Tercero en lo Penal, destaca con base en la diligencia de levantamiento del cadáver, que a una distancia de once (11) metros de éste se encontraron "dos vainillas de calibre 16, 3 vainillas calibre 32 a 11,790 mts. y 3 vainillas calibre 32 a 13 mts. aproximadamente. Y mediante oficio número 0468 el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal envió al Instituto de Medicina Legal, Sección Balística, junto con las muestras de absorción atómica: Muestras tomadas a una cápsula calibre 16 y a una vainilla calibre 32 'objetos que fueron hallados en el teatro de los acontecimientos', y se envió el proyectil 'encontrado en el cuerpo del occiso'; de este oficio se recibió respuesta, sólo respecto del proyectil que resultó ser un perdigón, no se recibió el resultado de las muestras de las cápsulas y las vainillas.

"Esto nos indica claramente que con un precario conocimiento de balística se puede determinar que el calibre corresponde al diámetro de la vainilla que son utilizados para escopetas (ya sea industriales o artesanales) y que cada cartucho contiene un número de perdigones que varía según el tamaño (diámetro). De lo que podría concluirse

que sólo penetraron dos disparos a la humanidad del occiso de los ocho que se deducen de las ocho vainillas encontradas y que cada uno podría contener ocho (8) perdigones, por lo que se hallaron dieciséis (16) orificios de entrada y, que si las vainillas se hallaron a once (11) metros del cadáver, de acuerdo con la lógica del homicida habría disparado aproximadamente a nueve (9) metros de distancia y caminó dos mientras descargaba las vainillas y se retiraba del lugar de los hechos. Esto sólo ya determina que no se hicieron los disparos a corta distancia y aunado a la ausencia de tatuaje en las heridas, más los testimonios y la inspección judicial al lugar de los hechos, mal podía llegar el Tribunal a conclusión diversa a la que contiene el fallo impugnado".

No está desasistida la consecuencia que determina el Tribunal cuando se apunta más bien al empleo de mortales armas de fuego de largo alcance (escopeta) y excluye las de corto alcance, que, inopinadamente aparecen en la diligencia de necropsia. Ni menos que a una distancia de unos diez metros (lugar donde se recogieron las vainillas respectivas) se inició la balacera.

6. El casacionista exagera las posibilidades de su raciocinio y es así como la afirmación contenida en la necropsia sobre disparos hechos a corta distancia la convierte unificando el valor de las nociones en disparo a quemarropa o boca de jarro —"disparo a contacto, por ende a corta distancia"— todo porque los aspectos de ciertas heridas (bordes irregulares, forma estrellada, conformación circular) se traducen como heridas con características de boca de mina. Y se ayuda en esto con lo de la "fractura diastasada fronto parietal derecha" para atribuirlo, contra la explicación que al respecto ensaya el Tribunal, a una consecuencia del disparo, cuando la propia necropsia en el aparte de las conclusiones advierte que "la lesión en escalpo región parietal derecha fue producida por objeto contuso (probablemente al caer)". Todo le permite, a una, deducir exorbitadamente que los testigos de cargo mienten y que los procesados no estuvieron en el lugar de los hechos sino en sitio diferente, como lo explican los declarantes Jesús María Collo Lasso y María Elvira Majoy de Collo, testimonios que también analizó el Tribunal llegando a la irrebatida y muy lógica explicación de haber podido Alfonso y José Franco, por razón de la hora en que fueron advertidos y la distancia por recorrer, desplazarse de ese sitio de aparente labranza a aquel en que ocurrió la punible agresión contra los Titimbo.

7. Las razones que apunta el Tribunal relacionada con el estallido del globo ocular, las peculiaridades de los bordes de los orificios dejados por las balas, lo del roce con un cuerpo duro (aspecto que la Corte complementa con la posible presencia de una región ósea), son temas que le sirven al fallador para discurrir sobre el dudoso o ningún acierto de algunos puntos de la pericia, labor que no está desprovista de cierto respaldo técnico y que jamás puede constituir distorsión del

dictamen sino severo y procedente análisis del mismo, quedando por tanto en el vacío y en la frustración el cargo que traía, por esta vía, de obtener la decadencia del fallo emitido. En este mismo sentido se pronuncia la Delegada cuando anota: "En las circunstancias anteriores es forzoso concluir que los falladores no tergiversaron ninguna prueba. Lo único que hicieron fue apartarse de las conclusiones del galeno y por lo mismo de lo alegado por el recurrente sólo queda como sedimento una simple disparidad de criterios, y por contera la falta de demostración del reparo.

"Las innumerables fallas técnicas que presenta el libelo, inicialmente pueden resumirse en el afán de demostrar un error de hecho por 'desfiguración' de una prueba, con argumentos propios de un error de derecho. Lo cual considera esta oficina no sólo es una falla de técnica sino un escrito de inane concepción en cuanto no logra demostrar ninguna desfiguración saliendo a flote una diversidad de conclusiones; del legista, del recurrente como de los falladores; con esta metodología se desvía en crítica acerba de los testimonios de cargo, los que, como se sabe, no están sometidos a tarifa legal alguna. Se trata entonces de una discrepancia conceptual, situación esta que el recurrente pretende adecuar, sin tino, en el error de hecho por tergiversación del contenido y alcance de los medios probatorios, fenómeno en un todo ajeno a este ámbito de la controversia. Y siendo esto así, las apreciaciones del Tribunal concitan una racional valoración del haz de pruebas de compromiso penal en cuyo cometido el criterio del censor nada tiene que hacer frente a la prevalencia que tiene el del *ad quem*, cuya sentencia además viene precedida de la presunción de acierto y legalidad".

Cargo dos. En este segmento se introducen a manera de alegación subsidiaria, cuatro errores de derecho que, en definitiva, dependen de lo afirmado en la primera de las censuras y que la respuesta dada a ese respecto, constituiría suficiente refutación en este punto. Aquí, nuevamente, se trata de restarle mérito a las versiones de Guillermo y Rudismelia Titimbo, sobre la base de la necropsia y el reconocimiento médico legal de las lesiones de este ofendido, debiéndose agregar, por último, que con la desaprobación que especulativamente podría arbitrarse al amparo de esas dos pericias, o con el respaldo que las mismas aportaran, o con la total prescindencia de las mismas, que la deducción siempre tendría que darse en el sentido de admitir como verídica información de lo ocurrido lo que dicen esas declaraciones. No es dable imaginar que esos declarantes, por odio, prevención, interés, etc., fueran a crear un acontecimiento con estos perfiles e idearan una forma del suceso que llegase a comprometer, únicamente, a los hermanos Quintero Musse. Si algo aparece en esa noticia es que presenciaron lo que atestiguaron y estaban en condiciones excepcionales para lograr ese enteramiento. La propia inspección judicial terminó por respaldar la posibilidad de esas visualizaciones y, la forma como declaró el niño Alexander Titimbo, no puedo ser más corroborada de la exclusión de

todo afán pernicioso o malintenciado contra los procesados. Cuando se pudo preparar a ese menor para comprometer a los sentenciados, nadie le insinuó nada, ni dirigió su versión; por eso, con entera libertad y lealtad pudo dejar de identificar a los agresores, papel que sí asumieron, en forma categórica y verídica, los citados Guillermo y Rudismelia.

Conviene, igualmente, reproducir el criterio de la Delegada en relación a la parte más saliente de esta censura:

"...El Tribunal no afirma en forma categórica que los disparos antes de penetrar en la humanidad del obitado chocaran contra un instrumento duro; eso lo plantea a manera de hipótesis para rebatir los argumentos de la defensa, en el sentido de que siempre que se presenten bordes irregulares indefectiblemente se tiene que concluir que se trata de disparos hechos a corta distancia. De cualquier manera, es un punto que no determina absolutamente nada por cuanto los especialistas unánimemente reconocen que siempre que se rompe la piel por impacto de proyectiles de arma de fuego los bordes del orificio de entrada siempre son irregulares, sin importar la distancia del disparo. En cuanto a los '16 disparos' de los que habla el casacionista, como ya se expresó en acápite precedente sólo dos disparos de proyección múltiple, contentivos cada uno de 8 perdigones, impactaron a la víctima. A este respecto es elocuente la conclusión del técnico en balística (fl. 158): 'El proyectil' hallado en el cuerpo de la víctima corresponde a un perdigón, y las vainillas halladas en la diligencia de levantamiento del cadáver concuerdan con el número de disparos".

En otros puntos, la alegación se resiente de notable inanidad. En efecto, no resulta objeción seria desconocer el mérito de la sentencia porque lo que fuera opinión incierta en el reconocimiento médico del lesionado Guillermo Titimbo (*al parecer* herido con arma de fuego), se trocó en conclusión asertiva por parte del Tribunal, porque está dentro de la actividad judicial robustecer las deducciones, siempre y cuando que se den argumentos válidos para ello. Pero también puede advertirse que todo cuenta en orden a fijar esta causación y, además, que la observación carece de entidad como reproche de levísima incidencia en el desprestigio del cuestionado fallo.

Igualmente, que lo aportado en autos no da para establecer, por razón de enemistad, un rotundo motivo de descalificación de los testimonios de Guillermo y Rudismelia Titimbo, porque éstos no trajeron nunca, hacia sus agresores, una expresión de violencia o de gratuita recriminación. La circunstancia obvia de distanciamiento entre las familias envueltas en este caso (Quintero y Titimbo) apenas alertaba para ejercer una más escrupulosa crítica probatoria, pero no para desechar, *ab initio*, sus testificaciones, las cuales recibieron el crédito que era razonable extenderles.

Por último, la nota con la cual se cierra este acápite del segundo cargo ("la sentencia da por verdad sabida, que los funcionarios no se pueden equivocar...") sólo constituye una glosa de exagerada valoración, huera y caprichosa, ante la actitud del juzgador. Este no se ha refugiado en un *"magister dixit"* y de ahí que lejos de imponer conclusiones, las estableció mediante juicioso y ponderado raciocinio. De otro lado, la circunstancia denunciada, no se ha traducido en momento alguno en coraza del fallo pronunciado. Los funcionarios actuaron acorde con el rol propio de su actividad judicial y se ciñeron a las exigencias que los ordenamientos legales aplicados les imponían.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya relacionada en su origen, fecha y alcance jurídico.

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.

PECULADO POR EXTENSION / PECULADO POR APROPIACION

El Banco de Colombia después de su nacionalización quedó convertido en una sociedad de economía mixta del orden nacional, con aporte de capital mayoritario del Estado (más del 90 por ciento) y sus trabajadores, a excepción de su presidente, continuaron siendo trabajadores del sector privado, por mandato expreso del Decreto 1482 de 1986, pero sus trabajadores pueden estar incursos en el delito de peculado por extensión. / Estando penalizadas de idéntica manera el peculado por apropiación y peculado por extensión fuerza es concluir que si se dicta resolución de acusación por uno de ellos no se atenta contra la garantía del debido proceso, sino que se incurre en irregularidad meramente nominal del sujeto activo del delito, y en la denominación de éste, pero sin salirse del mismo capítulo, no genera nulidad, pues puede hacerse tal modificación que conserva la imputación fáctica esencial sin que se afecte el derecho de defensa.

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 Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 028.

Conoce la Corte del recurso de casación impetrado contra la sentencia proferida el 12 de junio de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual, al confirmarse la de primera instancia, se condena a *Sergio Arbey Lozada Gómez* a la pena principal de cinco años de prisión y multa de un millón de pesos y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y de suspensión de la patria potestad —si la tuviere—, por término igual a la sanción privativa de la libertad. Así mismo, se le impone la obligación civil indemnizatoria, y se adoptan otras determinaciones pertinentes, como autor responsable del delito de peculado por apropiación y diversas clases de falsedad documental, cometidos en concursos homogéneos y heterogéneos de hechos punibles, en perjuicio del Banco de Colombia.

Hechos y actuación procesal:

Los hechos materia de la investigación aparecen reseñados con fidelidad al proceso en el fallo de segundo grado así:

"El abogado Juan Manuel Rivera Hernández formuló denuncia penal, inicialmente en carácter averiguatorio, y dentro del contexto de la misma, manifestó lo siguiente: '...durante el día cuatro de junio del corriente año (1991), en nuestra oficina de «Unicentro», se hicieron varias consignaciones, alrededor de mil trescientos ochenta millones de pesos en cheques locales. Durante ese mismo día y presumiblemente al finalizar las labores del día, se suplantaron estas consignaciones por otras de consignación nacional que al sumar todas ellas compensan ese mismo valor, en estas últimas se incluyen unas partidas en efectivo como recibidas alrededor de trescientos setenta millones de pesos, y el saldo de los mil trescientos ochenta millones en cheque. Estas consignaciones están afectando cinco cuentas ubicadas en oficinas diferentes de la ciudad de Bogotá, del Banco de Colombia. La prueba de caja que es el documento que se diligencia al finalizar las labores de caja del día y que nos muestra las diferentes operaciones que se han realizado, nos indica que en ese mismo día se recibieron consignaciones en efectivo solamente por cuarenta y seis millones trescientos ochenta y dos mil pesos, aproximadamente, lo que nos refleja contra los comprobantes de consignación relacionados anteriormente, una diferencia de movimiento de efectivo de aproximadamente trescientos veinticinco millones. Al suplantarse los comprobantes de consignación paralelamente incluyeron en el movimiento de la oficina, tres cheques por valor de mil trescientos ochenta millones de pesos, con el fin de que cuadrara exactamente con los comprobantes que habían suplantado las consignaciones iniciales, de esta manera al hacer los cuadres por valores totales, no se presentaba ninguna diferencia... Como en esas consignaciones se incluían unas sumas en efectivo, en el día de ayer cinco de junio se pagaron en la ciudad de Bogotá cheques por ventanilla que ascienden a una suma aproximada de ciento diez millones de pesos, que es la suma que hasta el momento hemos podido detectar que se ha desfalcado de las arcas del Banco de Colombia. De todos estos hechos y después de examinar cuidadosamente por varios funcionarios directivos de la sucursal, todos los documentos relacionados con este hecho doloso, tenemos sospecha de una persona que desempeña las funciones de Inspector de Caja de la Oficina de «Unicentro», llamado Sergio Arbey Lozada Gómez, que de acuerdo con los registros del Banco, reside en la calle 72D número 3N-18, barrio Floralia, se identifica con la cédula de ciudadanía número 16.674.383...'" (fls. 547-548, cuaderno del Tribunal). A lo largo de la investigación se estableció como monto total de la defraudación, el de trescientos cincuenta y tres millones cuatrocientos mil pesos ($ 353.400.000.00) moneda corriente.

Al proceso, iniciado por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal radicado de Cali, fue vinculado el funcionario denunciado, Sergio

Arbey Lozada Gómez, y perfeccionada la investigación, calificada en auto que el Juzgado Décimo Penal del Circuito modificó de conformidad con el artículo 501 del C. P. P. entonces vigente, variando las imputaciones, que en definitiva quedaron por los delitos de: Peculado por apropiación en concurso homogéneo de hechos punibles, falsificación o uso fraudulento de sello oficial en concurso homogéneo; falsedad material de empleado oficial en documento público en concurso homogéneo; falsedad en documento privado en concurso homogéneo; falsedad por destrucción de documento privado, delitos todos a su vez en concurso heterogéneo.

Surtida la etapa de la causa, el mencionado Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali dictó sentencia de primera instancia, en la que por los mismos hechos punibles materia de la resolución acusatoria, lo condenó a las penas antes referenciadas, que el Tribunal Superior del Distrito confirmó en su fallo que ha sido recurrido en casación por la defensa (fls. 1 y ss., 12, 33-38, 52-56, 398, cuaderno principal 1; 370-388, 399-404; 478-505, cuaderno principal 2, cuaderno del Tribunal).

La demanda:

El señor defensor demandante presenta contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, un solo cargo, basado en la causal 3ª del artículo 220 del C. P. P. Sostiene que se profirió en juicio viciado de nulidad legal por violación de la garantía del debido proceso (arts. 1º y 304-2 del C. P. P.), por haberse incurrido en errada calificación del mérito sumarial al imputarle al acusado delitos de peculado en condición de empleado público, careciendo de esta calidad personal.

Al desarrollar el planteamiento afirma que el Tribunal despojó a la entidad Banco de Colombia, de la cual era empleado el procesado para cuando cometió los delitos, de su naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta y le reconoce exclusivamente la calidad de entidad nacionalizada, confiriéndole al Estado, por esta circunstancia, únicamente la calidad de administrador del patrimonio del Banco y calificando con base en esa consideración a sus empleados, como oficiales, para así, convertir al procesado en sujeto calificado del delito de peculado y de alguna (s) de la forma (s) de falsedad que se le endilgaron.

Observa que por efecto del Decreto 2920 de 1982 y de la Resolución 02 del 10 de enero de 1986 —de nacionalización del Banco—, el 14 de julio de este año la Junta Directiva del Banco de Colombia acordó incrementar el capital del Banco a ochenta mil millones de pesos ($ 80.000.000.00), de los cuales $ 14.995.099.975.20 estaban representados en acciones de la clase de las públicas y $ 4.900.024.80, en acciones de la clase de las privadas; y un capital de garantía de $ 65.000.000.000.00, representados en acciones temporales de naturaleza especial, con ca-

racterísticas, forma, efectos y naturaleza previstos en los Decretos 2920 de 1982, 2008 de 1986, la Ley 117 de 1985 y demás normas que los adicionen y reformen. Estas acciones especiales le conferirían a la Nación el derecho "a exigir la emisión y entrega de acciones de la clase de las públicas que el Banco de la República a nombre y por cuenta de la Nación, en desarrollo del respectivo contrato, efectúe desembolso con cargo a la garantía, y por valor igual a dichos desembolsos"; esta acta sustento de la obtención de la aprobación de la reforma de los estatutos del Banco, lo que sucedió por Decreto 2362 de 1986 después debidamente protocolizado, y que despojaba a los particulares del derecho a participar en la administración de la institución.

Recuerda que el artículo 5º de la resolución de nacionalización estableció que las relaciones laborales entre el Banco y sus trabajadores seguían rigiéndose por las normas del C. S. del T. y las convenciones vigentes; sin embargo de todo lo cual, el Tribunal, para poder catalogar como empleados oficiales a los del Banco de Colombia, asumió que al ser nacionalizada esa entidad por el Estado, éste "no hizo aportes con el fin de conformar una empresa comercial"; tampoco la convirtió en patrimonio de la Nación; tampoco la expropió, pero que de todas formas hizo de ella "una adquisición definitiva".

Siendo la sentencia de segundo grado, en criterio del demandante, contradictoria en lo relativo al concepto jurídico de nacionalización y a las consecuencias de tal estado institucional frente a los trabajadores del Banco, a lo que sin fundamento sólido cataloga de oficiales, erró en la calificación del sujeto activo de la acción penal, y consecuencialmente en la calificación jurídica del mérito sumarial.

El Tribunal —dice—, en definitiva no clasificó la personalidad jurídica del Banco de Colombia, pues que luego de trasegar vacilantemente en torno al fenómeno de la nacionalización, rechazó su ubicación como sociedad de economía mixta, con el argumento de que en dicha institución el Estado no adquirió un porcentaje igual o superior al 90% de los aportes; y si como en efecto sucede, sí es una sociedad de economía mixta, según lo revela el abundante acopio probatorio del proceso, porque del total de su capital el Estado aportó casi un 18%, así debió admitirlo el fallo.

Añade el casacionista, que a pesar de esta clasificación, los empleados del Banco no tienen la calidad de oficiales, porque ésta se rige por lo establecido en el artículo 63 del C. P. en armonía con los Decretos 3135, 1848, 3130 y 1050 todos de 1968, y por ello al nacionalizarlo, se estableció que las relaciones laborales con sus trabajadores se regían por el C. S. del T.

Entiende que el Tribunal limitó su punto de vista a la posibilidad de que una sociedad de economía mixta sea creada por la ley con la aceptación de los particulares, y que por esta razón se confundió; y no tuvo en cuenta que también una persona jurídica de esa naturaleza

puede constituirse por autorización de la ley, que tal es lo acontecido en este evento por efecto del Decreto 2920-8 de 1982, dado el deficitario estado del Banco de Colombia y la necesidad de intervenirlo "en aras" de los intereses de la sociedad.

Siendo necesario verificar el porcentaje del aporte estatal al capital del Banco para determinar la clasificación de sus empleados, se debe tener en cuenta, conforme al Decreto 3130 de 1968, que sólo adquieren la calidad de trabajadores oficiales cuando esa participación estatal es igual o superior al 90% de su capital. Y en este caso, el Estado participa en una proporción inferior a este tope mínimo, lo que confluye a calificarlos como particulares "y sus actos delictuales juzgados conforme a su naturaleza".

Transgredió entonces el Tribunal, los artículos 63, 133, 211, 212, 215, 218, 221 y 223 del C. P.; también los artículos 1º, 305, 247 y 470 del C. P. P., y aplicó con un sentido diferente al tenor de su texto, los Decretos 1848-1, 3130-3, 3133-5 y, 1050-8, todos de 1968.

Finalmente, solicita el censor que, al casar la Corte la sentencia de segunda instancia, el fallo de sustitución declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, para que el proceso se reponga conforme a derecho.

El alegato apreciatorio de la parte civil:

En ponderado memorial, el señor apoderado de la parte civil se opone a la pretendida casación arguyendo que el acusado tenía, para la época de los delitos en que incurrió, la calidad de empleado oficial, y por consiguiente el sumario estuvo correctamente calificado.

Después de hacer concisa referencia a los motivos de dominio público, que determinaron al Gobierno a decretar la nacionalización del Banco de Colombia, y de transcribir los pertinentes artículos de la Resolución 02 del 10 de enero de 1986, que en ejercicio de las facultades del Decreto 2920 de 1982, expidió el Presidente de la República efectuando la nacionalización del establecimiento bancario, dándole la clasificación de sociedad de economía mixta a la que hasta entonces era una entidad de derecho privado, el profesional recuerda que, en cumplimiento de lo resuelto, la nueva Junta Directiva del Banco sesionó el 14 de julio de 1986 y decidió —en acta que después se protocolizó legalmente— modificar los estatutos de la institución, alterando la composición accionaria de la institución, y fue así como fijó el capital autorizado en ochenta mil millones de pesos representados en acciones distribuidas tal como lo refirió el recurrente en su demanda.

Recuerda así mismo, cómo de las tres alternativas de intervención estatal con que contaba el Gobierno nacional según el Decreto 2920 de

1982, optó por la de la nacionalización para hacer frente a la grave crisis financiera por la que atravesaba el Banco de Colombia, pero no asumida tal nacionalización en el sentido restringido de ejercer su administración, sino de participar en su capital "en condiciones especiales", según lo consagran los artículos 4º y 8º del Decreto 2920 de 1982, aumentando su capital, suscribiendo ese aumento y capitalizando la deuda que asume, pero a la vez, sometiéndose a la obligación prevista en el artículo 6º-d) del mismo decreto, de garantizar a través del Banco de la República, los recursos financieros de la entidad nacionalizada "mediante el aporte de un capital garantía, como así lo estatuye el artículo 20 de la Ley 117 de 1985, reglamentada por el Decreto 32 de 1986...".

Habiendo operado así la nacionalización, considera el distinguido profesional, que sumados el capital de garantía tal como fue aprobado por la Junta Directiva del Banco en la reforma estatutaria mencionada y el de las acciones públicas, el aporte estatal en su capital supera el 99% en la sociedad de economía mixta en que se convirtió el Banco de Colombia; y a idéntica conclusión arriba el profesional, bajo la hipótesis de ignorar, del capital autorizado del Banco, el capital-garantía, porque las acciones de la clase de las públicas superan, dentro de ese capital, en más del 99% a las de la clase de las privadas, siendo ésta la misma situación aún después de la fecha de los hechos delictivos investigados —junio de 1991—.

De las precedentes reflexiones, la parte civil deduce que el régimen laboral de los trabajadores de las sociedades de economía mixta así constituidas, para el caso del Banco de Colombia y conforme a los Decretos 1050-8 y 3130-3 del 1968, es el del empleado oficial (art. 63 del C. P.). Por consiguiente, el aquí procesado tenía la calidad de trabajador oficial para cuando incurrió en los delitos por los cuales se le condena, vale decir, la calidad adecuada para ser sujeto activo de los delitos de peculado y de falsedad que se le imputaron.

Consecuente con su discurso, solicita no casar el fallo.

El Ministerio Público:

En concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, deben ser acogidos los planteamientos de la demanda y casarse la sentencia.

Observa el funcionario que los fallos de las instancias carecen de claridad conceptual respecto de la naturaleza de la persona jurídica Banco de Colombia y de la clase de vínculo de sus empleados a partir de la nacionalización de que fue objeto por decreto del Gobierno nacional y considera que, por tal razón se realizó la errada calificación jurídica de que habla el demandante, la cual en su criterio, justifica la anulación parcial del proceso desde la resolución acusatoria.

Para controvertir la confusa y tornante posición dialéctica del Tribunal sobre los puntos precedentes, afirma el funcionario que el artículo 14 del Decreto 2920 de 1982 ordena que a partir de su nacionalización toda entidad financiera objeto de ella debe modificar sus estatutos a fin de que reflejen su nueva naturaleza jurídica, para adecuarla a las clasificaciones de que tratan los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976.

Considera, complementariamente, que el mandato del artículo 14 del Decreto 2920 precitado se cumple con el decreto de nacionalización y no con el cambio estatutario, porque es la ley de nacionalización la que debe reflejarse en los estatutos de la entidad.

Recuerda que la naturaleza del vínculo laboral de los empleados de la entidad nacionalizada de que se habla categorizada conforme a los mencionados decretos —sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado— debe definirse de conformidad con el porcentaje de capital aportado por el Estado, de manera que si tal aporte es superior al 90%, tales empleados se llamarán trabajadores oficiales, y podrán entonces cometer los delitos propios de peculado y las falsedades documentales que al aquí procesado se le atribuyen.

Afirma que habiéndose convertido el Banco de Colombia en sociedad de economía mixta por virtud de la resolución de nacionalización, con capital autorizado de ochenta mil millones de pesos, de los cuales el Estado pagó sólo algo más de quince, sus empleados no son trabajadores oficiales, y por tanto carecen de la aptitud de sujetos activos de delitos que requieren esa condición calificante.

Añade, en relación con los delitos de falsedad documental, que sin embargo, los que requieren de sujeto activo calificado, sólo pueden ser cometidos por el empleado oficial que tiene la función de documentar a nombre del Estado.

A continuación y para cuestionar la tipificación por los falladores de las instancias de la conducta del procesado como delito de peculado, sobre la base de la asimilación a empleados oficiales que hace la ley, de los trabajadores de sociedades de economía mixta y de empresas industriales y comerciales del Estado por razón del monto del capital aportado por él, descarta el carácter que le daría dicha asimilación a esta clase de empleados a los trabajadores del Banco de Colombia, apoyando su planteamiento en la conocida teoría de la función y no del órgano, y prohija así la pregonada nulidad del proceso.

Explicando el tópico relativo a la función, sostiene que la actividad bancaria, pese a la asimilación de personalidad jurídica antes referida, no es función propia del Estado en el marco constitucional, sino que respecto de ella éste se limita a ejercer su inspección, vigilancia y control, de manera que los bancos nacionalizados no se convierten en parte de la administración pública, y por tanto, no pueden

ser sujeto pasivo de delito de peculado; además, en el marco legal, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetas al régimen de derecho privado; y la asimilación de sus trabajadores a oficiales es únicamente para efectos de la seguridad social del sector.

Estima el funcionario también válidas las anteriores reflexiones para los delitos de falsedad pública que en concurso con el peculado se atribuyeron al procesado. Si no es trabajador oficial el empleado de un banco nacionalizado, no tiene como función crear documentos públicos, y por tanto, no puede ser sujeto activo calificado de falsedad de tal naturaleza.

Habiendo atentado el acusado contra el patrimonio básicamente privado y falsificado documentos privados, hubo errada calificación jurídica de los delitos y por tanto, debe atenderse la pretensión del casacionista.

Consideraciones de la Corte:

Oídos todos los muy distinguidos intervinientes en esta polémica, generada por la poco afortunada sentencia recurrida del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, debe la Corte advertir que a ninguno de ellos asiste totalmente la razón —a unos menos que a otros—, y que el fallo mencionado se casará parcialmente, en cuanto condenó por uso fraudulento de sellos oficiales —como violación que es del *non bis in idem*— y por la condena accesoria a la suspensión de la patria potestad, por violación al principio de legalidad de la pena, como adelante se precisará. Obsérvese, entonces:

1. El Tribunal consideró que el Banco de Colombia no era para la fecha de los hechos una sociedad de economía mixta – hoy por sucesos de público conocimiento su personalidad jurídica ha vuelto a variar— porque en su sentir el Estado no había hecho aportes a su capital autorizado, sino que al haber sido nacionalizado por Resolución 02 del 10 de enero de 1966 de la Presidencia de la República, el Estado asumió su administración, su "manejo" —dice—, y aunque no lo expropió, hizo de él adquisición definitiva, con lo que sus trabajadores, que hasta entonces eran particulares, automáticamente se convirtieron en empleados públicos.

Así se expresó la Corporación *ad quem* en algunas de sus consideraciones:

> "8º Ya se dijo que nacionalización no significa expropiación, pues de la simple definición dada en el artículo 4º —se refiere, aclara la Corte, al Decreto 2920 de 1982— se deduce que la asimila o mezcla con el concepto de intervención, que indica administración, mas no adquisición.

"9º Bueno es acotar que nacionalización tampoco es la simple posibilidad de participar en el capital, como de la lectura del artículo 4º del pluricitado decreto se desprende, pero sí en nuestro entender significa adquisición definitiva.

"(...)

"Ya se dijo que la nacionalización trae como consecuencia la adquisición efectiva del capital en favor de la Nación, circunstancia esta que permite tener a los trabajadores del Banco de Colombia como empleados oficiales.

"(...)

"En el caso que nos ocupa no se puede dar aplicación exegética de las normas y considerar que el artículo 5º de la Resolución 02 de enero 10 de 1986, cuando establece que las relaciones laborales se seguirán rigiendo por el Código Sustantivo del Trabajo y las convenciones vigentes, que se trata de una empresa de economía mixta, toda vez que una cosa es intervenir y asumir el control de la administración y otra muy diferente concurrir a la conformación de una empresa de economía mixta donde el Estado hace un aporte financiero en una proporción considerable o no.

"No ha habido en el caso que ahora demanda la atención de la Sala, aporte del Estado en proporción determinada, por tanto, si no se ha procedido a aportar para estructurar una empresa, no es del caso aplicar el Decreto 3130 de 1968 que en su artículo 3º dispone que si el Estado posee el noventa por ciento (90%) o más del capital social, los trabajadores vinculados a ella se someten al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, o sea que deben considerarse trabajadores oficiales; en caso contrario es decir que el aporte sea inferior al porcentaje anotado, no tendrán tal carácter" (fls. 460-461, 558 cuaderno del Tribunal).

Con estas premisas básicas, no encontró obstáculo el Tribunal para mantener las imputaciones que se hicieron al procesado en la resolución acusatoria y condenarlo, por el peculado y las falsedades de empleado público en documento público.

2. El demandante sostiene, a su turno, que el procesado carecía de la calidad de empleado oficial, no sólo porque el porcentaje de capital aportado por el Estado para constituir la sociedad de economía mixta Banco de Colombia —conforme al Decreto 2362 de 1986 mediante el cual se legalizó la reforma de los estatutos decidida por la Junta Directiva del Banco a raíz de su nacionalización— fue inferior

al tope mínimo del 90% para que sus empleados adquirieran la calidad de oficiales; sino porque expresamente en la resolución de nacionalización se estableció que las relaciones laborales entre el Banco y sus trabajadores seguían rigiéndose por las normas del C. S. del T. y las convenciones vigentes.

No podía, en su opinión, entonces, otorgarse a su cliente la calidad de sujeto activo calificado para acusarlo y condenarlo por delitos que exigen esa condición subjetiva en el transgresor de la ley penal; y al haberse calificado el sumario en la forma en que se hizo, imputándole delitos de peculado y falsedad documental que sólo puede cometer el empleado oficial, se incurrió en la nulidad que depreca al amparo de la causal 3ª de casación.

3. El señor representante de la parte civil, por su lado, apoyado en la resolución de nacionalización y en el mismo decreto citado por el demandante y por el Tribunal, el 2362 de 1986, considera que los empleados del Banco de Colombia, con la nacionalización del ente se transformaron en empleados oficiales por virtud de la asimilación de que hablan los Decretos 1050-8 y 3130 de 1968, al adquirir el Estado un porcentaje superior al 90% de su capital autorizado, proporción esta que resulta, sea que se interprete como tal capital solamente el de las acciones públicas y privadas efectivamente pagadas, sea que se incluya en ese estimativo el capital-garantía. Por consiguiente, el proceso estuvo correctamente calificado y no debe casarse la sentencia.

4. A su turno, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su extenso y reiterativo concepto, con apoyo también en el mismo Decreto 2362 de 1986, prohijando la tesis del demandante sostiene que los empleados del Banco de Colombia, ya nacionalizado y convertido en sociedad de economía mixta, continuaron siendo trabajadores del sector privado; y como además, ni la actividad bancaria es un servicio público del Estado, ni las funciones desempeñadas por los trabajadores del Banco revisten el carácter de funciones de administración pública, ellos no pueden ser sujetos activos calificados de los delitos de peculado y falsedad en documento público que se atribuyeron al procesado.

Pues bien. El meollo de la cuestión que tan diversas opiniones ha provocado, todas expuestas con valioso esfuerzo dialéctico, estriba en que todos los intervinientes partieron de la base de que la modificación de los estatutos del Banco de Colombia que le imponía realizar el artículo 3º de la Resolución 02 del 10 de enero de 1986, expedida por el Presidente de la República, de nacionalización de la entidad, se llevó a cabo mediante el tantas veces mencionado Decreto 2362 del 25 de julio de 1986 que legalizó la sesión de la Junta Directiva del Banco del 14 de julio de 1986, y que únicamente se refiere al tema de "Capital", en el que se modificó el numeral 9º de los estatutos.

Sin embargo, ello no fue así: La nueva Junta Directiva del Banco, esto es, la integrada por el Gobierno a raíz de la nacionalización para dar cumplimiento a la resolución que dispuso esa clase de intervención estatal, sesionó el día 25 de abril de 1986 según Acta número 3553, y modificó los estatutos del Banco otorgándole nueva naturaleza jurídica a su personalidad y adecuándolos en todo lo pertinente a ella. Esta sesión se legalizó mediante el Decreto 1482 del 9 de mayo de 1986, aprobatorio de la tal reforma estatutaria, la que a su vez fue modificada mediante el Decreto 2362 del 25 de julio de 1986, contentivo de la única reforma citada por los funcionarios y profesionales del Derecho intervinientes en esta polémica.

Ciertamente: El Decreto 1482 del 9 de mayo de 1986, expedido de acuerdo con la resolución de nacionalización del Banco, definió en su Capítulo Primero lo referente a nombre, domicilio, objeto y duración de la sociedad denominada Banco de Colombia. En su Capítulo Segundo, artículo 5º dispuso:

> "Artículo 5º Naturaleza jurídica. El Banco de Colombia es una sociedad de economía mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mientras el Banco se encuentre sometido al régimen especial de nacionalización...".

En el Capítulo Tercero, estableció los rubros "Capital, Acciones, Accionistas":

> "Artículo 9º El capital autorizado del Banco es de quince mil millones de pesos ($ 15.000.000.000.00) dividido en acciones de un valor nominal de un centavo (0.01) cada una, de las cuales se encuentran totalmente pagadas:
>
> "—Catorce mil novecientos noventa y cinco millones noventa y nueve mil novecientos setenta y cinco pesos con veinte centavos ($ 14.995.099.975.20) representados en acciones de la clase de las públicas.
>
> "—Cuatro millones novecientos mil veinticuatro pesos con ochenta centavos ($ 4.900.024.80) representados en acciones de la clase de las privadas".
>
> "Artículo 12. Aumento de capital. Todo aumento de capital requiere reforma de estos estatutos...".

En la Sección III del Capítulo Cuarto, que trató el punto de Dirección y Administración, estableció:

> "Artículo 25. Agente del Presidente de la República. El Presidente del Banco es agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción *y es el único funcionario del Banco que tiene la calidad de empleado público...*"

En el Capítulo Sexto, "Disposiciones varias", estableció:

> "Artículo 34. Régimen laboral. De conformidad con el artículo 3º de la Resolución ejecutiva número 02 del 10 de enero de 1986, y lo que en el mismo sentido dispone el Decreto 2920 de 1982, las relaciones laborales entre el Banco de Colombia y sus trabajadores seguirán rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y las convenciones vigentes, sin que puedan ser desmejorados como consecuencia de la resolución ejecutiva acabada de mencionar".

Lo que hizo el decreto en que se apoyan los polemistas —el 2362 del 25 de julio de 1986— fue aprobar la reforma al Decreto 1482 del 9 de mayo de 1986, exclusivamente en su artículo 9º, en estos términos:

> Artículo 1º "...El artículo 9º del estatuto del Banco quedará así:
>
> "Capital. El capital autorizado del Banco es de ochenta mil millones de pesos ($ 80.000.000.000.00) dividido en acciones de un valor nominal de un centavo (0.01) cada una, las cuales se encuentran representadas así:
>
> "—Catorce mil novecientos noventa y cinco millones noventa y nueve mil novecientos setenta y cinco pesos con veinte centavos ($ 14.995.099.975.20) representados en acciones de la clase de las públicas, totalmente pagadas.
>
> "—Cuatro millones novecientos mil veinticuatro pesos con ochenta centavos ($ 4.900.024.80) representados en acciones de la clase de las privadas totalmente pagadas.
>
> "—Sesenta y cinco mil millones de pesos ($ 65.000.000.000) que constituyen el capital de garantía del Banco y que se representan en acciones temporales de índole especial, cuyas características, forma, efectos y naturaleza son los previstos en el Decreto-ley 2920 de 1982, en la Ley 117 de 1985, en el Decreto 2008 de 1986 y demás normas que los adicionen o reformen. Esta clase de acciones conferirá a la Nación el derecho a exigir la emisión y entrega de acciones de la clase de las públicas cada vez que el Banco de la República a nombre y por cuenta de la Nación, en desarrollo del respectivo contrato efectúe desembolsos con cargo a la garantía y por valor igual a dichos desembolsos".
>
> "Artículo 2º Este decreto rige desde la fecha de su publicación".

Queda claro, pues, de acuerdo con los preceptos transcritos, que:

a) El Banco de Colombia, a raíz de su nacionalización, fue convertido legítimamente por su Junta Directiva en una sociedad de economía mixta;

b) Que el Estado aportó un porcentaje superior al 90% de su capital suscrito, manteniéndose tal porcentaje aún con la reforma que al rubro "Capital" le introdujo el Decreto 2362 de 1986, acabado de transcribir;

c) Que a excepción de su presidente, todos los demás empleados del Banco ya nacionalizado, mantuvieron su condición de trabajadores del sector privado.

No dio margen, entonces, dicho decreto, a la asimilación por vía interpretativa, ni de la persona jurídica Banco de Colombia a distinta clase de entidad con intervención estatal; ni de sus trabajadores a los del sector oficial.

Síguese que, con tal calidad subjetiva, esos empleados no tenían la función de documentar a nombre del Estado, pues no podían producir por razón de sus funciones documentos públicos, ni tenían la calidad de sujeto activo propio del delito de falsedad de empleado oficial en documento público, conclusión genérica está en que le asiste la razón, aunque por motivos diferentes a los aquí consignados, al señor Procurador para cuestionar la calificación jurídica de algunos de los delitos de falsedad documental imputados al procesado, como posteriormente se verá.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en cuanto al delito de peculado materia de la sentencia. En efecto:

El artículo 136 del C. P., preceptúa:

> "Peculado por extensión. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellas descritas sobre: 1º Bienes que administre y tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte...".

(La remisión que hace la norma para extender la tipicidad, es a los artículos 133 y siguientes que consagran el delito propio de peculado, es decir, el de sujeto activo cualificado exclusivamente).

Establecido como está, que el Banco de Colombia después de su nacionalización quedó convertido en una sociedad de economía mixta del orden nacional, con aporte de capital mayoritario del Estado (más del 90%) y que sus trabajadores, a excepción de su presidente, continuaron siendo trabajadores del sector privado, por mandato expreso del Decreto 1452 de 1986, el delito verdaderamente imputable al procesado es el de peculado por extensión y no por el que se le condenó.

Hallándose la conducta anteriormente descrita, contemplada en el mismo capítulo del C. P. en que aparece definida y sancionada la que se imputó al procesado en la resolución acusatoria —peculado por

apropiación—, fuerza es concluir que estando penalizadas de idéntica manera la conducta que en derecho debía atribuírsele y la que efectivamente se le atribuyó, en rigor, no se atentó contra la garantía del debido proceso, sino que se incurrió en irregularidad meramente nominal del sujeto activo del delito, y en la denominación de éste, pero sin salirse del mismo capítulo, que no genera la anulación solicitada, pues puede hacerse tal modificación que conserva la imputación fáctica esencial sin que se afecte el derecho de defensa.

Tampoco existe nulidad en relación con todos los múltiples delitos de falsedad documental por los cuales fue llamado a juicio y condenado el procesado, como pasa a verse:

Al imputado, considerado en las instancias como empleado oficial, se le atribuyeron en la resolución acusatoria, según la variación que a dicha providencia le introdujo, de conformidad con el artículo 501 del C. P. P. que rigió la causa —el de 1987—, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali (fls. 399-404, cuaderno principal 2) múltiples delitos contra la fe pública, respecto de documentos públicos y privados y un sello, concursantes homogénea y heterogéneamente, así:

a) Haber falsificado diez (10) cédulas de ciudadanía —documentos públicos— para utilizarlas en la apertura de cinco cuentas corrientes ficticias en una de las oficinas del Banco de Colombia en Bogotá, a través de las cuales realizó operaciones bancarias con miras a la apropiación de la voluminosa cantidad de dinero de la entidad para la cual trabajaba (arts. 218 y 322 segundo inciso del C. P.);

b) Haber falsificado y utilizado referencias falsas comerciales y personales —documentos privados— para la apertura de esas cuentas corrientes (art. 221 del C. P.);

c) Haber hecho desaparecer cinco comprobantes de consignación legítimos de los cajeros de la oficina de Unicentro de Cali del Banco de Colombia, considerados documentos públicos, según la visión que sobre el particular tenían los falladores (art. 223 del C. P.);

d) Haber hecho desaparecer los cheques —documentos privados— que sustentaban dichas consignaciones (art. 224 del C. P.);

e) Utilizar fraudulentamente sellos —los cuales se consideraron por los falladores de las instancias, oficiales— del Banco de Colombia para levantar el canje que ostentaban tres cheques con el fin de hacerlos efectivos mediante depósito en cuentas de ahorro abiertas para ello en otros bancos (art. 211 del C. P.).

Todos estos hechos punibles, se hallan tipificados bajo un mismo título, el VI del C. P., en sus capítulos tercero —los 4 primeros— y segundo —el 5—, pues son atentados contra un mismo bien jurídico: El de la fe pública.

Al haber sido acusado en la resolución calificatoria el procesado de delitos de falsedad bajo el supuesto de tratarse de empleado oficial y por ellos condenado en las instancias, no puede afirmarse válidamente que por carecer de esa condición personal dicho procesado, hubo errada calificación en todos esos delitos, para poder deprecar la nulidad del proceso en relación con ellos. Veamos:

En primer término, varios de los múltiples atentados en que incurrió el procesado contra la fe pública, son delitos que no requieren sujeto activo calificado —tales los tipificados en los artículos 221 y 224, descritos en los literales c) y d) anteriores—, lo que implica que respecto de ellos la acusación no admite objeción alguna.

En segundo lugar, el uso fraudulento del sello que se consideró oficial por el sentenciador —para levantar unos canjes, literal e) antecedente—, sin que entre la Corte por el principio de limitación a analizar si es o no sello lo considerado como tal por las instancias, a lo sumo ha de sostenerse que tal comportamiento se subsume en el delito por el que se condenó. En efecto, claro como está, que el empleado del Banco de Colombia de la referencia para poder hacer efectivos los cheques a través de las cuentas abiertas en otros bancos, tuvo que colocarles la constancia del levantamiento del canje, obvio resulta que ello constituye una conducta que hace parte del uso dado a los documentos privados utilizados fraudulentamente sin el cual no se hubiera podido agotar tal delito.

Así las cosas, se revocará, entonces, en guarda de los derechos fundamentales del procesado, concretamente del *"non bis in idem"*, el fallo únicamente respecto a la condena por los delitos de uso fraudulento de sellos oficiales, con apoyo en los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P., al quedar con ello subsumidas las conductas en el delito por el cual se condenó.

En tercer lugar, si bien las acusaciones por los delitos tipificados en los artículos 223 y 218, éste con el agravante del segundo aparte del artículo 222 del C. P. —literales c) y a) precedentes—, se formularon bajo los supuestos de tratarse de documentos públicos y de ser empleado oficial el procesado, es lo cierto —en cuanto a los comprobantes de consignación destruidos o desaparecidos— que éstos son documentos privados y su modalidad falsaria atribuida encaja en el artículo 224 del mismo capítulo del C. P., sancionada con menor drasticidad que la de documento público por empleado oficial dada en el calificatorio, pudiéndose hacer esa modificación en el fallo, por ser una conducta ubicada dentro del mismo capítulo del C. P., sin que se afecte por ello el derecho de defensa, pues lo esencial de la imputación fáctica, de lo cual tuvo oportunidad de defenderse, se mantiene incólume.

Finalmente por cuanto hace a la imputación referente al tipo del artículo 218 en concordancia con el 222 último inciso —falsedad y uso

de cédulas de ciudadanía falsas, literal a) precedente—, la conducta de la cual debe responder el procesado, es la del artículo 220 —falsedad material de particular en documento público, con el agravante del segundo aparte del 222—. Efectivamente, el tipo penal imputado en el fallo fue más drástico y por tanto, al modificárselo por uno que está dentro del mismo capítulo del C. P. y ser más benigno, tampoco se le afecta al procesado el derecho de defensa.

Así pues, dado que la corrección oficiosa que se hará en esta casación parcial, sólo afecta la sentencia impugnada respecto del delito de uso fraudulento de sellos oficiales, se proferirá fallo de sustitución con la redosificación de pena correspondiente, según el artículo 229-1 del C. P. P. Para este cometido, encuentra la Sala extraña la forma como dosificó la pena el juez de primera instancia, pues no consideró ni la crecida cuantía de lo apropiado ni las modalidades del hecho al partir del mínimo, ni tampoco el número de delitos imputados para efectos del incremento en razón al concurso. En efecto, frente a un peculado de más de trescientos cincuenta y cuatro millones de pesos ($ 354.000.000.00) y mucho más de quince (15) delitos contra la fe pública, apenas le fijó el mínimo del peculado, aumentado por el concurso delictual preanotado globalmente en un año, para un total de cinco (5) años de prisión y multa de un millón de pesos ($ 1.000.000.00), lo que ciertamente es un desacierto en justicia, que fue imposible remediar en segunda instancia y lo es ahora en casación, por ser impugnante único el procesado.

Considera la Corte que la pena a imponer debe ser de cuatro (4) años, once (11) meses y diez (10) días de prisión, duración a la cual se extiende así mismo la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, con la advertencia de que esta mínima rebaja es lo proporcional ya que no se especificó la tasación por los jueces de las instancias en razón al concurso, a pesar de la gravedad y número de los delitos cometidos por el procesado, pues se limitaron a considerarlo globalmente sin especificar el incremento punitivo que por cada hecho punible concurrente era indispensable hacer.

Por último, encuentra la Sala, desacertada la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta, sin motivación de ninguna índole, y sin que tal sanción guarde relación con los delitos materia del proceso. Por lo tanto, en guarda de la legalidad de la pena ínsita en el debido proceso, también por este aspecto se casará parcialmente el fallo, revocándose tal pena accesoria, con base en el artículo 228 del C. de P. P.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, atendido en parte el concepto del Ministerio Público y la demanda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de REVOCAR la sentencia *únicamente* en cuanto condenó por los delitos de uso fraudulento de sellos oficiales y a la pena accesoria de la suspensión de la patria potestad. En consecuencia:

CONDENAR a Sergio Arbey Lozada Gómez a la pena principal de cuatro (4) años, once (11) meses y diez (10) días de prisión y multa de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) como autor responsable de los delitos de peculado por extensión y falsedad en documentos públicos y privados, según las aclaraciones hechas en la parte considerativa de esta providencia. Por el mismo término, de la pena privativa de la libertad, se le condena accesoriamente a interdicción de derechos y funciones públicas.

En lo restante, queda *sin modificaciones* el fallo recurrido.

En firme, *devuélvase* el expediente 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.

PENA / DEMANDA DE CASACION

El artículo 35 de la Ley 81 de 1993, cuya vigencia se inició el 2 de noviembre del año en mención, aumentó el quantum del presupuesto de carácter punitivo exigido anteriormente para recurrir en casación, elevándolo a un mínimo de seis (6) años.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 29.

Vistos:

Mediante la presente providencia la Sala declarará improcedente el recurso de casación interpuesto por apoderado de la parte civil contra la sentencia de septiembre 10 de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué absolvió a *Joaquín Rondón Martínez* respecto del delito de prevaricato por acción.

Antecedentes:

1. El Juzgado Primero Superior de Honda, actualmente Tercero Penal del Circuito, mediante sentencia calendada el 15 de mayo de 1992 (fls. 256 y ss.-2), condenó al procesado Joaquín Rondón Martínez a un (1) año de prisión, por el delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del Código Penal.

2. El defensor del acusado apeló la anterior providencia y el Tribunal Superior de Ibagué, en fallo de septiembre 10 de 1992 (fls. 14 y ss.-4), la revocó en su integridad, absolviendo al procesado.

3. El apoderado de la parte civil recurrió en casación tal fallo, presentando la demanda respectiva, la cual en su momento oportuno se la declaró ajustada a las prescripciones legales (fl. 4 del cuaderno de la Corte).

También se recibió el concepto de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, la cual solicita no casar la sentencia impugnada (fls. 6 y ss. del cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Sala:

Para el día 6 de octubre de 1992, cuando el recurso extraordinario de casación se interpuso (fl. 43 del cuaderno número 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 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 Ibagué, por un delito de prevaricato por acción, que tiene señalada una pena máxima de cinco (5) años de prisión (art. 149 del C. P.).

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 se inició el 2 de noviembre del año en mención, aumentó el quantum del presupuesto de carácter punitivo exigido anteriormente, elevándolo a un mínimo de seis (6) años, requisito que como se advierte en este caso 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).

Al respecto la Sala en reciente pronunciamiento de enero 19 del corriente año, ha precisado lo siguiente:

> "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 11, pág. 671), por tratarse de un asunto penal, se hace indispensable tener en cuenta el criterio de favorabilidad, que como se sabe autoriza la aplicación retroactiva de una ley nueva cuando es más permisiva que la derogada, o la aplicación ultractiva de esta última, en caso contrario.

"De conformidad con el inciso tercero del artículo 24 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 ampliada 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 acusado 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" (Auto enero 19 de 1994, magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz).

En el caso que nos ocupa, el anterior pronunciamiento de la Sala resulta aplicable, siendo pertinente advertir además, 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, la Corte, también por razones de favorabilidad y con igual criterio, le habría dado aplicación ultractiva al artículo 218 original del Código de Procedimiento Penal, 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*).

En consecuencia de lo anterior, 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 arrolados.

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 Cordillo Londoño. Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación está instituido para conjurar circunstancias de orden general que puedan afectar, entre otras garantías, la imparcialidad de los funcionarios de un Circuito o un Distrito Judicial, mas no para conjurar situaciones de orden particular o individual.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 29.

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de cambio de radicación de este proceso seguido contra *Alba Sofía Rolón Garzón* y *Gloria Isabel Rolón de Canal*, por el delito de fraude mediante cheque.

Antecedentes:

1. El Juzgado Sexto Penal Municipal de Bucaramanga, mediante providencia del 14 de mayo de 1993, profirió resolución acusatoria contra Alba Sofía Rolón Garzón y Gloria Isabel Rolón de Canal, por el delito de fraude mediante cheque (fls. 246 y ss.).

2. Fijada por segunda vez la fecha para la realización de la audiencia pública, el defensor de las acusadas dirigió un escrito al Juzgado solicitando el cambio de radicación del proceso, por considerar que "existen circunstancias que afectan la imparcialidad del juzgamiento".

En orden a la demostración de su aserto, el memorialista se refiere al hecho de haber el juzgador tenido como dolosa, siendo culposa, la conducta de sus poderdantes, así como a su afán en resolver el asunto, aspecto este último que infiere de la circunstancia de haber fijado segunda fecha para audiencia inmediatamente después de que fracasara su realización en la fecha inicialmente señalada.

Luego concluye:

"Esa ausencia de imparcialidad que se vislumbra en la jueza es tan notoria, que ello no es garantía de juzgamiento recto...

"Desconozco qué existe en el interior de la jueza para ser absoluta y totalmente parcializada en el caso que nos ocupa, sin embargo puedo presumir que obedece a dos: Primero por la calidad de la parte civil que es un miembro del clero católico de una parte y de otra, porque tuve el valor civil, la entereza suficiente para denunciar a un juez de la República que goza de afecto y aprecio en nuestros estrados judiciales" (fl. 338).

Termina pidiendo que, "de aceptarse el cambio de radicación, se radique el proceso en un circuito (sic) diferente a Santander" (fl. 339).

3. El Juzgado de conocimiento, después de recibir el proceso del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, a donde inicialmente lo había remitido para que se resolviera la cuestión, dispuso enviarlo, por competencia, a esta Sala, tras acoger las consideraciones del referido Juzgado del Circuito sobre el particular (fls. 4 y ss. del cuaderno número 2).

Se considera:

Conforme a lo dispuesto por el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal, es esta Sala la llamada a resolver el cambio de radicación demandado, pues, como se dejó visto, la petición del memorialista alude a un traslado del proceso fuera del Departamento de Santander.

Hecha esta precisión, bástale a la Sala señalar, para denegar la pretensión del defensor de las acusadas, que el cambio de radicación está instituido para conjurar circunstancias de orden general que puedan afectar, entre otras garantías, la imparcialidad de los funcionarios de un Circuito o un Distrito Judicial, mas no para conjurar situaciones de orden particular o individual, como ocurre en el presente caso, en donde el memorialista se queja de una presunta simpatía de la funcionaria hacia la parte civil y, también, de ura supuesta animadversión hacia él. Cuando una situación así se presenta, el camino procesal a seguir, si el funcionario no se declara impedido, debiendo hacerlo, es el de la recusación.

Se negará, entonces, la referida solicitud.

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

Resuelve:

NEGAR el cambio de radicación impetrado.

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.

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION / PRUEBA
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD

El artículo 469 establecía originalmente como formas de calificación del mérito del sumario la resolución de acusación, la cesación de procedimiento y la reapertura de la investigación, ocupándose en los artículos 470, 34 y 473 de indicar los requisitos que para el proferimiento de cada una de estas tres alternativas se exigían. / Tratándose del auto de reapertura, el último de los preceptos evocados señalaba su procedencia cuando al momento de la sopesación del sumario no existiera prueba para ordenar la cesación o formular acusación, añadiendo que en tal caso el término de prolongación de la instrucción no excedería de sesenta (60) días, vencido el cual, tendría que clausurarse de nuevo el sumario en cuyo caso las opciones evaluativas se concretaban en acusar o cesar procedimiento. / La aducción irregular de una prueba redunda en la ocurrencia de falsos juicios de legalidad, que de hacerse relevantes podrían llevar a la casación del fallo y la adopción de una sentencia sustitutiva, mas no a la anulación de las actuaciones seguidas desde el decreto o allegamiento de la prueba irregular, como que de los medios probatorios no se sigue un encadenamiento preclusivo. / Una responsabilidad por dolo o por culpa no podría predicarse sino de un hecho típico probado y concreto.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 024, marzo 9 de 1994.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado *Pedro Elías Quevedo Romero*, en contra de la sentencia

de junio 2 de 1992 proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual confirmó la de condena que en contra del acusado como autor responsable de los delitos de homicidio tentado en Carlos Julio y Luis Alfonso Rincón Jiménez, emitiera el Juzgado 26 Superior de la misma ciudad. La pena se modificó para reducirla de seis a cinco años de prisión, reducción extensiva a la accesoria.

Hechos y actuación procesal:

1. En la madrugada del 25 de diciembre de 1985 hallándose el imputado en estado de embriaguez, con el pretexto de encontrar a su hermana María Olivia intentó penetrar a la casa situada en la transversal 59 sur número 38-41 de esta ciudad. La esposa del señor Carlos Julio Rincón se le interpuso y por ello la derribó; algunos de los moradores de la vivienda recriminaron al acusado, quien respondió accionando un arma de fuego y lesionando a Luis Alfonso Rincón, Carlos Julio Rincón y a su propio hermano Daniel Quevedo.

2. La apertura de la investigación le correspondió al Juzgado 31 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, y allí rindió indagatoria el imputado. El 27 de agosto de 1987 al calificar por primera vez el mérito del sumario, acogiendo el concepto del colaborador fiscal y estimando indemostrada la tipicidad del hecho, se dispuso la reapertura de la investigación para aportar al proceso las historias clínicas de los lesionados, enviar al acusado a Medicina Legal para establecer su estado mental al momento de la comisión de los hechos, recibir ampliación de las versiones de los ofendidos, oír al testigo Daniel Quevedo y establecer si el valor de los daños ocasionados había sido efectivamente cancelado.

De las pruebas mencionadas se recaudó en tiempo la ampliación de la versión de Carlos Julio Rincón, resaltando el delicado estado de salud que todavía padecía su hermano, y el recibo por un hermano del agresor de la suma de $ 350.000.00, como parte de pago de los gastos médicos que demandaron las primeras intervenciones recibidas por Luis Alfonso y se allegó la historia clínica de éste —fls. 143, 144 y 149—. Más adelante, el representante de la parte civil aportaría una serie de recibos y facturas relacionadas con los gastos médicos del referido lesionado.

La misma funcionaria que había ordenado la reapertura de la investigación, al impartir la segunda calificación —agosto 29 de 1989— profirió en contra del acusado resolución de acusación como autor del delito de homicidio en grado de tentativa, pero avanzada la etapa de la causa por el Juzgado 26 Superior de Bogotá, tuvo que decretarse la nulidad de esa calificación gracias a la deficiente motivación que la apoyaba.

Devuelto el asunto al Juzgado Instructor, la nueva calificación de fondo insistió en la acusación del procesado en marzo 13 de 1991, disponiéndose en la misma providencia la detención preventiva de Quevedo Romero sin beneficio de excarcelación. La defensa interpuso en contra de esta determinación el recurso de apelación, desestimado por el Tribunal mediante providencia del 24 de junio siguiente.

Superado el término probatorio con el allegamiento de nuevos medios y culminada la diligencia de audiencia, el 16 de enero de 1992 el Juzgado 26 Superior produjo fallo de condena, y en él impuso al acusado la pena principal de seis años de prisión, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y el deber de resarcir en moneda nacional la suma equivalente a 700 gramos oro como indemnización de los perjuicios morales y materiales. En contra del citado fallo se interpuso el recurso de alzada, que al ser desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá lo confirmó con la disminución de las penas principal y accesoria mencionada anteriormente.

En contra de esta última determinación, la defensora del acusado interpuso el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

Con fundamento en el numeral tercero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, la recurrente propone un cargo único por la vía de la nulidad, al considerar que el debido proceso está afectado como consecuencia de una irregularidad de carácter sustancial.

El vicio lo hace consistir en que el Juzgado de Instrucción no atendió las previsiones del entonces vigente artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, y sin que existiera mérito para ello, al calificar por segunda vez la etapa de instrucción profirió en contra del acusado resolución de acusación.

Hace alusión a las consideraciones del fiscal y del funcionario de instrucción en el primer calificatorio, así como a las pruebas que entonces se notaron de menos para señalar que el tiempo de reapertura excedió del máximo de los 60 días que consagraba la disposición antes citada, modificada por el Decreto 1861 de 1989, y que en ese término apenas se oyó en ampliación de denuncia a Carlos Julio Rincón, y se allegó la historia clínica del lesionado Alfonso Rincón y algunos comprobantes relacionados con los gastos médicos ocasionados con motivo de las lesiones que sufrieran los hermanos Rincón.

Agrega que las pruebas practicadas: "No modificaron en nada el criterio jurídico planteado en el primer calificatorio y en cambio mostraban y reafirmaban la existencia de unas lesiones personales producidas en el desarrollo de una riña, como lo había argumentado la

Fiscalía y el juez instructor"; y que de la ampliación que rindiera Carlos Julio Rincón Jiménez se deduce su intención de desistir de la acción penal, e igualmente, que se trataba de unas lesiones culposas dado el estado de ebriedad en que se encontraba el inculpado.

Respecto del peritazgo médico legal dejado de practicar, considera que esa prueba era importante, porque permitía determinar si las heridas eran: "Esencialmente mortales, simplemente mortales o circunstancialmente mortales"; y "podía servir para presumir de alguna manera la existencia o inexistencia de la tentativa". Termina solicitándole a la Corte "decrete la nulidad de la resolución de acusación y de lo actuado desde que se presentó la causal y se ordene la reposición de la actuación".

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que el cargo no debe prosperar. La propuesta de la casacionista agrega, se encamina a señalar que al no haberse modificado la prueba existente en la etapa de reapertura se imponía la cesación de procedimiento, cuya tesis involucra el concepto de ejecutoria material respecto de esa clase de providencias. Al respecto, continúa, la doctrina nacional (Tratadistas Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett "El Proceso Penal" segunda edición), y en alguna medida la jurisprudencia (auto de junio 10 de 1988 con ponencia del magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas) se han ocupado del tema, inadmitiendo la posibilidad de proferir una resolución acusatoria luego de expedido un auto de reapertura y siempre que no se haya producido una modificación en el ámbito probatorio, pues de darle viabilidad a ese evento se llegaría ni más ni menos que a posibilitar la revocatoria de la primera calificación, amparada como se hallaba de una ejecutoria material.

Con motivo del caso que se estudia, considera la Procuraduría Delegada llegado el momento de replantear la cuestión como en tal sentido lo propone a la Sala, pregonando que por ser la ejecutoria material como la formal simples conceptos creados por la dogmática procesal encaminados a sustentar la seguridad jurídica, queda a la labor del doctrinante y del juzgador entrar a definir sobre su aplicación, consultando el objeto y finalidad de la respectiva decisión, la naturaleza del proveído y el momento procesal dentro del cual se hace el pronunciamiento.

Remontándose en seguida a la regulación del Decreto 409 de 1971 y las disposiciones procesales subsiguientes, y concretándose al seguimiento de los parámetros preanunciados, concluye la Delegada en que tratándose de determinaciones adoptables dentro de la etapa instructiva, el deber del funcionario de resolver ceñido a las pruebas no puede limitarse por un pronunciamiento evaluativo meramente pro-

visorio, como tampoco impedirse una revaloración de medios ya estudiados si ello fuese necesario.

Bajo esta perspectiva se advierte que la demanda formulada no puede hacerse próspera, pues no teniendo el juzgador las limitantes que le pretende el libelista, ningún obstáculo impedía la emisión del segundo auto calificatorio, ni mucho menos que éste se produjera con asidero en las mismas probanzas allegadas desde la primera etapa sumarial. En tal sentido se sugiere a la Corte se abstenga de casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte:

La alegación de nulidad que se plantea obliga analizar los hechos que le sirven de sustento frente a la normatividad vigente a la fecha en que se produjeron las dos providencias que calificaron de fondo el sumario, legislación hoy transformada en éste como en muchos otros aspectos por el Decreto 2700 de 1991.

Así se tiene que tanto al ordenar inicialmente la reapertura del sumario (agosto 27 de 1987), como al proferir luego la resolución de acusación (marzo 13 de 1991), regía el Decreto 050 de 1987 (con adjetivas variantes respecto de la segunda decisión, introducidas por el Decreto 1861 de 1989).

Siendo ello así, de rigor procede recordar que el artículo 469 establecía originalmente como formas de calificación del mérito del sumario la resolución de acusación, la cesación de procedimiento y la reapertura de la investigación, ocupándose en los artículos 470, 34 y 473 de indicar los requisitos que para el proferimiento de cada una de estas tres alternativas se exigían.

Tratándose del auto de reapertura, el último de los preceptos evocados señalaba su procedencia cuando al momento de la sopesación del sumario no existiera prueba para ordenar la cesación o formular acusación, añadiendo que en tal caso el término de prolongación de la instrucción no excedería de sesenta (60) días, vencido el cual, tendría que clausurarse de nuevo el sumario en cuyo caso las opciones evaluativas se concretaban en acusar o cesar procedimiento.

Tal era la preceptiva que regía cuando en el mes de agosto de 1987 se calificó por primera ocasión el mérito de la actuación sumarial que, como ya se ha visto, dio lugar a un decreto de reapertura motivado en la deficiente demostración de la tipicidad del hecho. Las pruebas a realizar se proyectaron, sin embargo, hacia la cobertura de ese y otros fines procesales, pues la ampliación del dicho del denunciante, las versiones de los testigos Luis Alfonso Rincón y Daniel Quevedo, el allegamiento del historial clínico de los lesionados y el reconocimiento psiquiátrico del acusado apuntaban no con exclusividad a

definir la infracción que se había cometido, sino además a precisar la entidad y cuantía de los daños y a determinar si al actuar, el acusado se hallaba bajo algún estado de trastorno de sus facultades intelectivas y volitivas.

Luego de ser invalidada por el Tribunal la que históricamente fuera segunda calificación de fondo, vendría la definitiva del 13 de marzo de 1991 mediante resolución de acusación y detención por el doble delito de homicidio imperfecto en contra de Carlos Julio y Luis Alfonso Rincón, decisión a partir de la cual la nueva nulidad ahora se invoca, hallándose ya para entonces modificado el artículo 473 del entonces Código de Procedimiento Penal, por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1969. Las variaciones en el texto, sin embargo, no alteraron en su esencia la del precepto original, porque apenas se limitaron a extender a un (1) año el lapso de reapertura que hasta entonces se restringía a sesenta (60) días, e innovaron en un inciso adicional la prevención de que la apelación del auto de reapertura no suspendería la instrucción, pero sí una nueva calificación antes de que el superior resolviera la alzada.

En los términos dichos, es innegable que así se hubiese excedido o no el lapso de reapertura, se hallaba el *a quo* revestido de competencia para un segundo pronunciamiento evaluativo, lo que hacía su proferimiento de agosto de 1991 no sólo procedente sino obligatorio, porque ni la situación del procesado podía quedar indefinida, ni la actuación podía cesar como ahora se pretende, sin un pronunciamiento expreso que así lo resolviese.

Es entonces sobre el contenido de esta providencia donde concreta la demanda su reparo de nulidad, pero no sólo por vicios *in procedendo* sino porque a juicio del actor tampoco existió mérito para encausar al procesado, planteamientos que por ninguna de las razones que enseguida se esbozan permitirían acoger la prosperidad de la invalidación del rito conforme pasa a verse:

El fundamento medular radica en que el término de reapertura había excedido el máximo de los dos meses que autorizaba el Código de Procedimiento para cubrir las pruebas aún faltantes. De haberse incurrido en ese exceso, no acredita el censor que con la sola prolongación de ese lapso probatorio se hubiese vulnerado al procesado algún derecho, pues si bien es verdad que el normador fijó unos términos y un límite en el tiempo para complementar la instrucción y proferir las decisiones de fondo, y aún la Carta Política (art. 29) establece como garantía fundamental el derecho a un debido proceso público "sin dilaciones injustificadas", ningún esfuerzo realiza el actor encaminado a demostrar que del solo desconocimiento de los términos derivó un perjuicio, o que retardo careciese de justificación, bien fuese por la sencillez del asunto, ora porque la carga de trabajo que afrontaba el funcionario no era abundante ni prioritaria, o porque no se dio activi-

dad obstructiva de las partes. En cambio, contando con toda una serie de mecanismos alternativos encaminada a garantizar la conclusión rápida del asunto, entre otros la solicitud directa de mayor celeridad, o la separación del funcionario, recusándolo, de ninguna se hizo uso, tolerando claramente la demora.

Lo cierto y trascendente entonces para el caso analizado es el hecho de que las dos pruebas adicionales obtenidas en la etapa de reapertura y referentes a la naturaleza del hecho punible se agregaron al plenario dentro del término legal fijado para entonces por la ley para la etapa de reapertura, y ello sólo bastaba para indicar que su agregación fue oportuna y bastante para que el juzgador las considerara como le correspondía, en consonancia con los demás medios aportados.

Siendo ello así, si otro reparo mostraba la demanda para enervamiento de la legalidad de las dos evidencias obtenidas en la etapa de reapertura, es claro que su impugnación en sede de casación ese ataque debía intentarse por la vía de los errores de derecho y no por el de las nulidades, pues la aducción irregular de una prueba redunda en la ocurrencia de falsos juicios de legalidad, que de hacerse relevantes podrían llevar a la casación del fallo y la adopción de una sentencia sustitutiva, mas no a la anulación de las actuaciones seguidas desde el decreto o allegamiento de la prueba irregular, como que de los medios probatorios no se sigue un encadenamiento preclusivo.

Por lo demás, y como así parece comprenderlo el propio libelista, la equivocación de su planteamiento no da lugar a dudas al aplicarse a censurar que las precarias pruebas arrimadas en la etapa de reapertura no modificaban la situación contemplada en el primer auto calificatorio, pues bajo esa perspectiva todo lo que hace es admitir que tales medios sí ingresaron formalmente al expediente, así que al no constituirse en prueba única o aislada, debía el juzgador entrar a sopesarlos con toda la aportada en la primera etapa instructiva, pues así lo imponía por entonces el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal al disponer que las pruebas serían "apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

De estas obligaciones se ocupó el juzgador como correspondía, según se extracta de los fundamentos de la resolución acusatoria donde expresamente se precisa —contradiciendo al casacionista cuando sostiene que la falta de un dictamen sobre la entidad de las heridas inhibía la posibilidad de un enjuiciamiento—, que era de todos los elementos allegados, incluidos los datos obtenidos en la reapertura, de donde emergía la convicción del propósito homicida (arma, distancia, número de disparos, zonas impactadas, etc.) para de ellos afirmar que no podía admitirse:

> "...que el procesado Quevedo Romero hubiera pretendido simplemente lesionar a los hermanos Rincón como se

ha querido señalar, por cuanto el arma que se utilizó —revólver 38 largo— es precisamente un instrumento apto para cegar la vida de una persona y además los disparos los dirigió hacia partes vitales del cuerpo de los ofendidos, como antes se anotó. De haber querido simplemente lesionar o intimidar a Luis Alfonso y Carlos Julio Rincón, el procesado Quevedo Romero posiblemente había disparado a los pies de éstos o al aire, lo cual no fue así" folios 213/214.

La desviación del cargo anunciado todavía se hace más notoria cuando el censor discute sobre la intencionalidad del hecho para proponer que Pedro Elías Quevedo actuó por culpa y no por dolo. Con una alegación como ésta no sólo se acepta que la tipicidad del hecho sí quedó probada (duda del instructor que dio lugar a la primera calificación con reapertura), surgiendo la hesitación sobre la culpabilidad del vinculado, sino que ahora se deja sin saber hacia dónde conduciría el alternativo planteamiento, inadmisible en todo caso dentro del cargo único propuesto, con el cual como se ve, se contradice, porque una responsabilidad por dolo o por culpa no podría predicarse sino de un hecho típico probado y concreto.

Dada la conjugación de fallas que queda en descubierto, la improsperidad de la censura es manifiesta.

Para la Delegada, según quedó ampliamente referido, la tesis contenida en la demanda daría base para que la Sala entrara a reconsiderar su doctrina en lo referente a la naturaleza del primer auto calificatorio, pues en tanto ha dicho la Colegiatura que esa decisión genera una ejecutoria material, la Procuraduría se esmera en sostener que el vigor de tal pronunciamiento es precario, pudiendo entrar el juzgador a reconsiderarlo con motivo de la segunda calificación aún en ausencia de nuevas pruebas allegadas.

Siendo plurales los pronunciamientos en que la Sala en su momento abordó el tema, no parece necesario y menos útil ahora entrar a revisarlo (cfr. autos de mayo 25 y 30 y junio 28 de 1988). Innecesario, porque a la hora presente y con vigencia ya de más de un año y medio la legislación procesal penal varió de modo sustancial las formas de calificación de la etapa sumarial, aboliendo la reapertura. Inútil, porque dentro de este expediente se constata que el presupuesto de hecho sobre el cual se edificó el discurso académico le es extraño al debate, pues como queda dicho, la segunda calificación de fondo operó sobre la base de unas aportaciones probatorias que no por precarias que se muestren aisladamente consideradas, dejaban de constituir para los juzgadores la medida necesaria que definió la controversia entre las planteadas hipótesis de las lesiones personales y la tentativa de homicidio.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado por la defensora del acusado Pedro Elías Quevedo Romero.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz NO. *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

DERECHOS DE AUTOR / DEMANDA DE CASACION

Como medio de protección al Derecho de Autor, en la ley aplicada se sanciona penalmente con prisión de tres a seis meses a la persona que en relación con una obra o producción artística inédita y sin autorización del autor, artista o productor, o de sus causahabientes, la inscriba en el registro, o la publique por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión, como si fuera suya o de otra persona distinta del autor verdadero, o con el título cambiado o suprimido, o con el texto alterado dolosamente. / Cuando la sentencia de primera y segunda instancia han sido proferidas en un mismo sentido, se entienden como una unidad inseparable, donde los argumentos y fundamentos de una cobijan a la otra y viceversa. En consecuencia, el libelista deberá tener el cuidado suficiente para demostrar con sus argumentos que las pruebas fueron desconocidas o tergiversadas en esa unidad que constituyen los fallos de primera y segunda instancia y además se deberá determinar la incidencia que dicho yerro tuvo en la decisión final tomada por los jueces de instancia.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 29.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de *Alvaro Enrique Vance Pérez*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria dictada en su contra como autor de la violación del artículo 232-1 de la Ley 23 de 1982 —Derechos de Autor— en concurso con el fraude procesal, con la siguiente modificación: Se fijan los perjuicios materiales en 200 gramos oro y los perjuicios morales en 100 gramos oro.

I. Hechos y actuación procesal:

Los hechos fueron resumidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en la sentencia de agosto 31 de 1992, de la siguiente forma:

> "Dan cuenta los autos que Editorial El Cid S. A. contrató con Samuel Díaz Rivero la realización de dos obras didácticas y para la elaboración de los diseños y dibujos se encomendó al procesado.
>
> "Que tiempo después Alvaro Enrique Yance Pérez solicitó al gerente de la editorial, le expidiera una certificación de ser el autor de la obra didáctica, para así con ella obtener un ascenso en el escalafón y aumento del sueldo.
>
> "Que una vez obtenida, la utilizó para conseguir un registro como autor único y exclusivo de la obra, ante el Ministerio de Gobierno, y con ese documento presentó demanda ante un Juzgado Civil del Circuito, solicitando la declaratoria judicial de autor de la obra didáctica, la rescisión del contrato de edición, la devolución de los originales de la obra y el pago de las regalías; pretensiones que le fueron concedidas.
>
> "Pero Editorial El Cid S. A. presentó denuncia en su contra y luego de practicar numerosas pruebas, el Juzgado instructor profirió resolución de acusación en contra del procesado, por el delito de fraude procesal o infracción a la Ley 23 de 1982" (sentencia Tribunal, fls. 1 y 2).

La investigación fue iniciada por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Barranquilla, Despacho que recibió la indagatoria y practicó varias pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos. La situación jurídica fue resuelta con auto de detención contra Alvaro Enrique Yance Pérez.

Cerrada la investigación el 8 de noviembre de 1989, el Juzgado instructor calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Alvaro Enrique Yance Pérez por los delitos de violación de derecho de autor y fraude procesal.

Al Juzgado Segundo Penal del Circuito le correspondió el trámite de la causa, Despacho que luego de la audiencia pública profirió sentencia condenatoria contra Yance Pérez imponiéndole la pena de prisión de quince (15) meses, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y el pago de 500 gramos oro por concepto de perjuicios.

El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación, confirmó la sentencia modificándola en el sentido de imponer al procesado la suma equivalente en moneda nacional de 200 gramos oro por los perjuicios materiales y 100 gramos oro por los morales objetivables.

II. La demanda:

El cargo único formulado es por la causal primera, violación indirecta, que consistió en la mala aplicación de los artículos 232 numeral 1 de la Ley 23 de 1982 —ley de derechos de autor— y 182 del Código Penal —fraude procesal— por error de hecho consistente en la falta de apreciación de algunas pruebas que militan en el expediente y la mala apreciación de otras.

A) Pruebas no apreciadas.

1ª Dictamen pericial contable.

El dictamen rendido por el perito contador Jesús Taibel Gutiérrez no mereció mención alguna a lo largo del fallo impugnado.

En él, el perito dejó una constancia en la cual expresa que no pudo constatar mediante los libros auxiliares y de gastos los pagos realizados a Samuel Díaz Rivero, por cuanto el propio contador de la sociedad Editorial El Cid S. A., alegó que los mismos fueron realizados en la sucursal de Bogotá. Afimación mentirosa, ya que con la finalidad de probar los pagos que se hicieron a Samuel Díaz Rivero y Alvaro Enrique Yance Pérez, desde enero de 1985, el perito solicitó a la empresa El Cid, que le facilitaran los soportes.

Considera que los pagos nunca se hicieron, afirmando:

> "No señores magistrados, esos pagos nunca se hicieron y lo demostraré penetrando un poco más en el cuaderno constitutivo del *dictamen pericial*. Según consta en el referido dictamen los días 28 de febrero de 1985 y 5 de marzo del mismo año, existen comprobantes de egreso B-0558 y B-0570, donde consta que el señor Díaz Rivero, recibiódichos (sic) días, según el contador de El Cid, en Bogotá, las sumas de $ 100.000.00 y $ 250.000.00 respectivamente, por concepto de *anticipo contrato de Edición Osito Dibuja* 1, 2, 3, 4 y 5. Obsérvese la mentira, se dice que fueronhechos (sic) en Bogotá, sinembargo (sic), sufrieron una equivocación y en su testoles (sic) colocaron que fueron hechos en Barranquilla (véase fls. 59 y 59 cuaderno dictamen pericial). Pero llama poderosamente la atención, señores magistrados, que el día 6 de *marzo del mismo año 1985, es decir* un día después de haber recibido $ 1.250.000.00 (un millón doscientos cincuenta mil pesos) en aquella época (gran cantidad si se tiene en cuenta el poder adquisitivo), el señor (sic) Samuel Diaz Rivero, se sometía al riguroso trámite de un préstamo enla (sic) empresa (ver fls. 41, 42, 43 y 44 dictamen pericial) por la suma de $ 50.000.00, préstamo que le fue concedido aquí: *En la ciudad de Barranquilla donde se encontraba laborando*

el referido señor y fíjense que curiosamente el comprobante de egreso de día 6 de marzo (préstamo), es el número 1511 y no (sic) está precedido de la letra 'B'. Cosa idéntica ocurrió el 28 de narzo (sic) de 1985, el señor Díaz Rivero, pidió un préstamo de $ 40.000.00 habiendo recibido ya el 22 del mismo mes yaño (sic) la suma de $ 110.000.00. Es decir, ninguna cantidad de dinero era suficiente para un trabajador que devengaba enla (sic) época de esos hechos un salario de $ 30.000.00 mensuales, como consta en las nóminas citadas pero claro, honorables magistrados, el señor Díaz estaba abocado a préstamos ymás (sic) préstamos pues, nunca recibió las sumas dinerarias que se pretende probar en los o con los comprobantes precedidos de la letra 'B'. También se observa a folio 47 del mismo cuaderno, que el día 22 de junio de 1985 se le entregó a Díaz Rivero, la suma de $ 20.000.00 por exoncepto (sic) de préstamo y en julio 3 había recibido $ 130.000.00 y el día después o sea el 23 del mismo julio-85 recibió $ 110.000.00. O sea que este señor cuando recibía los pagos presuntamente por los derechos derivados del supuesto contrato de edición, era cuandomás (sic) apuros económicos le quedaban" (fl. 51, cuaderno del Tribunal).

Resulta preocupante para la administración de justicia, que los únicos comprobantes de egreso que no tienen soporte alguno, son los que contienen los presuntos pagos realizados al señor Samuel Díaz Rivero, relacionados con los contratos de *edición*.

2º Cartas de corrección.

En el cuaderno de anexos número uno, con fecha 30 de abril de 1986, se encuentran legajados cinco cartas firmadas por su defendido, en las cuales pide al gerente que haga las correcciones respectivas a la obra de su autoría.

Estas dos pruebas no fueron tenidas en cuenta por el juzgador, con lo cual vulneró las normas de derecho sustancial antes citadas.

B) Pruebas apreciadas erróneamente.

1º Contrato de edición.

Este documento aparece como suscrito en Barranquilla el 14 de marzo de 1985, luego autenticado el 26 de junio de 1987 en Bogotá, y los impuestos pagados el 25 del mismo mes y año, después que los señores de El Cid, sabían que tenían que elaborar un contrato de esta naturaleza, para realizar las gestiones tendientes a la inscripción de la obra, ya que el verdadero autor les estaba reclamando sus derechos desde el 5 de mayo de 1987.

A pesar de ello, del mismo contexto del contrato se desprende que es apócrifo: La cláusula tercera prevé que el señor Díaz Rivero

es el propietario de la obra individual. En la cláusula cuarta, se establece el precio y la forma de pago, indicándose que se pagará una parte en la fecha que sea suscrito, sin embargo se pagó antes de suscribirse y en 1985 se canceló el saldo para complementar el valor total como consta en el cuaderno del dictamen pericial. Pero a pesar de ello en el mismo cuaderno aparece un comprobante por la suma de $ 2.500.000 de fecha julio de 1987, pago que se efectuó después de surgir los problemas con el verdadero autor, es decir, se canceló nuevamente el valor total del supuesto contrato.

El mismo contrato establece que para su validez debía ser notariado al suscribirse, sin embargo esta empresa sólo dos años después, cuando el verdadero autor es el que le reclama, se decide hacer los trámites de notariado y registro, así como el pago de impuestos.

Estas razones llevan a pensar que el contrato nunca existió antes de que Alvaro Yance reclamara sus derechos a El Cid.

Se alega por El Cid, que tiene los derechos reservados desde 1983, tesis falsa, por cuanto esta obra se realizó a finales de 1985 y salió al mercado en 1986.

2º Certificación de autoría.

Prueba que ha sido apreciada erróneamente por el Tribunal, ya que sólo ha tenido en cuenta el dicho del denunciante para restarle todo mérito probatorio.

Prueba que fue esgrimida con la demanda formulada ante el juez civil, sin que haya sido tachada en su contenido, y que en consecuencia debe ser aplicada como lo prevé la ley procesal civil, artículo 289.

El error de hecho en que incurrió el Tribunal, en cuanto a la apreciación de esta prueba, lo llevó igualmente a violar indirectamente la ley sustancial.

Acorde con todo lo anterior, solicita a la Corte revocar la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla y en su lugar dictar sentencia absolutoria.

III. Alegatos del no recurrente:

El apoderado de la parte civil, después de ocuparse del tema de la técnica de casación, considera que la demanda no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

a) En primer término el planteamiento del censor resulta impreciso en cuanto a la técnica se refiere ya que si bien alega una violación indirecta de la ley sustancial, dicha violación la hace consistir en una mala aplicación de los artículos 232 numeral 1 de la Ley 23 de 1982

—ley de derechos de autor— y 182 del Código Penal —fraude procesal—, concepto este —mala aplicación— que corresponde a la violación directa de la ley sustancial, resultando de esta manera indefensible e inadecuada la alegación, ya que cuando se alega la violación indirecta, no puede entrar a desarrollarse el cargo como si se tratara de una violación directa;

b) Como se acude a la vía indirecta, era necesario que se precisara de manera concreta la norma probatoria que se estimaba infringida —norma medio—, para demostrar posteriormente el quebranto de la ley sustancial —violación fin—. Del simple análisis de la demanda se establece con claridad meridiana que el casacionista en parte alguna de la demanda relacionó las normas de orden probatorio que consideró vulneradas, falencia esta que hace imprόspero el cargo;

c) Habiendo el recurrente alegado el error de hecho, este yerro debe revelarse o provenir de la ignorancia de una prueba obrante en el proceso, de la suposición de un medio de convicción o finalmente de la tergiversación de un medio probatorio. En el presente caso no se ignoró la existencia de prueba alguna —las misivas de solicitud de corrección de textos y el dictamen pericial, fueron debidamente apreciados por los juzgadores de ambas instancias—, tampoco se presupuso la existencia de algún medio probatorio y mucho menos se distorsionó el alcance y sentido de alguno de ellos el análisis sobre el contrato de edición y la certificación de autoría expedida a Yance Pérez, se encuentra debidamente plasmado en las respectivas sentencias, y objetar en sede de casación, el grado de convicción que los mismos produjeron en el fallador, significa contraponer el personal criterio del recurrente al de los juzgadores de instancia, todo lo cual aunado a la ausencia de cita sobre las normas medio, violadas, necesariamente ha de conducir a que se desestime el cargo presentado;

d) Igualmente el casacionista, además de no demostrar la incidencia que el yerro tuvo en la sentencia, termina oponiendo su personal criterio de valoración al del Tribunal olvidando que nuestro sistema probatorio no está sometido a tarifa legal alguna, siendo la sana crítica el sistema de valoración vigente;

e) El recurrente alega la falta de aplicación del artículo 2º del Código Penal —atipicidad de la conducta—, sin demostrar en momento alguno el motivo por el cual la norma sustantiva dejada de aplicar era la llamada a orientar el juzgamiento en este caso;

f) Para el recurrente no fue apreciado el dictamen pericial ni las cinco misivas, siendo además errónea la apreciación del contrato de edición y la certificación de autoría, pero se limitó a desarrollar el tema dándole su personal criterio de valoración, sin adentrarse en el análisis de los demás elementos probatorios que sirvieron de apoyo y sustento a los fallos condenatorios, resultando este proceder equivo-

cado, porque es exigencia valorar en su conjunto todo el material obrante en el proceso, para no tener una idea parcializada de lo ocurrido.

Acorde con esto solicita que esta Sala se abstenga de casar el fallo impugnado.

IV. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, apoyando en los siguientes fundamentos su petición.

El libelista deja de lado la obligación de demostrar los errores de hecho alegados para recordar simplemente el contenido de las pruebas, expresando su opinión sobre la forma como han debido ser apreciadas por el sentenciador.

No obstante que en el capítulo dedicado a la prueba pericial afirma que en las instancias no se tuvo en cuenta el peritaje rendido por el señor Jesús Taibel Gutiérrez, sin embargo en el sustento de la alegación lo olvida y se dedica a atacar el poder de convicción que ella pudiere tener, reconociendo en forma tácita que la misma sí fue evaluada por el sentenciador de primera instancia, pues califica las afirmaciones del contador de Editorial El Cid que sirvieron de fundamento a la constancia de falsas, dedicándose posteriormente a hacer ver que el beneficiario de los pagos relacionados en el dictamen pericial recibía simultáneamente con las sumas correspondientes a derechos de autor, algunos préstamos por pequeñas cantidades de dinero que no resultan compatibles con las grandes sumas de dinero recibidas por el primero de los conceptos.

Hace recaer sobre la prueba sombras de duda que responden a lo que dentro del sistema probatorio anterior pertenecía al campo de los errores de derecho por falso juicio de convicción y que por regla general han sido desterrados de la casación. Se critica que el dictamen supuestamente no mereció atención del juez, porque allí se dice que unos pagos no fueron confrontados con los libros auxiliares correspondientes, aspecto que tacha de mentiroso. Así critica la prueba, para hacer deducciones a partir de ella, presentando argumentos por fuera del tema de la falta de aplicación y cayendo en los campos de valoración de la prueba, que no son aspectos que anulen el fallo judicial, que se presume acertado y legítimo.

El ataque en este punto no contiene la demostración de la forma como pudo resultar vulnerada la norma sustancial, porque aún aceptando en vía de discusión que se hubiese demostrado el error del Tribunal, no se presentan argumentos que permitan comprobar si la prueba presuntamente omitida, tiene la virtualidad de inhibir el proceso de adecuación típica en relación con el artículo 232 de la Ley 23 de 1982, o con el artículo 182 del Código Penal.

Aún es más endeble el cargo en lo atinente al tema de las cartas corrección, remitidas por el procesado a la empresa El Cid, ya que si bien pretende que sean tenidas en cuenta, no expresa cuál sería la trascendencia de su estimación en el cuerpo del fallo censurado, ni a cuál de los delitos imputados podría afectar.

Como en estas cartas el incriminado se atribuye la autoría de la obra Osito Dibuja, se podría pensar que la crítica se dirige a demostrar la violación del artículo 232 de la Ley 23 de 1982, condición que no expresó en el texto de la demanda, y que no puede suponer la Corte en virtud del principio de limitación que rige a este recurso.

Pero además, las cartas no demuestran que el procesado sea autor único o autor colectivo, con lo que el raciocinio sobre el punto deja incompleto el argumento tendiente a demostrar que esos documentos comprobarían lo incorrecto del fallo, ya que habría fraude procesal en el caso que se hubiese inscrito como autor de la obra sin serlo, como también si se hubiese registrado como autor único cuando se trata de una obra de autoría colectiva.

En el acápite denominado "apreciación errónea de la prueba" los cuestionamientos que hace al contrato de edición se limitan a señalar circunstancias que en su criterio, le restan credibilidad al contenido del documento, calificándolo de apócrifo y de haber sido elaborado con posterioridad a su suscripción, con el único fin de preconstituir prueba en contra del acusado.

Olvida el demandante que el sentenciador está obligado a examinar en su conjunto los diversos medios de convicción, para lo cual sólo se ciñe a las reglas de la sana crítica. Es más, en el presente caso el juzgador apreció el conjunto probatorio, a la par que el impugnante reduce sus objeciones al documento, tratando de señalar vicios en su confección o anormalidades en su perfeccionamiento, con deducciones o suposiciones sin sustento probatorio alguno, como la de discutir la fecha de suscripción del convenio por el simple hecho de que no se pagaron oportunamente los derechos de timbre.

"Inconsistente, en este punto, el demandante asume que la suscripción del contrato no se realizó en la fecha que en él aparece consignada, pasando por alto que el pago de los derechos de timbre tiene el alcance de brindar fecha cierta al documento pero sólo para los efectos de su oposición ante terceros, cuando de reclamaciones surgidas por virtud de una de sus cláusulas se trate. En materia penal ese defecto podría ser un indicio de su confección posterior, mas no implica la imposibilidad de su estimación más aún si con otros medios probatorios —como lo resaltaron los juzgadores de instancias— se puede ratificar su existencia y plena validez".

Igual de endebles resultan las alegaciones consignadas en relación con la denominada "certificación de autoría" en la medida en que no demuestra los yerros del Tribunal, ni buscó acreditar la importancia de su visión de la prueba en el contenido del fallo.

Se ratifica en su petición inicial de que no se case la sentencia.

V. Consideraciones de la Sala:

A) De los Derechos de Autor.

El artículo 61 de la Carta Fundamental establece:

> "El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley".

La expresión propiedad intelectual, ampara la propiedad literaria, industrial y artística, recogiendo los artículos 35 de la Constitución anterior que se ocupaba de la propiedad literaria y artística y 31 y 120 numeral 18 de la misma Carta que protegían la llamada propiedad industrial. Igualmente esta norma constitucional viene a ratificar los compromisos que sobre protección de la propiedad intelectual adquirió Colombia al momento de suscribir el Tratado Constitutivo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1968 —Ley 46 de 1979—, así como las Convenciones Multilaterales de Buenos Aires de 1910 —Ley 7ª de 1936—, y la de Washington de 1946 —Ley 6ª de 1970—.

Teniendo como marco de referencia el mandato constitucional, se crea la Ley 23 del 28 de enero de 1982, conocida como ley sobre derechos de autor y posteriormente la Ley 44 del 5 de febrero de 1993 modificatoria de la primera y no aplicable a este asunto.

Dicha Ley 23 de 1982, consagra varios aspectos que son fundamentales en desarrollo del caso que nos ocupa, a saber:

1º Los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la ley.

2º Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas, en las cuales se comprenden todas las reacciones del espíritu en el campo científico, artístico y literario.

3º Son titulares de los derechos reconocidos por la ley, entre otros:

a) El autor de su obra;

b) La persona natural o jurídica que en virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores.

Los autores sólo recibirán los honorarios pactados en el respectivo contrato. Entendiéndose que por este acto transfieren a la persona natural o jurídica los derechos sobre la obra, ya que ésta fue elaborada según el plan señalado por la persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta.

4º Se entiende por obra colectiva, la que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue o publique bajo su nombre, siendo en consecuencia la titular de la misma.

5º Para garantizar la propiedad intelectual se establece el Registro Nacional de Derecho de Autor, estando sujetos a registro las obras científicas, literarias y artísticas de dominio privado.

6º Finalmente y como medio de protección al Derecho de Autor, en la ley aplicada se sanciona penalmente con prisión de tres a seis meses a la persona que en relación con una obra o producción artística inédita y sin autorización del autor, artista o productor, o de sus causahabientes, la inscriba en el registro, o la publique por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión, como si fueran suya o de otra persona distinta del autor verdadero, o con el título cambiado o suprimido, o con el texto alterado dolosamente.

B) De los hechos declarados probados.

Los falladores de primera y segunda instancia, luego de apreciar los elementos probatorios recaudados concluyeron lo siguiente:

1. Editorial El Cid y Samuel Díaz Rivero, celebraron un contrato de edición, para la obra *"Osito Dibuja"* 1-2-3-4 y 5 de fecha marzo 14 de 1985. Trabajo que fue elaborado de conformidad con el plan del editor y bajo su responsabilidad, estando todos sus derechos reservados en favor de Editorial El Cid, lo cual se comprueba al revisarse la serie de obras *Osito Dibuja*, que el anverso de la primera página señala textualmente:

> "La serie Osito Dibuja ha sido elaborada según plan del editor y bajo su responsabilidad. Diseño y dibujos Alvaro Jansen. Diagramación y Montaje. Nayibe Jiménez, María Eugenia Araque. Dirección Artística Miguel Angel Bautista. Director Editorial Víctor Díaz Peris. Director de Ediciones Samuel Díaz Rivero. Fotomecánica Industrias Gráficas Clavería. *Reservados todos los derechos. Copyright 1983 por Editorial El Cid.* Barranquilla-Colombia Apartado 536.
>
> "Ni este libro ni parte de él puede ser reproducido o transmitido de alguna forma o por algún medio electrónico o mecánico incluyendo fotocopias o grabación, o por cualquier otro sistema de memoria o archivo, sin el permiso escrito del editor".

De allí se desprende que el señor Yance realizó exclusivamente las labores de diseño y dibujo, las cuales le fueron canceladas a medida que hacía su trabajo como se observa en el material probatorio obrante en el expediente.

2. Alvaro Yance solicitó a la División Nacional de Derechos de Autor del Ministerio de Gobierno lo reconocieran como autor único de las obras didácticas Osito Dibuja número 1, Osito Dibuja número 2, Osito Dibuja número 3, Osito Dibuja número 4 y Osito Dibuja número 5 —fls. 3, 7, 12 y 15 del cuaderno anexos número 2—, para lo cual se apoyó en una certificación que le fue expedida por Víctor Díaz Peris como representante legal de Editorial El Cid, y que tenía como finalidad que el hoy procesado obtuviera un ascenso en el escalafón de docente de la Universidad del Atlántico, que conllevaría en consecuencia a un aumento salarial; consiguiendo su objetivo fraudulento, a pesar de que desde 1983 la editorial había obtenido la totalidad de los derechos de la obra.

3. Como se señalara en la parte anterior de este fallo, son obras colectivas las producidas por un grupo de autores, por iniciativa y orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre, quien se considera como titular de la misma —art. 8º literal D en concordancia con el art. 5º literal B, Ley 23 de 1982—.

En todas las obras de Osito Dibuja se estableció con claridad que la misma fue elaborada por un grupo de autores, de acuerdo con el plan y bajo la responsabilidad establecida por el editor.

El señor Alvaro Yance realizó exclusivamente los trabajos de diseño y dibujo, y no obstante esto, se registró en forma fraudulenta como autor único de la obra en la Dirección Nacional del Derecho de Autor, adscrita al Ministerio de Gobierno, a pesar de ser ésta una obra de carácter colectivo que acorde con el propio contrato de edición y como consta en todos los textos "Osito Dibuja", fue elaborada y publicada bajo su nombre.

Así, en la cláusula 2ª del contrato de edición se especifica:

> "El *autor* se compromete a entregar al *editor* el texto titulado serie Osito Dibuja números 1, 2, 3, 4 y 5 que en adelante se denominará *la obra*, para que la imprima gráficamente, publicite y distribuya por su cuenta y riesgo" (fl. 20, cuaderno número 1).

Posteriormente ante un Juzgado Civil del Circuito de Barranquilla solicitó la declaratoria judicial de autor de la obra didáctica "Osito Dibuja - Dibujo Integrado", la rescisión del contrato verbal de edición, la devolución de los textos originales de la obra didáctica y el correspondiente pago de los dineros por concepto de regalías en su condición de autor único y exclusivo de dicha obra, peticiones que fueron falladas a su favor.

De esta manera el señor Alvaro Yance Pérez, se vio incurso en los ilícitos de violación de derechos de autor —art. 232, numeral 1º de la Ley 23 de 1982—, en concurso con el de fraude procesal —art. 182 del Código Penal—.

C) De los argumentos del demandante.

Pretendiendo que se case la sentencia para que en consecuencia la Corte absuelva a su defendido, en un único cargo en el que considera que existe violación indirecta de la ley sustancial, el demandante, alega que se configura un error de hecho, al no haberse apreciado el dictamen pericial rendido por el señor Jesús Taibel Gutiérrez, así como unas cartas de corrección enviadas por el procesado a la Editorial El Cid. Igualmente el yerro en su concepto se presenta al haberse apreciado erróneamente el contrato de edición y la certificación de autoría.

1º En cuanto al dictamen pericial, no resulta cierto afirmar que el mismo no fue apreciado por el Tribunal. En este punto olvida el demandante que cuando las sentencias de primera y segunda instancia han sido proferidas en un mismo sentido, se entienden como una unidad inseparable, donde los argumentos y fundamentos de una cobijan a la otra y viceversa. En consecuencia, el libelista deberá tener el cuidado suficiente para demostrar con sus argumentos que las pruebas fueron desconocidas o tergiversadas en esa unidad que constituyen los fallos de primera y segunda instancia y además, se deberá determinar la incidencia que dicho yerro tuvo en la decisión final tomada por los jueces de instancia.

Así a folios 154 y 155 del cuaderno original número 2 —fls. 22 y 23, sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla—, el *a quo* analizando el dictamen pericial, hace la siguiente valoración probatoria, que es acogida tácitamente por el Tribunal al confirmar dicho fallo:

> "Ahora, analicemos una situación muy especial y particular: En la experticia contable suscrita por Jesús Taibel Gutiérrez —MAT. 6.350-T.— se dice expresamente que a Samuel Díaz Rivero se le hicieron pagos por diferentes conceptos entre los cuales se mencionan el de $ 2.500.000.00 por contrato de edición 'Osito Dibuja', derechos de autor de febrero a julio de 1985; y por honorarios obra realizada de 'Osito Escribe 1-2-3-4-5' julio de 1987 la suma de $ 5.750.000.00, para un gran total de $ 8.250.000.00; en tanto que a Alvaro Enrique Yance Pérez por trabajo 'Osito Pinta, Osito Dibuja' y derechos de autor de marzo de 1985 a enero de 1986 se le canceló un total de $ 1.000.000.00. El Juzgado se interroga: El por qué de esta diferencia de honorarios si en honor a la verdad Yance Pérez Alvaro, es autor de una parte de la obra didáctica tal como él lo reclama? Si ello fuera así creemos que

> Yance Pérez Alvaro, no regalaría su trabajo físico y mental por $ 1.000.000.00; pero lo que a *contrario sensu* se desprende inequívocamente que al encausado plenamente identificado en autos con esa suma de dinero se le estaba cancelando su trabajo de diseños y dibujo de la página correspondiente de todos y cada uno de los libros que en cantidad de 20 reposa en este despacho judicial. El cuaderno correspondiente a la experticia contable consta de 122 folios y ese trabajo encuentra soporte en la documentación aportada y anexada y que conforma ese único cuaderno, entonces, sea esta otra razón de fondo para que el juzgador sea un convencido Alvaro Enrique Yance Pérez no es autor único y exclusivo de la obra didáctica 'Osito Dibuja - Dibujo Integrado 1-2-3-4-5', tal como él si lo obtuvo ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de este Distrito Judicial".

No sólo la prueba fue apreciada por el juzgador acorde con las reglas de la sana crítica, sino que la misma en concordancia con los demás elementos probatorios, le permite adquirir al *a quo* certeza sobre la responsabilidad de Alvaro Yance Pérez.

De otra parte, en el desarrollo del cargo se introducen argumentos que no son viables y que muy por el contrario desdibujan la seriedad del mismo. El actor deja de lado que está alegando un falso juicio de existencia por omisión, y se dedica a controvertir las afirmaciones del contador de la empresa Editorial El Cid, Jorge Luis Pérez, alegando que las mismas son mentirosas, para concluir finalmente que unos pagos que supuestamente se le hicieron al señor Samuel Díaz Rivero en la ciudad de Santafé de Bogotá, nunca tuvieron existencia en la realidad, con lo cual desenfoca totalmente el asunto en controversia, toda vez que lo que tiene que demostrar es que su defendido es el autor único de la obra y que en consecuencia no vulneró el artículo 232 número 1 de la Ley 23 de 1982, al registrarse como tal. Pero trata de desvirtuar su responsabilidad argumentando que al representante legal de Editorial El Cid, no se le hicieron unos pagos, lo cual no tienen nada que ver con los cargos que se endilgan en contra de Alvaro Yance Pérez.

2ª En relación con las llamadas cartas corrección, que en su concepto fueron desconocidas por los jueces de instancia olvida el demandante que en esta materia no basta con indicar que una prueba fue desconocida, sino que además se requiere que se concrete su idoneidad para lograr el quebrantamiento de la sentencia. Es decir, se debe demostrar que al haberse desconocido este medio probatorio, el yerro del Tribunal fue de tal naturaleza que se constituyó en causa determinante de la ilegalidad de la sentencia.

En el caso en estudio escasamente alega el desconocimiento de unas cartas, en las cuales el procesado manifiesta a Editorial El Cid, que se tienen que hacer algunas correcciones a la obra de la que es

autor, pero sin demostrar la importancia que ese elemento probatorio tiene dentro del proceso, y sin especificar cuáles son los cargos que se desvirtúan con ellas, ni señalar mucho menos las razones para ello.

Por otra parte, como acertadamente lo manifiesta la Delegada:

> "...las cartas referidas no demuestran que el firmante de ellas sea autor único —o autor colectivo que es lo opuesto— con lo que el raciocinio sobre el punto deja incompleto el argumento tendiente a demostrar que esos documentos comprobarían lo incorrecto del fallo, ya que en efecto, tanto habría fraude procesal si se inscribió como autor de la obra sin serlo, o si se inscribió como autor único cuando se trataba de una obra en autoría colectiva o de varios autores. Es decir, la presunción de acierto y legalidad del fallo sigue vigente, ante la falta de razonamiento de un fraude procesal en forma absoluta" (fl. 9 concepto Delegada).

3º En lo que tiene que ver con las denominadas pruebas erróneamente apreciadas, dentro de las cuales se refiere específicamente al contrato de edición y al certificado de autoría, varios son los yerros en que se incurre al hacer el planteamiento.

Frente al contrato de edición, se dedica a hacer cuestionamiento a la veracidad del mismo, tendientes en últimas a restarle credibilidad, y en donde la alegación no es otra cosa que la contraposición del criterio del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo.

Por otra parte al hablar de errónea apreciación de las pruebas, deja a la Sala sin saber lo que pretende, esto es, que se le niegue el valor dado a las mismas en las instancias; o lo más lógico que sería pensar que lo que trata de alegar es que este elemento probatorio fue tergiversado, para lo cual tendría que demostrar la existencia de un falso juicio de identidad que evidentemente y por su estructura en ningún momento fue alegado.

4º La errónea apreciación de la certificación de autoría, la hace recaer en que se trata de:

> "Otra prueba o documento que está siendo *apreciada erróneamente* por el *Tribunal*, pues, sólo se ha tenido en cuenta el dicho del denunciante para restarle todo mérito probatorio" (fl. 54, cuaderno Tribunal).

Nuevamente hace recaer el yerro del Tribunal en haberle restado mérito probatorio a las certificaciones de autoría sin preocuparse en demostrar si el Tribunal respetó o no las reglas de la sana crítica al apreciar este medio probatorio, ni demostrar mucho menos en que consistió el error del sentenciador de instancia.

Por otra parte se remite a señalar que la apreciación de esta prueba se debe hacer como lo determina el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, dando a entender que dicha prueba tiene un valor específico que se lo da la legislación procesal civil, razón por la cual la vía de ataque necesariamente es incorrecta, ya que en este caso tendría que haber acudido al error de derecho por configurarse el falso juicio de convicción.

Naturalmente con ello termina entremezclando el error de hecho con el de derecho, lo cual no es permitido en casación por resultar contradictorio.

En ningún momento determina los errores del Tribunal, ni la incidencia que los mismos tienen en el resultado final del proceso, por lo que la demanda pierde vocación para pretender que esta Sala cumpla su función anulatoria.

Lo anterior es suficiente para señalar que el cargo no puede prosperar.

D) Finalmente la Sala debe hacer algunas observaciones a los planteamientos del señor apoderado de la parte civil:

1. La violación de la ley sustancial puede ser de manera directa o indirecta. En el primer caso por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. En el segundo, por falta de aplicación o aplicación indebida.

Quien formule un cargo por violación indirecta y se limite a demostrar un error en la apreciación de las pruebas sin precisar su trascendencia, esto es, sin indicar si dicho error llevó a la falta de aplicación o la aplicación indebida de la ley sustancial, deja su ataque incompleto.

Así las cosas, no es cierto que la simple mención de la aplicación indebida sirva para afirmar que se pasó de la violación indirecta aducida a la violación directa, ya que a ese desacierto se puede llegar por las dos vías.

2. Cuando se acude a la vía indirecta, no necesariamente es indispensable señalar las normas medio violadas. Así se debe distinguir si se alega un error de hecho o uno de derecho. En el primer caso no, ya que lo que se desconoce no es una norma legal, sino la existencia misma o el sentido del medio probatorio. *Contrario sensu*, si nos encontramos ante un error de derecho sí, porque el yerro no recae directamente sobre el medio probatorio, sino sobre la norma legal que regula su aducción al proceso, o su valoración.

E) Como se observa que el representante legal de la Editorial El Cid expidió una certificación con datos que no correspondían a la verdad para que Alvaro Yance obtuviera un ascenso en el escalafón docente de la Universidad del Atlántico, es procedente que se compulsen

copias con destino a la Unidad de Fiscalía de Barranquilla, para que si lo estima procedente y aún es oportuno adelante investigación sobre ese hecho.

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: NO CASAR la sentencia impugnada.

Segundo: Expedir con destino a la Unidad de Fiscalía de Barranquilla las copias ordenadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / FAVORABILIDAD

La Ley 81 del 2 de noviembre de 1993, en su artículo 35 modificó el texto original que traía el artículo 218 del Decreto 2700 de 1991 C. de P. P. elevando el presupuesto primitivo de procedibilidad del recurso extraordinario de casación de cinco (5) años a seis (6) años de la sanción privativa de la libertad (mínimo de la pena máxima establecida para el delito por el cual se procede). / Partiendo del hecho de que la sentencia que impugna la parte civil es absolutoria, la hipótesis de favorabilidad para el procesado sería la situación de poner el proceso en condición tal que la condena no sea posible, lo que en este momento del trámite está representado en la improcedibilidad del recurso extraordinario.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 29.

Vistos:

Ante el cambio de legislación, la Sala define la procedibilidad del recurso extraordinario de casación en este proceso.

Antecedentes:

El 27 de mayo de 1992, el Juzgado Primero Superior de Neiva condenó a *Libardo Torres Tovar* y a *Misael Facundo Facundo* como autores del delito de prevaricato por omisión, y a *Rodrigo Ortiz Muñoz* como responsable del delito de prevaricato por acción, por irregularidades cometidas en un trámite policivo posesorio adelantado ante la Alcaldía y la Inspección de Policía de Suaza (Huila).

El Tribunal Superior de Neiva, en pronunciamiento del 25 de septiembre de 1992, resolvió la apelación interpuesta contra la comentada decisión, absolviendo a los procesados de los cargos que es les habían imputado.

La parte civil recurrió en casación el fallo de segundo grado; recurso que el Tribunal Superior de Neiva concedió el 27 de octubre de 1992. Y la demanda que lo sustenta fue admitida por esta Corporación el 12 de marzo de 1993, por haberla encontrado ajustada a las formalidades de ley.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal rindió el concepto de rigor solicitando no se case el fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte:

La Ley 81 del 2 de noviembre de 1993, en su artículo 35 modificó el texto original que traía el artículo 218 del Decreto 2700 de 1991 (C. de P. P.) elevando el presupuesto punitivo de procedibilidad del recurso extraordinario de casación de cinco (5) a seis (6) años de la sanción privativa de la libertad (mínimo de la pena máxima establecida para el delito por el cual se procede).

Los delitos que fueron objeto de investigación en este proceso, prevaricato por acción y por omisión, tienen señalada una sanción punitiva de la libertad hasta de cinco (5) años, lo que dio lugar a que se concediera el recurso y se admitiera la demanda; sin embargo, hoy, cuando aún no ha sido resuelto el recurso, rige un presupuesto que no se cumple para este asunto.

Esta situación pone de manifiesto un dilema de aplicación de la ley en el tiempo, que inicialmente podría ser resuelto tal como lo expresa el profesor Jiménez de Asúa, diciendo que "la posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada" (Cita del auto de enero 19 de 1994, magistrado ponente doctor Duque Ruiz). No obstante, en materia penal la solución no es tan sencilla, por cuanto es necesario proteger diversas garantías fundamentales del procesado amparadas por la Constitución, tales como el principio de favorabilidad (art. 29) de obligatoria aplicación en materias penales sustanciales, sean de índole material o procedimental.

En estas condiciones, la solución depende de la definición de lo que es o puede ser más favorable al procesado; punto que la Sala ya dilucidó en el proveído comentado con antelación, acogiendo el criterio del tratadista en mención, quien afirma que en vista de 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".

Ajustando estos conceptos al caso que ocupa a la Sala y partiendo del hecho de que la sentencia que impugna la parte civil es absolutoria, la hipótesis de favorabilidad para el procesado sería la situación de

poner el proceso en condición tal que la condena no sea posible, lo que en este momento del trámite está representado en la improcedibilidad del recurso extraordinario.

Conviene recordar que en el pronunciamiento que se viene citando se concluyó:

> "...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*)".

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

Resuelve:

DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia absolutoria dictada el 25 de septiembre de 1992, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en favor de los procesados Libardo Torres Tovar, Misael Facundo Facundo y Rodrigo Ortiz Muñoz.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina 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.

ABUSO DE CONFIANZA / COLISION DE COMPETENCIA

El abuso de confianza se comete en el lugar donde deben entregarse las cosas. / De tratarse de una conducta estimable como abuso de confianza, por razón de la cuantía, sería del conocimiento de las autoridades de policía, como contravención, y de referirse el comportamiento a un hurto agravado, se tendría, con prescindencia de justiprecios económicos, que asignar la competencia a un Juzgado Penal Municipal. / Antiguamente, por razón del contrato de transporte (que no es traslativo de dominio), se consideraba como abuso de confianza la apropiación de los objetos, mercancías o cosas entregadas con aquel fin de traslación. Se tenía en cuenta un fenómeno de confianza depositada en quien debía cumplir ese cometido, traicionada por el mismo, y la pérdida de vigilancia o custodia que se evidenciaba en quien hacía la entrega al transportador.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 24, marzo 9 de 1994.

Vistos:

Se dirimirá un conflicto negativo de competencias existentes entre dos Juzgados Penales Municipales de diferente Distrito Judicial.

Antecedentes procesales:

1. El *6 de abril de 1993*, el señor Pedro Miguel Sánchez Ortegón denuncia ante la Policía Judicial de la SIJIN, lo siguiente: La entrega, el 3 de abril en la ciudad de Manizales, de unas tres toneladas de hueso, a *Orlando Lozada Quirós*, conductor del vehículo marca Ford, modelo 53, placa WA-0199, afiliado a la empresa Comodequi Ltda., para ser llevadas a la firma SOYA, en Buga, Valle del Cauca. De los 9.500 kilos

de mercancía enviada, sólo se recibieron 6.020, apreciándose el valor de lo restante en la suma de cuatrocientos diecisiete mil seiscientos pesos ($ 417.600.00).

El mencionado chofer no ofreció explicación alguna y, el propietario del vehículo (Jaime Giraldo Jaramillo), en un principio accedió a responsabilizarse por la mercancía apropiada indebidamente, pero luego manifestó "que él no iba a pagar eso que hiciera lo que quisiera que porque él ya había vendido el camión" (fls. 1, 4, 8).

2. El 3 de abril, el Inspector Segundo Municipal de Policía de Manizales (Miguel Alberto Giraldo Mejía) recibe la denuncia y la retiene, sin hacer propiamente nada (sólo atina a una intrascendente ampliación del dicho del ofendido), *hasta el 12 de noviembre*. Luego, el primero de diciembre, la Juez Octava Penal Municipal doctora Laura Clemencia Arias Villegas, recibe esas incipientes diligencias y vuelve, con igual indiferencia y descuido, a ampliar la versión de Sánchez Ortegón, para el día 20, señalar que los hechos ocurrieron en la ciudad de Buga; pero, el Juez Tercero Penal Municipal de esta ciudad, el 27 de diciembre, expresa que no se trata de un abuso de confianza sino de un hurto agravado por la confianza, y regresa el expediente. Nuevamente la doctora Arias Villegas (auto de enero 18 de 1994 —fl. 11—), reitera que "el momento de la consumación de la infracción fue precisamente en Buga, Valle, donde el señor Orlando Lozada dejó de entregar parte de la mercancía, fue entonces allí donde aquél se apropió de ella" y, en consecuencia, resuelve "no aceptar (sic) la colisión negativa de competencia provocada por el señor Juez Tercero Municipal de Buga, Valle" y envía (!) en enero 28 de 1994, el proceso a Reparto de los Jueces de Circuito, para dirimir el conflicto —fl. 14 -. El Juzgado Segundo Penal del Circuito, en auto de ocho de febrero, obviamente, se declara incompetente para ello y ordena remitir las diligencias a la Corte —fl. 16—. El 17 de este último mes, entra a despacho del magistrado ponente de esta Corporación.

Consideraciones de la Corte:

3. Resulta lamentable, ofensivamente lamentable, que después de casi un año de cumplidos los hechos, no se tengan siquiera establecido quién es el competente para conocer de este proceso. Y más todavía que diligencias necesarias realizables todas ellas en la ciudad de Manizales, no se hubieran practicado ni por el indolente inspector de Policía, ni por la desidiosa e impreparada juez Arias Villegas, quien lejos de requerir la documentación pertinente al denunciante, oír el testimonio del insolente Jaime Giraldo Jaramillo, tomar alguna información en la empresa Comodequi Ltda. y hasta recibir indagatoria al conductor Lozada, se trenzó en una disputa de competencia, entendiendo, *contra* lo que ha dicho la jurisprudencia reiterada, que el abuso de confianza se comete en el lugar en donde deben entregarse las cosas,

y finalmente, involucrando a un Juzgado Penal del Circuito en la definición de este asunto, cuando se trataba de establecer la competencia entre dos jueces de distinto Distrito Judicial. Todo esto amerita la expedición de copias para que se decida, en cuanto al inspector Giraldo Mejía, su presunto comportamiento delictivo, y respecto de la juez Arias Villegas, el Consejo Seccional de Judicatura, Sala Disciplinaria, resuelva si debe tomarle cuentas por lo que debió hacer y no hizo y por lo que hizo pero *molamente*. La ciudadanía no puede quedarse simplemente atónita ante la desastrosa marcha de la justicia como la que revela este caso en donde lejos de asegurarse las demostraciones pertinentes y oportunas, se pensó sólo en no enfrentar la labor encomendada y buscar, lo que pudo sobrevenir más tarde y hasta con mejores elementos, que otro realizase el empeño.

4. La Sala se ve precisada a fijar, así sea para efectos de desatar este conflicto y procurar un funcionario que rápidamente actúe en la instrucción, lo atinente a si se trata de un hurto agravado o a un abuso de confianza. Ello no sólo porque ya las tesis se han esbozado, especialmente por la juez Laura Clemencia Arias Villegas, sino porque de tratarse de una conducta estimable como abuso de confianza, por razón de la cuantía, sería del conocimiento de las autoridades de Policía, como contravención, y de referirse el comportamiento a un hurto agravado, se tendría, con prescindencia de justiprecios económicos, que asignar la competencia a un Juzgado Penal Municipal.

No está por demás, para evitar sorpresivos contratiempos, hacer la siguiente transcripción de lo que sobre el punto indicado en el párrafo anterior, ha dicho la Corte:

> "La estafa, la emisión y transferencia ilegal de cheques, el abuso de confianza, el aprovechamiento del error ajeno o caso fortuito, el daño en bien ajeno, y el hurto simple, es decir el tipificado en el artículo 349 del C. P., *aquél en el cual no concurre ninguna de las causales de calificación del artículo 350, ni de agravación del artículo 351 ibídem*, son infracciones en las que siempre que la cuantía no excede de diez (10) salarios mínimos mensuales constituyen contravención, al tenor del artículo 1º de la Ley 23 de 1991 y la competencia para conocer en primera instancia corresponde a los inspectores penales de Policía, o a los inspectores de Policía donde aquéllos no existan, y en su defecto a los alcaldes. Para la segunda instancia es competente el alcalde, gobernador del Departamento o el Alcalde Mayor en los Distritos Especiales". (Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel, febrero 26 de 1992, Revisión número 7150, proceso de Gerardo Ospina).

5. Acciones como las que se analizan no dejan de suscitar todavía, en Colombia, rezagos de enfrentamientos conceptuales sobre la denominación jurídica que corresponde deducir. Para sintetizar las cosas, dada la índole del incidente que debe definirse, conviene anotar que

antiguamente, por razón del contrato de transporte (que no es traslativo de dominio), se consideraba como abuso de confianza la apropiación de los objetos, mercancías o cosas entregadas con aquél fin de traslación. Se tenía en cuenta un fenómeno de confianza depositada en quien debía cumplir ese cometido, traicionada por el mismo, y la pérdida de vigilancia o custodia que se evidenciaba en quien hacía la entrega al transportador. Las peculiaridades de esta clase de contratos (no siempre igual en sus particularidades aunque sí en sus aspectos generales) llevó a algunos autores (v. gr. Maggiori) a que conforme a las connotaciones de cada caso se definiera el punto, pudiendo resultar en ocasiones un abuso de confianza y en otros su ausencia. La doctrina dominante en el área del derecho penal patrio, está del lado de dejar esta frustrante, angustiosa y enervante casuística, para fijar más bien un criterio constante y común. No ha perdido de mira, en este apresto doctrinario, lo impersonal que resulta ya el contrato de transporte (que en ámbitos comercial o civil, conserva su plena entidad) pues lo frecuente es desconocer el vehículo en el cual va a hacerse el transporte, la fecha del envío, las especiales seguridades del mismo, quién deberá realizar la conducción del automotor, qué indicaciones ha recibido éste, cuál el dueño del vehículo, etc. Hoy, con la cotidianidad de lo que hace regla y como tal debe sobrevenir la valoración jurídico-penal, máxime cuando se puede involucrar un problema de competencias que, aunque no debiera producir una inercia de instrucción como sensatamente lo advierte el legislador, sin embargo la desidia y falta de interés de no pocos jueces, lleva primero que a demostrar los hechos, a autonegarse un atributo de competencia, lo advertible es una contratación en donde lo que menos cuenta es una relación de confianza o una visión de calidades, condiciones y notas personales. Lo que interesa es ocupar a alguien que se dedica a este oficio, que cuenta con medios para realizarlo y está autorizado oficialmente para ello e incluso suele estar afiliado a un ente social que explota este servicio.

Además, también incide la necesidad de reforzar la protección debida a actividad tan importante y que involucra valores de consideración (basta pensar en lo que vale hoy en día diez, veinte o cincuenta toneladas de mercancía) y de ahí la consecuencia de tratar esta clase conductas como hurto y no como abuso de confianza —fiducia— pues con lo primero se acogen todos los enunciados anteriores, los mismos que conducen a desvirtuar una tenencia jurídica de esos bienes, por parte del transportador (chofer, empresa, custodio en la movilización, etc.), y, se caracteriza ese vínculo o contacto como lo que es en realidad: Relación meramente física. A este respecto basta con citar el siguiente pronunciamiento de la Corte:

> "Son muchos los casos en que se comete hurto sobre cosas que el agente detenta, aun cuando sin vínculo jurídico que permita predicar señorío sobre la cosa; tal el caso del llamado famulato, o del cajero del banco, o de los trabaja-

dores que se apoderan de bienes que se hallan en su poder por razón del desempeño de su actividad o funciones y frente a los cuales reiteradamente se ha negado el abuso de confianza por la ausencia de nexo jurídico entre el agente y el titular del derecho, que los vincule al objeto material del delito. Así mismo en todos los casos en los que se da una cosa a un mensajero para que se haga entrega de ella a un tercero habrá hurto agravado si éste se apodera del bien, independientemente de que el destinatario se halle en la misma edificación en donde se hizo la entrega o en ciudad distinta, pues la naturaleza del delito no puede modificarse por el trayecto, largo o corto, que deba recorrer el mensajero.

"En ese orden de ideas el *conductor de un vehículo automotor* recibe tanto el vehículo como la mercancía que transporta pero en manera alguna tiene título jurídico de entidad precaria sobre esos bienes, pues el automotor lo recibe en virtud de relación de carácter laboral que no le atribuye señorío alguno sobre ese instrumento de trabajo y la mercancía la recibe para su transporte y entrega sin que por ese hecho pueda deducirse la existencia de título no traslaticio de dominio en relación con ese concreto bien, con menos razón en un caso como el que ahora se examina, en el cual la entrega de la mercancía no se hizo a la persona del conductor, sino a una empresa de transporte bajo cuya responsabilidad se hallaba la mercancía hurtada. Esto, es que la ausencia de título sobre esos bienes, impide afirmar la existencia de un abuso de confianza cometido por el conductor, pues es de la esencia de este ilícito que el agente tenga algún poder sobre la cosa derivada del referido título jurídico.

"Esta ha sido la opinión reiterada de esta Corporación que en precedente oportunidad hizo las siguientes consideraciones:

"'A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destácase que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente «por un título no traslativo de dominio»; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo del poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor'.

"'El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa en la cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente'.

"'Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleador del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos, de cajeros de banco o de entidades comerciales, o de quienes los detentan mientras su titular sube a un vehículo, por ejemplo, no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse; posee título legítimo sobre aquellos' (Casación 17 de enero de 1984, magistrado ponente doctor Luis E. Aldana).

"Y en otra oportunidad había señalado:

"'En la tenencia fiduciaria, característica del abuso de confianza, el agente tiene sobre la cosa un poder de hecho, que es distinto del poder de derecho correspondiente a quien la traspasa. Si el propietario sigue custodiándola, aunque sea por medio de otras personas, como acontece con el fámulo a quien se le confía una casa para su aseo, no se crea la relación de confianza. La tenencia fiduciaria implica atribuciones autónomas que puede ejercer el agente a nombre del propietario'.

"'De suerte que no existe tenencia fiduciaria, presupuesto material del delito de abuso de confianza, cuando la cosa ajena continúa en la esfera de custodia o de actividad del derecho-habiente. En ambos casos, toda acción dolosa por parte del agente que tienda a apropiarse de la misma no podrá reputarse abuso de confianza, sino específicamente hurto'.

"'En otras palabras, para que haya abuso de confianza se requieren dos elementos: 1º Que el sujeto activo sea tenedor de la cosa mueble ajena. 2º Que en vez de devolverla, como era su obligación, se la apropie en provecho suyo o de un tercero. Por eso puede ser sujeto activo del delito de abuso de confianza el arrendatario, el usufructuario, el depositario,

el acreedor prendario y, en general todo el que haya recibido la cosa por un acto que le dé la tenencia con obligación de restituir (Sentencia del 15 de marzo de 1973. «G. J.». CXLVI, números 2366 a 2371, pág. 415)' ". Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo. Mayo 20 de 1986. Gaceta, tomo CLXXXV, primer semestre, Sala de Casación Penal, páginas 264 a 266.

Ahora bien, hasta el momento no se ha determinado el lugar en donde se produjo el apoderamiento sobre la mercancía faltante, que bien pudo ocurrir en cualquier paraje del trayecto comprendido entre Manizales y Buga, o en lugar distinto.

No obstante, por ahora y mientras no se presenten circunstancias que permitan atribuir la competencia a funcionario distinto, le corresponderá adelantar la investigación de este caso al señor Juez Octavo Penal Municipal de Manizales, por ser en esa ciudad donde se formuló la denuncia del hecho y, además, por razón de la naturaleza del ilícito denunciado, según lo dispuesto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 11-1 de la Ley 81 de 1993.

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

Resuelve:

Primero: DECLARAR que la competencia para conocer de las presentes diligencias corresponde a prevención, al Juzgado Octavo Penal Municipal de Manizales. Entérese de esta decisión al Juzgado Tercero Penal Municipal de Buga.

Segundo: Disponer la devolución del expediente directamente al Juzgado competente para que asuma la investigación, y,

Tercero: Expedir las copias indicadas en la parte motiva.

Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, salvó el voto; *Guillermo Duque Ruiz* NO, *Gustavo Gómez Velásquez Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA / HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA SALVAMENTO DE VOTO

El abuso de confianza es un delito contra el patrimonio económico dentro del cual el agente no sustrae el bien, sino que se apodera de él después de que le ha sido lícitamente entregado por su dueño o poseedor en virtud de un título no traslativo de dominio. Incurre entonces en este delito la persona que después de haber recibido un bien mueble a título no traslativo de dominio, se apodera de él o lo usa indebidamente. / En el delito de HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA, el sujeto activo no tiene ningún derecho sobre la cosa y se apodera de ella contra la voluntad de su dueño abusando de la confianza que se le ha otorgado y que le permite tener una tenencia meramente precaria o material sobre el bien.

Me permito disentir respetuosamente del pensamiento mayoritario de la Sala, en cuanto considero que el delito que se perfila con mayor nitidez en el caso de estudio, es el de *abuso de confianza* y no el de hurto agravado por la confianza, como lo entendió la mayoría de la Sala.

El abuso de confianza, es un delito contra el patrimonio económico dentro del cual el agente no sustrae el bien, sino que se apodera de él después de que le ha sido lícitamente entregado por su dueño o poseedor en virtud de un título no traslativo de dominio. Incurre entonces en este delito la persona que después de haber recibido un bien mueble a título no traslativo de dominio, se apodera de él o lo usa indebidamente.

Esa tenencia o posesión del bien, puede originarse en un contrato, en el cuasi-contrato, en el acto administrativo o en la ley.

La apropiación, que determina el momento consumativo de la infracción, consiste en un acto de disposición cumplido sobre la cosa mueble recibida por el agente a título no traslativo de dominio, sin ánimo de devolverlo a su dueño o poseedor y con el fin de obtener para sí o para un tercero un beneficio económico. Es el *"animus rem sibi habendi"*.

Como lo expresa Francisco Muñoz Conde (Derecho Penal, Parte Especial): "...La acción en el delito de apropiación de las cosas (Denominación en el derecho español del abuso de confianza) consiste en actos de apropiación de cosas, es decir, en disponer de ellas como si fueran propias, trasmutando la posesión lícita originaria, en una propiedad ilícita o antijurídica. Esta acción se puede llevar a cabo, por actos positivos de disposición de las cosas recibidas, o bien negando haberlas recibido... En términos generales, podemos decir que la apropiación indebida difiere del hurto, en no mediar sustracción, sino apropiación ilegítima de algo que ya se posee legítimamente...".

El gran maestro Carrara, define el *abuso de confianza* como, "...la apropiación de una cosa ajena, que se ha recibido del propietario mediante una convención que no transfiere el dominio y para un uso determinado...".

El estatuto penal colombiano, siguiendo estos derroteros, tipifica en su artículo 358 el delito de abuso de confianza, así:

"El que se apropie en provecho suyo o de un tercero de cosa mueble ajena que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de un mil a cien mil pesos".

Estos elementos que configuran o tipifican el delito de abuso de confianza, se ofrecen a plenitud en el caso de estudio.

Se sabe, que el señor Pedro Miguel Sánchez como dueño del bien, celebró en la ciudad de Manizales un contrato de transporte con el sindicado Orlando Lozada, y en cumplimiento de lo pactado, éste recibió para llevar a la ciudad de Buga y con el compromiso de entregar allí determinada mercancía.

Recibido el bien y cargado el camión, el transportador no cumplió a cabalidad con lo contratado, pues sólo hizo llegar al destinatario parte de la mercancía recibida, disponiendo en su beneficio de buena parte del bien.

El sujeto agente cuya conducta se analiza, recibió el bien, no solamente en virtud de una tenencia precaria o meramente material, sino una posesión o tenencia jurídica con todo el valor que le otorga la ley a la que emana de un contrato como el de transporte que entrega el bien a título no traslativo de dominio. Una vez en posesión del bien (recibido de buena fe), se apropió de parte de él ejecutando actos de disposición y negándose a restituirlo a su dueño. La entrega de las cosas al transportador, lo obliga a la restitución de ellas al destinatario o persona a quien el dueño indique y si así no procede y en cambio se apodera del bien con ánimo de aprovechamiento, comete el delito de abuso de confianza.

Cometen el delito de abuso de confianza, enseña el maestro Carrara, "...el depositario, el comodatario y el arrendatario que se apropian de cosa mueble depositada, prestada o alquilada; el aparcero que vende los bueyes sin consentimiento del dueño; el *transportador* (resalta el suscrito) que se apropia las cosas que se le confían para que las lleve a otra parte y en general todo el que después de haber recibido del dueño alguna cosa para hacer de ella un uso determinado, la emplea de otra manera, en provecho propio como si fuera su dueño..." (Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. T. IX).

Nuestro Código Civil, si bien no señala cuáles son los títulos no traslativos de dominio, sí precisa en su artículo 775: "...se llama tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño...". Y agrega el precepto en su inciso final: "...Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Este título no traslaticio de dominio, que constituye en el artículo 358 del C. P. un elemento normativo del tipo, se presenta en el caso concreto de transporte, pactado entre el dueño de la cosa y el transportador y que dio al sujeto agente un poder jurídico sobre la mercancía entregada, un título legítimo de tenencia, del cual se valió el acusado para apoderarse de dicho bien. La posesión o tenencia jurídica del bien fue ganada por el agente por medios legítimos; no lo sustrajo o la arrebató del sitio donde la tenía su dueño, ni se lo hizo entregar por fuerza o astucia. Lo recibió de buena fe, legítimamente en cumplimiento de un contrato de transporte y si más tarde se apropió de él, consumó un delito de abuso de confianza pero jamás un delito de hurto.

Por eso, dice Eugenio Cuello Calón (Derecho Penal, Tomo II) que en el delito de abuso de confianza "...el objeto de la protección penal es la necesidad de amparar la propiedad contra la conducta del poseedor de cosa inmueble ajena, que habiéndola recibido por título que lo obligue a entregarla o devolverla, dispone de ella como si fuera su propietario. Es elemento del delito que la cosa no haya llegado a posesión del agente, no de un modo furtivo, sino de un modo legal y que precisamente sea recibida por el culpable, en depósito, comisión, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla...".

Indudablemente, el contrato de transporte es un título no traslativo de dominio, que otorga al transportador una tenencia legítima sobre el bien recibido, y su posterior apropiación hace incurrir al agente en el delito de abuso de confianza, o apropiación indebida.

Dice Giuseppe Maggiore, que "...en el contrato de transporte típico, en que el transportador se obliga bajo retribución a transportar cosas de un lugar a otro, es indudable que comete apropiación indebida (entre nosotros, abuso de confianza) el *transportador* que

teniendo la posesión de las cosas fuera de toda vigilancia del remitente, se apodera de ellas..." (Derecho Penal, Tomo V).

Como ya se ha visto, este es el criterio imperante en el sistema penal colombiano en desarrollo del artículo 358 del C. P. Es suficiente citar al respecto para confirmar este aserto, el siguiente aparte del desaparecido maestro Antonio Vicente Arenas:

"El artículo 775 del C. C. enseña qué se entiende por mera tenencia. De acuerdo con los términos de esa disposición son tenedores y pueden por consiguiente, ser sujetos activos del abuso de confianza, el acreedor prendario, el mandatario, el arrendatario, el comisionista, el secuestre, el *transportador*, etc. Sin título no puede haber tenencia ni se puede hablar de confianza en sentido jurídico..." (Comentarios al Código Penal Colombiano - Tomo II).

Y es precisamente la ausencia o la presencia de ese título no traslaticio de dominio el que otorga a la tenencia por parte del agente una legalidad inicial, y el que sirve fundamentalmente para distinguir estos dos tipos penales del abuso de confianza y el hurto.

En el sujeto activo del delito de abuso de confianza, no hay un comportamiento inicial de apoderamiento ya que el bien llega a sus manos por un acto voluntario del dueño en virtud de un título no traslaticio de dominio que le otorga sobre la cosa un poder jurídico, una tenencia legítima y por tanto, no puramente precaria o material. En cambio, en el delito de *hurto agravado por la confianza*, el sujeto activo no tiene ningún derecho sobre la cosa y se apodera de ella contra la voluntad de su dueño abusando de la confianza que se le ha otorgado y que le permite tener una tenencia meramente precaria o material sobre el bien, como sucede con las empleadas del servicio doméstico, que se apoderan de los bienes de la casa donde trabajan (famulato), los mensajeros o empleados de los bancos que se apropian de los dineros que manejan, los dependientes de los almacenes, joyerías, etc., que toman para sí los bienes que exhiben a los compradores, o los supuestos compradores que reciben del joyero piedras preciosas con el pretexto de admirarlas y huyen con ellas apropiándoselas, etc., supuestos todos estos que ubican el comportamiento del agente dentro del tipo penal del hurto agravado.

De ahí que sostenga Maggiore (obra citada), que "...el delito de apropiación (abuso de confianza) se distingue del hurto, porque este presupone la posesión de las cosas en el sujeto pasivo, mientras aquél la presupone en el agente...".

Estos conceptos, aplicados al caso *sub judice*, me llevan a concluir, que el sindicado al apropiarse de la mercancía que había recibido de su dueño en virtud de un contrato de transporte, por un título no traslativo de dominio, pudo consumar un delito de *abuso de confianza*, pero en ningún caso el tipo penal de mayor gravedad y mayor daño político como lo es el hurto agravado por la confianza.

Necesario es advertir, para una mayor precisión de mi criterio, que no siempre y fatalmente el apoderamiento de un bien cuando ha mediado un contrato de transporte, constituya irremediablemente el delito de abuso de confianza. No. Puede suceder, como se ve con frecuencia, que el dueño de la mercancía entregue ésta al transportador, dentro de contenedores o con especiales medidas de seguridad, y si el sujeto agente, violenta dichas cajas, rompe las seguridades colocadas en defensa de los bienes y se apodera de ellas, estaría incurso en un delito de hurto y no en un simple abuso de confianza.

Pero en el caso concreto que aquí se analiza, y que es objeto de mi disentimiento, considero que el tipo penal que ha sido objeto de quebranto, es el de *abuso de confianza* y no el de hurto agravado por la confianza como lo entendió la mayoría de la Sala, en decisión que no comparto pero que merece todo mi respeto.

Fecha: *Ut supra.*

Jorge Carreño Luengas, Magistrado Sala de Casación Penal.

NULIDAD / DEBIDO PROCESO / SANA CRITICA / TESTIMONIO / INDICIO

La no verificación de citas y diligencias propuestas por el sindicado para comprobar sus aseveraciones puede generar nulidad por violación del debido proceso y desconocimiento del derecho a la defensa, en la medida en que ellas sean relevantes a sus intereses, es decir, que apunten a hechos fundamentales que tengan que ver con la tipicidad, imputabilidad o culpabilidad o con circunstancias modificadoras o aminorantes de esta última. / El nivel de credibilidad asignado por el juez a la prueba testimonial o indiciaria, siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, jamás puede ser objeto en casación como error de hecho porque dicha evaluación escapa a las hipótesis generadoras de dicho yerro probatorio: Como son la omisión, suposición o desfiguración inexcusable de la prueba o del hecho por ella revelado. De allí que este medio extraordinario de impugnación no pueda convertirse en una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad dada a determinadas pruebas sujetas a la libre valoración del juzgador y cuya crítica se basa en la subjetividad del demandante.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 28, marzo 16 de 1994.

Vistos:

Agotado el trámite de rigor, decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Benedicto Ardila Ariza* y su defensor, contra la sentencia del 14 de septiembre de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó con algunas reformas, la dictada por el Juzgado Cincuenta y Siete Penal del Circuito de esta ciudad, condenándolo a diez años de prisión,

a las sanciones accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios causados, como autor responsable del delito de homicidio.

Hechos:

De ellos dijo el *ad quem:*

"La madrugada del 25 de diciembre de 1990, en una vivienda de la carrera 88A con calle 56 sur de esta ciudad, se realizaba una fiesta con ocasión de la navidad. Hacia las dos de la mañana, salieron de allí Henry Herrera Moreno y Germán Vargas Gómez, e instantes después tuvo el primero un enfrentamiento con uno de los vecinos, Carlos Víctor Ardila, en donde intervinieron familiares de este último y, producidos varios disparos, quedó gravemente herido Herrera, quien llevado a un hospital cercano falleció antes de que se le pudiera prestar atención médica".

Actuación procesal:

Iniciada investigación por el Juzgado 95 de Instrucción Criminal Permanente de esta ciudad capital, se recibió declaración bajo juramento a Gladys Ravelo Yomayusa, compañera del occiso, quien manifestó que al amanecer del 25 de diciembre de 1990 se retiró de la fiesta en compañía de su hermana Nubia con el objeto de ir a acostar a su pequeña hija percatándose que Henry, su marido, al pasar por frente a la casa de Carlos Ardila fue agredido por éste a punta pies. De inmediato salió Benedicto Ardila Ariza (hijo de Carlos) disparando en cuatro oportunidades contra Henry en momentos en que huía para luego entregar el arma a su hermano Carlos Víctor a tiempo que le decía: "...camine que parece que lo maté" desapareciendo del lugar de los hechos.

Meses después fue allanada la vivienda ocupada por el inculpado produciéndose su captura y al ser revisada la habitación se encontró un revólver calibre 38 largo, sin marca, distinguido con el número 52555 y una pistola V. Bernardelli calibre 7.65, dos proveedores y 86 cartuchos para la misma, arma amparada con salvoconducto a nombre de Benedicto Ardila Ariza.

Oído éste en indagatoria expresó que a eso de la media noche del 24 de diciembre llegó a casa de sus padres en el barrio Class de esta ciudad, acostándose de inmediato por encontrarse cansado y horas después escuchó que eran lanzadas piedra contra la vivienda sintiendo ruidos de personas dentro de la misma, razón por la que disparó al aire la pistola de su propiedad con el objeto de ahuyentar a los intrusos, sin que nada extraño hubiera advertido hasta el día siguiente

que se levantó para dirigirse a su casa de Bosa y luego a la población de Yacopí (Cundinamarca) con destino a una finca de su padre.

Recepcionados otros testimonios y practicadas varias diligencias se clausuró el ciclo investigativo procediéndose por el Juzgado de Instrucción Criminal a calificar el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra de Benedicto Ardila Ariza por el delito de homicidio simple descrito en el artículo 323 del Código Penal (auto del 23 de septiembre de 1991); pronunciamiento recurrido en reposición y apelación subsidiaria por la defensa. Negada la reposición y concedida la apelación, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá le impartió confirmación mediante la suya del 10 de diciembre del citado año (fls. 154 y ss. del cuaderno principal y 11 y ss. del cuaderno del Tribunal Superior).

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado 57 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, puso fin a la actuación condenando en primera instancia al acusado Benedicto Ardila Ariza a la pena principal de 126 meses de prisión, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por su defensor y confirmado por el Tribunal Superior con algunas modificaciones, mediante el que es objeto del recurso de casación, ordenando compulsar copias de lo pertinente a fin de que se investigara la tenencia del revólver calibre 38 largo.

La demanda de casación:

Bajo el ámbito de las causales tercera y primera de casación se formularon, en su orden, los siguientes cargos a la sentencia impugnada, los que la Sala se permite escudriñar y resumir del extenso y confuso libelo, así:

Primer cargo: Nulidad por violación de las formas propias del juicio y consecuente desconocimiento del derecho a la defensa del procesado consistente en la anfibológica motivación de los cargos contenidos en la resolución acusatoria y reproducidos en los fallos de primera y segunda instancia.

Afirma el demandante que en la formulación de los cargos a su asistido se incurrió en el vicio de la "indeterminación" de aspectos tan importantes como los que tienen que ver con el tipo objetivo y subjetivo del hecho punible (dolo, culpa o preterintención); sobre la forma de intervención (autoría o participación); indeterminación de los delitos conexos; imputación de cargos con violación del principio de no contradicción y la omisión de errores relativos a la individualización del autor o partícipe.

Aludiendo a la indeterminación del elemento subjetivo del dolo expresa que no se analizaron por los juzgadores de instancia los ele-

mentos integradores de dicho concepto (volitivo o intelectivo) sino que para consumar el atropello de condenar a un inocente se acudió al testimonio sospechoso y deleznable de Gladys Ravelo Yomayusa, prueba insular dentro del proceso.

Agrega que la sentencia apeló al terreno de "las meras sospechas ...hablando gaseosamente y en forma contradictoria de la conducta *dolosa* de mi poderdante...por el solo hecho de haber disparado al *aire*...para dispersar una *gazapera*, de pleno respaldo procesal...".

Y afirma que "sólo se le enrostra a mi cliente la existencia del disparo por la *espalda*...cuando nadie lo señala como directo responsable de tal atentado...*anfibológicamente* se le dice al cautivo que disparando por la espalda debe responder por el homicidio...mientras se clarifica la autoría de tal disparo...".

Refiriéndose a la motivación anfibológica por lo que llama indeterminación en la participación del sindicado en el delito da a entender que la imputación formulada en contra suya por el homicidio en Henry Herrera Moreno se basa en la mentirosa acusación de Gladys Ravelo Yomayusa, tenida por el Tribunal Superior como soporte de la sentencia recurrida pese a no encontrarse desvirtuada la presunción de inocencia que lo ampara.

Pide casar la sentencia acusada y ordenar la libertad provisional del procesado luego de argumentar que "deliberadamente se le quiso encauzar al detenido el sendero de la defensa: Ni siquiera habían (sic) pruebas en el sentido de que mi cliente hubiera accionado la pistola Bernardelli contra el occiso...y gratuitamente se le dijo que había actuado intencionalmente con dolo de propósito: No existe (sic) las pruebas sobre el nexo o relación de causalidad entre las balas encontradas en el cuerpo de la víctima y las balas que se incrustan en dicha pistola: *Jamás* se comprobó que dicha pistola con salvoconducto hubiera sido accionada contra el occiso: No obstante lo anterior se le dice al cautivo en forma injusta o injuriosa que en forma intencional o dolosa le disparó al occiso".

Segundo cargo: Nulidad del juicio por violación del derecho a la defensa del procesado por no haberse verificado las citas hechas por éste durante su indagatoria y por imputación de cargos con desconocimiento del principio de no contradicción.

Respecto a lo primero aduce que si se examina con detenimiento la indagatoria vertida por Benedicto Ardila Ariza se advertirá que fue atropellado en sus derechos porque no tuvieron comprobación circunstancias de fácil verificación como el número de disparos hechos, por él, la confrontación técnica del proyectil encontrado al cadáver con la pistola decomisada al procesado para establecer si había sido disparado con dicha arma; la posición que ocupaban atacado y atacante la noche de autos; aspectos estos que a su juicio tenían marcada relie-

vancia para la defensa enfatizando que dada la trayectoria de la bala en el cuerpo de la víctima su patrocinado no pudo disparar en esa dirección porque simplemente no fue el autor de los disparos que segaron la vida de Herrera Moreno.

En cuanto a lo segundo, afirma una vez más que en el pliego de cargos ni en la sentencia se hizo alusión a la falta de prueba del nexo causal entre el arma decomisada en poder del sindicado y las balas asesinas, omitiéndose el envío de la pistola marca Bernardelli a Medicina Legal para constatar si el disparo letal se produjo con dicha arma privándose al cautivo de una oportunidad adicional para demostrar su inocencia.

Solicita casar la sentencia a partir del auto de cierre de la investigación y decretar la libertad provisional del recurrente.

Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323 y 36 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 21 de la misma codificación, proveniente de errores manifiestos en la apreciación de la prueba testimonial, indiciaria y de confesión obrante en autos, por falso juicio de identidad y existencia.

Arguye el censor que el error ostensible endilgado al Tribunal Superior en "la contemplación objetiva de la prueba", "se deriva de haberle dado a varios medios probatorios (indicios, testimonios y confesión) un alcance que no tienen (falsos juicios de identidad) y al haber dejado de apreciar varias pruebas distintas de las anteriores (testimonios). Si hubieran sido apreciadas en su verdadero sentido y alcance las declaraciones de Gladys y Nubia Revelo Yumayusa (sic) y la de Germán Vargas sin acomodarlas... el fallo hubiera sido distinto o diferente".

El testimonio rendido por Gladys Revelo fue distorsionado o tergiversado en su alcance al hacerlo producir efectos que no se derivan de su contexto puesto que el Tribunal consideró que ésta declaración apuntaba a demostrar la autoría o responsabilidad del sindicado pese a que la deponente trata de involucrar a otro hermano de Benedicto y en la diligencia de inspección judicial con escenificación de los hechos cambió de versión para hacer ver que había presenciado el episodio trágico.

Repite una vez más que no está probado el nexo causal entre las balas de la pistola decomisada con las que produjeron la muerte del occiso y agrega que tampoco está comprobada la presencia de Gladys en el lugar de los hechos pues su hermana Nubia escuchó los disparos cuando se encontraba en el interior de su casa y Germán Vargas, acompañante de la víctima, no dio cuenta de la presencia de Gladys en dicho lugar, como tampoco del procesado Ardila Ariza por lo que los testimonios de Nubia y Germán también fueron tergiversados o distorsionados.

Refiriéndose a este último deponente expresa: "*Jamás* ubicó a mi cliente —pistola en mano— disparándole al occiso: Era el *único* testigo que podía hacerlo...y sin embargo nunca lo hizo".

Explica que la versión del procesado Ardila Ariza fue igualmente tergiversada en la sentencia porque se lo dedujo culpabilidad en el hecho a título de dolo no obstante que aseveró haber disparado al aire y no contra el occiso al paso que el testigo Germán Vargas lo "excluye del lugar o sitio de la tragedia".

Luego expresa:

"Y como quiera que el honorable Tribunal no valoró expresamente este medio probatorio como confesión (arts. 296 y ss. del C. P. P.) sino que tomó la *indagatoria* como un medio *independiente* de prueba, el error de hecho por falso juicio de identidad, es de recibo".

Finalmente pone de presente la distorsión o tergiversación de que fueron objeto hechos indiciarios deducidos por el sentenciador para incriminar al procesado como los de mentira y mala justificación de su conducta concluyendo que "se apeló al fácil expediente de las presuntas contradicciones entre la versión penal de mi cliente y la de su padre, hermano y el maestro que había laborado durante el día al servicio de tal familia: Para incriminar al detenido...se pondera el hecho de que hubiera emprendido viaje hacia Yacopí, la tierra de su padre: Para incriminar a mi cliente se deconocen las deponencias de Germán Vargas, testigo de excepción, Carlos Ardila, Víctor Ardila, Gloria Aura María Peñuela, Rubén Darío Botero y Merardo Angel Roa: Para distorsionar su injurada...se olvida que la famosa pistola ...no está incriminada por ninguno de los declarantes y Medicina Legal no pudo establecer la existencia de una posible incriminación".

Consecuente con esa manera de pensar solicita la infirmación del fallo recurrido y la libertad incondicional del acusado.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de examinar en forma global los cargos formulados a la sentencia se opone a su prosperidad por las incoherencias y falta de precisión y claridad de que adolece el escrito impugnatorio en el enunciado y fundamentación de los reproches elevados.

Refiriéndose a las nulidades por violación del debido proceso y el derecho a la defensa aduce el censor "no es objetivo ni establece en forma determinante la existencia de una irregularidad sustancial; es genérico en sus argumentos no llegando a concretar el ataque. Señala que se violó el debido proceso porque se motivó anfibológicamente, se violó el principio de no contradicción y se presen-

taron errores relativos a la individualización del actor o partícipe. No llega a demostrar en forma precisa en qué consistió el error de la sentencia y cómo se violó el debido proceso, desarrollando los argumentos o errores señalados. No presenta una secuencia lógica para llegar a comprender todo el ataque planteado sino que por el contrario ataca las pruebas valoradas por el sentenciador tratando de desvirtuarlas mediante la presentación de su propio análisis proponiendo tal valoración contra la del fallador, pero olvidando la técnica exigida en casación que requiere claridad y precisión en los argumentos de impugnación de la sentencia, ya que el recurrente ofrece un salpicón de planteamientos inconexos entre sí".

Agrega que muchos de los razonamientos expuestos no pasan de ser disquisiciones abstractas "formuladas como interrogantes del por qué no se actuó de otra manera" sin que se ofrezca un solo argumento que desarrolle de modo continuo y nítido el ataque "sino muchos entremezclados, lo que impide realmente dar una respuesta satisfactoria a la impugnación en casación".

Se queja de la imprecisión del actor y la confusión en el ordenamiento de sus ideas, la multiplicidad de apreciaciones inconexas lo que impide conocer el alcance de la impugnación.

En cuanto al cargo por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas afirma que todo se reduce a un enfrentamiento respecto a la fuerza probatoria reconocida a determinados medios de persuasión pretendiendo el casacionista "que se les dé un nuevo valor de convicción desde su personal criterio, y en beneficio de su defendido, lo cual ha considerado como distorsión y omisión de pruebas por parte del Tribunal" lo que constituye error evidente.

Consideraciones de la Corte:

Una visión de conjunto de los cargos formulados a la sentencia en el marco de las causales tercera y primera de casación pone en evidencia las protuberantes fallas de que adolecen en su planteamiento y fundamentación, como acertadamente las describe la Procuraduría Delegada, al punto que, por la incoherencia e imprecisión de sus argumentaciones resulta tarea harto difícil desentrañar el pensamiento del censor y conocer, con la precisión y claridad requeridas, el alcance mismo de la censura.

En efecto, el cargo de nulidad por desconocimiento del debido proceso y consecuente violación del derecho a la defensa del procesado lo hace consistir en lo que llama motivación anfibológica del pliego de cargos por "indeterminación" de los elementos estructurales del hecho punible (toda la teoría del delito, como opina la Procuraduría Delegada) limitándose simplemente a criticar la configuración del dolo en el comportamiento de Benedicto Ardila Ariza porque el

funcionario calificador no ahudió a los aspectos subjetivos integradores de dicho concepto (volitivos e intelectivos) descuidando los demás enunciados; es decir, que el reproche se quedó en el terreno de las meras expectativas.

La Corte ha entendido que una de las mayores deficiencias que puede ostentar el llamamiento a juicio del procesado "radica en la inapropiada formulación de cargos porque no se concretan debidamente o porque se presentan en forma ambigua o contradictoria de modo que no exista certidumbre sobre la acusación, con lo que se impide o dificulta en grado sumo la defensa del enjuiciado, a más de que la sentencia carece de un presupuesto básico, ya que ella debe dictarse en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder (Hoy resolución de acusación)". Sentencia del 28 de marzo de 1985.

La resolución de acusación proferida en el presente caso, no adolece del grave vicio de la indefinición o de la ambigüedad en la formulación de los cargos al procesado que le hayan imposibilitado la defensa toda vez que se ajusta a las exigencias formales y de su contenido fluye, con absoluta nitidez, la formulación del cargo a Benedicto Ardila Ariza como único autor de la muerte de Henry Herrera Moreno a título de dolo, esto es, con el conocimiento y voluntad de infringir la ley.

La defensa no puede llamarse a engaño ni sentirse confundida o perpleja porque la claridad y precisión de los términos con que aparece redactada la acusación rechaza tales suposiciones.

Por eso le está vedado al impugnador especular mediante razonamientos ajenos a la realidad procesal respecto a una supuesta vaguedad, imprecisión o incertidumbre en el contexto del pliego de cargos.

No prospera la tacha.

La no verificación de citas y diligencias propuestas por el sindicado para comprobar sus aseveraciones puede generar nulidad por violación del debido proceso y desconocimiento del derecho a la defensa, en la medida que ellas sean relevantes a sus intereses, es decir, que apunten a hechos fundamentales que tengan que ver con la tipicidad, imputabilidad o culpabilidad o con circunstancias modificadoras o aminorantes de esta última, como ha dicho la Corte en doctrina recordada por el propio impugnador; situación que no se da en el caso *sub judice*, pues la comprobación del número de disparos hechos por Benedicto; la posición que ocupaba en relación con la víctima; la forma en que se encontraba vestido la noche de autos; y otros detalles más notados de menos por el recurrente, carecen en absoluto de connotación probatoria ante la prueba directa y circunstancial que señaló en forma inequívoca a Benedicto Ardila, como la persona que disparó sobre Herrera ocasionándole la muerte, elementos de juicio que anali-

zados con especial cuidado por el juzgador prestaron mérito no sólo para formular el pliego de cargos, sino además para proferir sentencia de condena tanto en primera como en segunda instancia.

Sobraba entonces, la verificación de dichas circunstancias, como lo entendieron los juzgadores de instancia y la defensa representada por el recurrente en casación, que no se interesó por reclamar su comprobación posiblemente por su intrascendencia o porque gran parte de ellas fueron constadas durante la diligencia de inspección judicial con escenificación de los hechos investigados.

El impugnador se ha mostrado reiterativo en afirmar la falta de nexo o relación de causalidad entre el proyectil causante de la muerte y el arma con que pudo ser disparado, quejándose que no fue enviada a Medicina Legal la pistola incautada en poder de su representado para las confrontaciones técnicas de rigor; pero a más de lo dicho, olvida la imposibilidad física de realizar un cotejo de tal naturaleza por la falta del mencionado proyectil toda vez que conforme a la descripción de su trayectoria en el cuerpo de la víctima se sabe que éste penetró por la región escapular izquierda paravertebral y salió por el tercio inferior del esternocleidomastoideo izquierdo (fl. 69 del expediente original), sin que fuera recuperado para efectos de la investigación.

No prospera el cargo de nulidad.

Ahora bien, en lo que respecta al tercer cargo formulado a la sentencia por error de hecho manifiesto originado en la distorsión o tergiversación de la prueba testimonial e indiciaria obrante en autos, caben las siguientes observaciones para desestimarlo:

Casi todo el ataque se centra en un arduo cuestionamiento del testimonio rendido por Gladys Bavelo Yumayusa, compañera del interfecto, por haber señalado en forma directa a Benedicto Ardila Ariza como el autor del delito, imputación que sostuvo a lo largo del proceso la que a juicio del censor resulta altamente sospechosa y deleznable pero que en opinión del Tribunal Superior es veraz y creíble por aparecer corroborada por otros hechos indiciarios obrantes en autos.

El nivel de credibilidad asignado por el juez a la prueba testimonial o indiciaria, siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, jamás puede ser objetado en casación como error de hecho porque dicha evaluación escapa a las hipótesis generadoras de dicho yerro probatorio: Como son la omisión, suposición o desfiguración inexcusable de la prueba o del hecho por ella revelado.

De ahí que este medio extraordinario de impugnación no pueda convertirse, como lo pretende el impugnador, en una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad

dada a determinadas pruebas sujetas a la libre valoración del juzgador y cuya crítica se basa en la subjetividad del demandante.

El falso juicio de identidad por distorsión de la prueba se presenta cuando ésta es tergiversada o falseada en su real contenido o sentido con el propósito de arribar a situaciones contrarias a la realidad procesal; eventualidad totalmente desavenida al caso que ocupa la atención de la Corte, en el que las manifestaciones incriminatorias de la testigo Gladys Ravelo no fueron deformadas o mutiladas para comprometer injustamente al acusado, sino confrontadas con las demás pruebas del proceso y valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica para llegar a conclusiones lógicas y razonables sobre la certeza del hecho punible y la responsabilidad del procesado, amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad.

La simple disparidad de criterios entre juzgador y recurrente sobre el mérito probatorio no puede generar esta clase de error.

El demandante no concretó o precisó de qué manera pudo haber sido falseada la declaración de Gladys Ravelo o los graves indicios deducidos en contra de Benedicto Ardila Ariza como su presencia en el lugar de los hechos, la huida injustificada del mismo, la tenencia de arma de fuego, la mentira y mala justificación de su conducta, entre otros, limitándose a repetir que la verdad de lo acontecido radica en las explicaciones del sindicado las que equivocamente califica de confesión pese a que se marginó de toda participación en los hechos materia de investigación.

La sentencia impugnada abunda en consideraciones relacionadas con el análisis y evaluación de los testimonios vertidos por la mencionada deponente, por su hermana Nubia, el declarante Germán Vargas, el dicho de Carlos Ardila (padre del procesado) y de otras personas, para inferir de tales probanzas la comprobación de graves y coherentes indicios de culpabilidad en contra de Ardila Ariza; situación fáctica que se pretende desconocer con el fácil argumento de confrontar la opinión personal del recurrente con la del fallador, pretendiendo desacertadamente, que la Corte elija cuál de los dos criterios valorativos debe prevalecer; posición inadmisible en sede de casación y que lleva a la desestimación de la censura.

Decisión:

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Benedicto Ardila Ariza, 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.

CASACION DISCRECIONAL.

Cuando la impugnación extraordinaria se concreta por vía excepcional para el "desarrollo de la jurisprudencia", la discrecionalidad de la Corte para aceptarla no se extiende a situaciones comunes, repetitivas o meramente contingentes, sino a la necesidad del desarrollo doctrinario, con miras a la unificación de la jurisprudencia nacional (art. 219 ibídem), pues así expresamente lo señala el precepto. Como obligada consecuencia, no bastará entonces, con que el impugnante haya interpuesto en tiempo el recurso, tampoco con el señalamiento que haga del evento a que se acoge, pero ni siquiera con la genérica advertencia de que a su juicio se requiere retomar un tema en búsqueda de precisión o ampliación de los criterios, sino que el esfuerzo ha de adentrarse a señalar ante todo los aspectos erráticos, oscuros o carentes de un debido desarrollo, cuando no las consecuencias de agravio o de injusticia que una interpretación primera haya podido suscitar, todo lo cual implica la necesidad de indicar con toda claridad y precisión en que consiste el pronunciamiento o las variaciones a las cuales se aspira.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 029.

Vistos:

Decide la Sala sobre la solicitud del defensor de *José Fernando Cubides Gómez*, quien con fundamento en las previsiones del inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal propone el recurso extraordinario de casación, impugnando la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que confirmó en su integridad la de condena emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad por un delito contra el sufragio.

Antecedentes:

En el debate electoral del 8 de marzo de 1992, en el barrio Alto Caribe de Manizales, fueron sorprendidos Beatriz Marín de Giraldo y Wilmar Agudelo Marín portando cédulas ajenas que les había entregado el doctor José Fernando Cubides Gómez para que sufragaran suplantando a los titulares de dichos documentos; acción que culminó la primera de los mencionados y se frustró para el segundo por la intervención de las autoridades.

Adelantaron la investigación el Juzgado Primero de Instrucción Criminal y luego la Fiscalía Especializada con sede en Manizales, correspondiendo a esta última calificar su mérito mediante resolución de acusación del 6 de abril de 1993, que apelada ante el Tribunal quedó en firme por falta de sustentación.

Del juzgamiento se ocupó el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, culminando su actuación con sentencia del 8 de octubre de 1993 condenatoria para José Fernando Cubides Gómez a dieciséis meses de prisión como responsable de un concurso de delitos de voto fraudulento, para Beatriz Marín de Giraldo a doce meses de prisión y para Wilmar Agudelo Marín a seis meses de la misma pena y por el mismo delito en grado de tentativa. A cada uno de los acusados se le impuso la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal, y a Cubides Gómez se le negó la ejecución condicional de la pena privativa de la libertad.

Inconforme el defensor de José Fernando Cubides con la anterior decisión la apeló ante el Tribunal Superior de Manizales, pero como en esa Corporación se ratificara la condena, invocando la opción prevista en la parte final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, interpuso en oportunidad el recurso extraordinario de casación.

La impugnación extraordinaria:

Con apoyo en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, inciso 3º, la defensa impetra que de manera excepcional le sea concedido el recurso extraordinario, pues en su sentir el pronunciamiento de la Corte es necesario para el desarrollo de la jurisprudencia y especialmente para proteger los derechos fundamentales del enjuiciado, desconocidos por el Tribunal.

1. En el acápite que el recurrente dedica a la condena de Cubides Gómez como determinador del hecho punible realizado por la Marín Obando, hace un recuento de las pruebas y de su valoración para objetar que en su sentir no generaban certeza sobre la vinculación del procesado con la conducta de la acusada, así que el juzgador utilizó fue aquellas que lo relacionaban con Wilmar Agudelo para deducirle

la condición de determinador en los dos hechos, incurriendo en vulneración manifiesta de derechos fundamentales de presunción de inocencia y debido proceso que en esta sede ameritan protección. Dice además guardar que la Corte no se ha pronunciado sobre el tema de la determinación desde el año de 1985, considerando indispensable un "detenido análisis" de ese instituto para la unificación de la jurisprudencia.

2. En un segundo aparte del escrito refiere a la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, mostrando sus discrepancias con las consideraciones que tuvo el Tribunal sobre la personalidad y los antecedentes que justifican la necesidad del tratamiento penitenciario, aceptando que su defendido sí registra una condena por lesiones personales, pero que sin haber allegado copias de la respectiva sentencia, los juzgadores no podían increparle la ineficacia de la sanción impuesta porque desconocían las circunstancias y los fundamentos de esa decisión. Además, el precepto presupone una pluralidad de sentencias condenatorias ejecutoriadas, sin que pueda entenderse que basta una sola para hablar de "antecedentes", como lo hizo el *ad quem*.

Asegura que incurre el Tribunal en la vulneración del derecho fundamental a la libertad, con desconocimiento tanto de la jurisprudencia de la Corte sobre el "arduo problema de la personalidad", como del imperativo mandato del artículo 334-5 del Código de Procedimiento Penal que exige investigar "las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado", presupuesto imprescindible para saber si un procesado requiere tratamiento penitenciario, afirmando para terminar que el *ad quem* se basó en la situación profesional y de oficio del acusado para darle al caso una especial connotación de gravedad por la doble condición de abogado y empleado de la Gobernación de Caldas que, según se dice, lo comprometían a dar ejemplo de respeto por la normatividad vigente, pero que nada tiene que ver con los requisitos del artículo 68 del Código Penal para conceder o negar el subrogado.

Desde ese punto de vista y proclamando el derecho a la libertad, para que continúe el avance jurisprudencial iniciado con la decisión del 24 de abril de 1992 (ponencia del magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez) sobre el tema de la personalidad, la solicitud concluye en que procede la casación excepcional.

Consideraciones de la Sala:

La sentencia del 15 de diciembre de 1993 del Tribunal Superior de Manizales no era susceptible del recurso extraordinario de casación dentro del marco normativo del artículo 218 —primer inciso— del Código de Procedimiento Penal (modificado por el 35 de la Ley 81 de 1993), pues el máximo de la pena establecido para el delito de voto

fraudulento apenas alcanzaba a los cuatro años de prisión (art. 252 del Código Penal).

Por este motivo y por la invocación expresa del impugnante corresponde analizar la viabilidad del recurso extraordinario como medio excepcional, según motivos bajo los cuales se autoriza por el inciso final del mencionado artículo 218, y las razones que en el caso concreto expresa la defensa.

Recurriendo el impugnante a las dos razones dentro de las cuales se torna pertinente el recurso extraordinario como excepcional, comienza por advertir que la doctrina de la Corte no se ocupa desde hace más de ocho años del tema de la "determinación" como forma de participación criminal, complementando al final que también encuentra conveniente se prosiga en el desarrollo de la jurisprudencia sobre la "personalidad" del procesado y con miras al otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

Cuando la impugnación extraordinaria se concreta por vía excepcional para el "desarrollo de la jurisprudencia", la discrecionalidad de la Corte para aceptarla no se extiende a situaciones comunes, repetitivas o meramente contingentes, sino a la necesidad del desarrollo doctrinario, con miras a la unificación de la jurisprudencia nacional (art. 219 *ibidem*), pues así expresamente lo señala el precepto. Como obligada consecuencia, no bastará entonces, con que el impugnante haya interpuesto en tiempo el recurso, tampoco con el señalamiento que haga del evento al que se acoge, pero ni siquiera con la genérica advertencia de que a su juicio se requiere retomar un tema en búsqueda de precisión o ampliación de los criterios, sino que el esfuerzo ha de adentrarse a señalar ante todo los aspectos errátiles, oscuros o carentes de un debido desarrollo, cuando no las consecuencias de agravio o de injusticia que una interpretación primera haya podido suscitar, todo lo cual implica la necesidad de indicar con toda claridad y precisión en qué consiste el pronunciamiento o las variaciones a las cuales se aspira.

Muy lejos de cumplir con esta carga, el recurrente se limita en el caso debatido a indicar que el Tribunal pudo errar en su estimación de las situaciones de hecho que juzgaba o de las pruebas, porque al deducir la responsabilidad del doctor Cubides como determinador de la señora Beatriz Marín tuvo en cuenta las pruebas que le vinculaban con la actividad de Wilmar Agudelo, controversia probatoria que por ningún aspecto justifica una reconsideración del tema del autor determinador, que, por otro aspecto, desacierta el reclamante al pretender que la Sala no analiza desde 1985, cuando le hubiese bastado una simple revisión de los pronunciamientos mes a mes, para corroborar su frecuente manejo doctrinario.

Otro tanto sucede cuando el recurrente pide que se retome el estudio de la personalidad del procesado, sin indicar en modo alguno

ni la posible deficiencia de los también copiosos pronunciamientos precedentes, ni mucho menos los alcances u orientación que para ahora se pretenden. La crítica en este aspecto se restringe a reclamar porque se tuvo en cuenta como ilustrativo de la conducta anterior del procesado un admitido fallo de condena por lesiones personales, como a la vez su profesión y el destacado oficio que por la fecha de los hechos detentaba, pero de nuevo la argumentación se orienta a rebatir con otras las razones de los falladores, en una equivocada distorsión del recurso extraordinario, que ni de lejos asemeja la ley con una revisión de instancia.

Finalmente y al sostenerse que la casación excepcional vería camino por violación de los derechos fundamentales del penado José Fernando Cubides a la presunción de inocencia, el debido proceso y la libertad, la defensa argumenta con exclusividad que el quebranto se dio porque el *ad quem* interpretó erradamente unas pruebas que a su juicio debían conducir a fines diferentes, pero así la invocación primera carece por completo de explicación y desarrollo justificativo como vía de la impugnación excepcional, pues deja el censor a la Corte sin saber cuál fue la transgresión o arbitrariedad cometida y cómo o por qué a su juicio con ella se vulneraron las garantías sustanciales, pues sin siquiera desconocer la presencia de los medios incriminatorios contra su representado, apenas sí regresa a la ya reprochada confusión del recurso extraordinario con el debate amplio pero superado e irrepetible de la instancia.

Desacreditada de este modo la necesidad del desarrollo jurisprudencial, o en su defecto la transgresión de los derechos fundamentales del acusado, ningún motivo anima a la aceptación del recurso extraordinario excepcionalmente interpuesto.

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

Resuelve:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso excepcional de casación interpuesto por el defensor del procesado José Fernando Cubides Gómez, en contra de la sentencia de condena que le aflige por el delito de voto fraudulento.

En firme como queda por consecuencia el fallo recurrido, devuélvase el expediente 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.

EXTORSION / COLISION DE COMPETENCIA

La situación normativa cambió radicalmente a la expedición de la Ley 81 de 1993, por cuanto ella expresamente derogó todas las disposiciones que le fueran 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" (art. 63). / Frente a la disposición comentada y al hecho de que la ley no hizo excepción alguna relacionada con las actuaciones procesales suscitadas por hechos cometidos antes o después de entrar en vigencia, es evidente que en su aplicación sigue los principios generales de la aplicación de la ley penal en el tiempo, esto es, que rige inmediatamente hacia el futuro para todos los asuntos, por tratarse de normas que señalan competencia. De ello se desprende que hoy en día la única norma aplicable en materia de competencia, en cuanto al delito de extorsión, es la prevista en la Ley 81 de 1993. / En la determinación de la cuantía que sirve de fundamento para determinar la competencia se debe tener en cuenta otra de las disposiciones de la Ley 81 de 1993, que viene del Decreto 2700 de 1991 y que aun cuando está incluida en la preceptiva que alude a la competencia de los jueces penales municipales, evidentemente no es de restrictiva aplicación en los asuntos de los cuales estos funcionarios conocen. Se trata del segundo inciso del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 11 de la Ley 81 de 1993.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 29.

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre un Juzgado

Regional de Medellín y el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, a propósito del proceso que por el delito de extorsión se adelanta contra *Normando Ariosto Aguirre Trejos*.

Antecedentes:

El 23 de febrero de 1993, la Fiscalía Regional de Medellín profirió resolución de acusación contra Normando Ariosto Aguirre Trejos, por la presunta comisión del delito de extorsión, en modalidad de tentativa, contemplado en el artículo 7º del Decreto 2790 de 1990, convertido en legislación permanente por Decreto extraordinario 2266 de 1991, por los hechos que describió en los siguientes términos:

"Desde el 10 de junio de 1992, el señor José Julián Arias Jaramillo empezó a recibir llamadas telefónicas, mediante las cuales se le exigía la suma de diez millones de pesos bajo la amenaza de que 'si no daba la plata lo mataban'.

"Ante esta situación, el día 15 de junio del mismo año, el extorsionado resolvió acudir a las instalaciones del UNASE con sede en la ciudad de Pereira, buscando protección de las autoridades.

"
.....

"Iniciado el operativo, se fijó lugar, fecha y hora para efectos de 'entregarse' el dinero exigido, y fue así que, la noche del 17 de ese mismo mes y año, flagrantemente fue capturada aquella persona que en últimas resultó ser Normando Ariosto Aguirre Trejos".

En firme el auto calificatorio, se remitió el expediente al reparto de los Juzgados Regionales de Conocimiento de Medellín, uno de los cuales ordenó la apertura del proceso a pruebas; despacho que posteriormente, en pronunciamiento del 16 de noviembre de 1993, a propósito de la expedición y vigencia de la Ley 81 de ese año, y habida cuenta de que dicha legislación modificó la competencia del delito de extorsión, fijando la cuantía en 150 salarios mínimos legales mensuales, decidió enviar la actuación a los Juzgados Penales del Circuito de Medellín; sin embargo la oficina judicial sorteada, tomando en cuenta la jurisdicción territorial remitió el expediente a sus homólogos de Pereira.

Finalmente, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira le provocó colisión negativa de competencia al Juez Regional de Medellín, que en su opinión es quien debe asumir la competencia, por cuanto la legislación especial (Decretos 2790 de 1990; 99 de 1991 y 1678 de 1991, convertidos en leyes permanentes en Decreto 2271 de 1991), atribuyó a los jueces regionales el conocimiento de los procesos por el delito

de extorsión en todas sus modalidades "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". Agrega que en este caso la exigencia ascendió a diez millones de pesos, por lo que no le cabe duda respecto a su conclusión.

De otra parte, manifestó que no encontraba razón para que el juez regional invocara la Ley 81 de 1993, porque ésta es modificatoria del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1990) y el artículo 100 del Decreto 2790 de 1990 dispone la remisión al estatuto procesal en aquellas materias no reguladas por un decreto permanente y de índole especial, lo que significa que el artículo 9º del Código Procesal Penal, que es el modificado por la citada Ley 81, no es aplicable.

Como sustento de su criterio, cita la providencia que profirió la Sala de Casación Penal de la Corte el 22 de septiembre de 1992.

A su turno, el Juzgado Regional de Medellín aceptó trabar el conflicto de competencia, y para negarse también él a asumirla se fundamentó en el hecho de que, conforme lo establece la Ley 153 de 1887, las normas que fijan jurisdicción y competencia son de aplicación inmediata y de obligatorio cumplimiento. Así mismo adujo que cuando el legislador, en el artículo 71 del Decreto 2700 de 1990 delimitó la competencia de los jueces regionales, en el delito de extorsión y conexos, por razón de la cuantía, cuando ésta fuera o excediera de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales, es de entender que esa disposición entraría a regir inmediatamente, porque no tendría sentido establecerla si no iba a tener aplicación.

Finalmente, el colisionado expresa que el legislador insiste en que los jueces regionales deben conocer de los delitos de extorsión cuya cuantía supere los ciento cincuenta salarios mínimos, y para no dejar resquicio de duda, al regular la vigencia de la Ley 81, en su artículo 63, derogó las disposiciones adoptadas como legislación permanente.

La Sala considera:

El conflicto que ha de resolver la Sala se origina en la discusión sobre la vigencia del artículo 9º de la Ley 81 de 1993, que dispuso:

> "*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".

El Juez Penal del Circuito de Pereira considera que hoy en día se mantiene vigente la legislación especial que había sido creada para la extinguida jurisdicción de orden público y que actualmente está a cargo de los jueces regionales y el Tribunal Nacional, precisamente por ese carácter específico que consagró el Decreto 2790 de 1990 y las disposiciones posteriores que ingresaron a la normatividad nacional.

Efectivamente, la especialidad en cuanto a competencia y procedimiento imponía un criterio de prevalencia de las normas que regulaban el funcionamiento de los Juzgados Regionales y el Tribunal Nacional, por la época en que concurrieron diversas disposiciones del legislador sobre la misma materia; y así lo definió la Sala en forma mayoritaria.

No obstante, la situación normativa cambió radicalmente a la expedición de la Ley 81 de 1993, por cuanto ella expresamente derogó todas las disposiciones que le fueran 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" (art. 63).

Frente a la disposición comentada y al hecho de que la ley no hizo excepción alguna relacionada con las actuaciones procesales suscitadas por hechos cometidos antes o después de entrar en vigencia, es evidente que en su aplicación sigue los principios generales de aplicación de la ley en el tiempo, esto es, que rige inmediatamente hacia el futuro para todos los asuntos, por tratarse de normas que señalan competencia. De ello se desprende que hoy en día la única norma aplicable en materia de competencia, en cuanto al delito de extorsión, es la prevista en la Ley 81 de 1993.

En el sentido expuesto, ya la Sala ha resuelto colisiones de competencia que se han suscitado con base en las mismas discrepancias conceptuales; ellas son, por ejemplo, las decisiones aprobadas el 24 de enero y el 28 de febrero del año en curso, de las cuales fueron ponentes, en su orden, los magistrados Dídimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez.

Ahora bien, en la determinación de la cuantía que sirve de fundamento para determinar la competencia se debe tener en cuenta otra de las disposiciones de la Ley 81 de 1993, que viene del Decreto 2700 de 1991 y que aun cuando está incluida en la preceptiva que alude a la competencia de los jueces penales municipales, evidentemente no

es de restrictiva aplicación en los asuntos de los cuales estos funcionarios conocen. Se trata del segundo inciso del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 11 de la Ley 81 de 1993), que 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".

La forma en que se redactó este aparte normativo es ambiguo pues ella da a pensar que una vez señalada la cuantía del hecho punible, no es posible volver a modificar la competencia. Ello, sin embargo, carece de toda lógica, porque, mal podría el legislador establecer una prohibición o una limitación para que él mismo, posteriormente, tomara determinaciones distintas y cambiara las competencias conforme lo aconsejen las necesidades sociales y la política criminal. Evidentemente, se ha de entender que lo que se fija definitivamente no es la competencia sino la cuantía del delito por el cual se procede, pues, se reitera, es absurdo que se legisle en una materia en el sentido de prohibir que se pueda legislar a ese mismo respecto.

De esta manera, en el asunto puesto a consideración de la Sala, los hechos ocurrieron a mediados de 1992, cuando el salario mínimo legal mensual vigente, según el Decreto 2867 de 1991, era de sesenta y cinco mil ciento noventa pesos ($ 65.190.00); suma que multiplicada por el factor de competencia, que es de ciento cincuenta (150), da un total de nueve millones setecientos setenta y ocho mil quinientos pesos ($ 9.778.500.00).

En estas condiciones y como quiera que los jueces regionales deben conocer de los delitos de extorsión cuya cuantía sea o exceda de diez millones de pesos y en este asunto esa fue la suma exigida, se asignará al Juez Regional de Medellín la competencia para conocer de este proceso.

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

Resuelve:

ASIGNAR al Juzgado Regional de Medellín trabado en este conflicto, la competencia para conocer de este proceso.

COMUNICAR al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira la determinación remitiéndole copia de este pronunciamiento.

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

INDICIO / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

"La construcción del indicio no es simple sino compleja: Parte primero del hecho indicador (que se revela a través de una prueba, y si este 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 de intensidad, con el hecho indicado o que se busca establecer por este camino indirecto. Si el juzgador se equivocó o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal al definir qué es el indicio, es claro que falla en el juicio de identidad o de adecuación, que repítese, conforma un error de hecho...".

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 31.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 8 de octubre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a *Roger Ernesto Parra Bueno* a 20 meses de prisión por el delito de estafa en concurso homogéneo.

Antecedentes:

1. La situación que se derivó de este proceso la aborda así el Tribunal en la sentencia impugnada:

> "...Debe precisarse, entonces, que Muñecos Skippy Ltda. y Toys and Hobbies Ltda. desde tiempo atrás mantenían relaciones comerciales con la compañía Francol (léase Majorcol, aclara la Sala), representada por Roger Parra Bueno. Francol (Majorcol) le vendía a Skippy carros a escala y de fabricación francesa, pero debido a los incumplimientos de

la última, se suspendieron los pedidos, hasta que en fecha 16 de junio de 1986, se presentó nuevamente Parra y ofreció a la compañía la representación y distribución de Majorette argumentando que era una distribución exclusiva para Colombia. Skippy el 21 de julio acepta el ofrecimiento y establece condiciones para la distribución y pago de mercancías, el que sería de 60 días para ventas normales, a partir de la entrega física de la mercancía, 90 días si se trata de ventas de temporada. Roger Parra solicita toda la documentación, la que le fue remitida en agosto 20 de 1986.

"Sin embargo, ocurre que Parra informa que la mercancía se encontraba pignorada en almacenes de depósito a favor del Banco Colpatria y Financiera Colpatria, pero que no existía ningún problema, siempre que se endosara la factura cambiaria correspondiente a la compra a favor de esas entidades, en consecuencia se procede así: Majorcol elabora una factura cambiaria de compra-venta por valor de la mercancía a Skippy y Toys and Hobbies, quien la firmaba al igual que una carta de aceptación de endoso a la entidad financiera y liberaba la mercancía (que se encontraba pignorada); posteriormente la entregaba, en lo que se llamó reunión de entrega. El pago de las facturas se realizó en forma directa por parte de Skippy a la entidad financiera, mas la mercancía no fue entregada a la empresa...Se solicitó por intermedio de Parra, una refinanciación o prórroga, lo que era materialmente imposible, *la única fórmula*, aceptada por las partes era *refacturar*, y descontarla en otra entidad bancaria, para así obtener el dinero y cancelar a Factoring y Colpatria.

"Se refacturaron las facturas: La 0040 descontada a Colpatria y la 0041 cancelada directamente por Skippy al Banco Colpatria.

"De las facturas 0040 y 0041, se detectó, mercancías doblemente facturadas, y que se amparaban, en las facturas 0030, 0031, 0032 y 0034, igual se anota que dichas facturas fueron canceladas directamente por Skippy así: ...La 0031 y la 0032, se solicitó la no consignación, porque él (Parra), arreglaría con la financiera y les cancelaría la obligación, confiaron en la buena fe del precitado, y en que pagaría directamente a la entidad financiera, pero no fue así, ya que el 2 de octubre fueron citados en virtud de un proceso ejecutivo por las cuantías de las facturas 0031 y 0032 y de contera sus cuentas embargadas. Sin embargo, el 4 de marzo el encartado dirige una carta al presidente de Colpatria en donde reconoce la deuda y solicita refinanciación a través de un pagaré, desvirtuando la doble facturación, razón por la cual no pudo entregarla al comprador. Mas como quiera que nada arregla-

ba Parra en relación con la deuda, Colpatria continuó sus acciones legales en contra de Skippy.

"……

"Se desprende de la investigación, que las facturas 0030 y 0033 serían refinanciadas, o refacturadas, con las facturas 0040 y 0041, facturas que fueron canceladas al procesado, pero él, Parra, no las canceló las 0031 y 0032, sino que tomó para sí los dineros, incluso desde el momento en que cobró, las facturas 0040 y 0041, valor de estas últimas que cubrió la sociedad perjudicada, mas no las apropiadas por Parra y por lo que soportan un juicio ejecutivo.

"Al no cancelar el señor Roger Parra Bueno el importe representado en las facturas 0031 y 0032 incurrió en el delito de estafa, pues bien es sabido que con la refacturación se recogieron estas facturas en las números 0040 y 0041, las que como se ha dicho por parte de la denunciante y el gerente general de Muñecos Skippy Ltda. estas últimas fueron cubiertas por ellos ante las entidades bancarias correspondientes, deduciéndose que la refacturación fue el medio engañoso, el artificio para inducir en error al ofendido y mediante esta acción obtener el provecho ilícito. Recuérdese que Parra convenció a Peter Friedrich Wenk que él cancelaría directamente el valor de tales facturas a las financieras y para darle mayor credibilidad ofreció girar los cheques con los que respaldaría su compromiso, títulos que a la postre le solicitó en últimas a Peter no hacer efectivos, hasta cuando fueron sorprendidos por el proceso ejecutivo causado por las facturas no canceladas, porque Roger Parra se había apropiado ilícitamente del dinero. Aunque Parra ha negado rotundamente la doble facturación aduciendo que los cheques fueron extendidos únicamente para garantizar la entrega de las mercancías representadas en las facturas, no puede perderse de vista que inicialmente aceptó la conciliación, reconociendo al señor apoderado de la parte civil un millón de pesos" (fls. 58 y ss.-4).

2. El 19 de abril de 1988, Doisy del Rocío Moreno formuló la denuncia respectiva en nombre de las dos referidas sociedades. El Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá abrió investigación (fl. 70-1), practicó varias pruebas, entre ellas la indagatoria del procesado (fls. 93, 166, 221, 257-1), quien arguyó que se acostumbraba a elaborar facturas sin que la mercancía fuera realmente entregada, que las mencionadas sociedades atravesaban una situación de iliquidez y que la doble facturación se hizo de acuerdo con las sociedades.

El perito concluyó que la cuantía de lo apropiado era de $ 18.799.662.00 (fls. 306 y ss.).

3. El Juzgado 16 en mención cerró investigación, calificándola el 6 de junio de 1990 (fls. 354 y ss.-2), con resolución acusatoria por los delitos de falsedad y estafa, oportunidad que aprovechó para proferir medida de aseguramiento contra dicho ciudadano.

El Juzgado 31 Penal del Circuito practicó otras pruebas, realizó la audiencia pública (fls. 66 y ss.-2) y dictó sentencia el 24 de julio de 1992 (fls. 125 y ss.-3), en virtud de la cual condenó al acusado a la pena principal de 26 meses de prisión y dos mil pesos de multa, al declararlo responsable de los delitos de "estafa y falsedad en documento privado en concurso homogéneo y heterogénco". Lo absolvió "por los cargos que se le formularon en este proceso, en razón del delito de estafa (factura 058) y falsedad por ocultación de documentos —libros de contabilidad—". También decidió, en este fallo, compulsar "las copias pertinentes para la investigación de la posible incursión en el delito de falsedad en las facturas números 059 y 065". Por último, condenó al procesado al pago, en concreto, de los perjuicios que causó con su ilícita conducta y le otorgó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el defensor del procesado y por la apoderada de la parte civil (esta última en cuanto a los perjuicios), el Tribunal, por medio de sentencia del 8 de octubre de 1992 (fls. 55 y ss.-4), previa la revocación de la expedición de copias dispuesta por el *a quo*, absolvió por los delitos de falsedad y estafa respecto de las facturas 0065, 0058 y 0059. "En relación con la doble facturación —dijo la Corporación—, no constituye a criterio del Tribunal, delito de falsedad como se dijo en la resolución de acusación. No se puede perder de vista que ella se produjo por un acuerdo de voluntades entre el procesado y el representante de las empresas afectadas". En este sentido, pues, revocó las condenas provenientes del Juzgado.

Unicamente, estimó el Tribunal, se produjo el delito de estafa con los hechos derivados de las facturas 031 y 032. "En definitiva —dijo—, la condena procederá, tal como se ha venido exponiendo, únicamente por el delito de estafa en concurso de hechos punibles, en relación con las facturas 0031 y 032" (fl. 68-4), razón por la cual tasó en 20 meses la pena privativa de la libertad. En lo demás, confirmó el fallo apelado.

Contra ese fallo de segundo grado se interpuso, por parte del defensor del acusado, el recurso extraordinario que ahora procede la Corte a resolver.

La demanda:

Cargo primero:

Lo hace por la causal de nulidad, pues considera que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, "consistente en violación a las formas propias del juicio y, por esta vía, violación al derecho de defensa, en razón de la motivación anfibológica del cargo de estafa respecto del cual se profirió sentencia condenatoria".

En su intento por demostrar el cargo, agrega que "la resolución de acusación, en el caso que se estudia, se profirió por los delitos de falsedad documental y estafa, en concurso de hechos punibles, *sin que se especificara si se trata de un concurso heterogéneo* (como parece ser) *u homogéneo* (varios delitos de estafa y varios delitos de falsedad). Esta simple imprecisión carecería de importancia si fuera posible individualizar cada uno de los cargos, de manera que tanto el juzgador como la defensa tuvieran certeza sobre el objeto de la acusación" (fls. 85 y 86, cuaderno del Tribunal).

Después cita el actor varias sentencias de esta Sala relativas a la precisión y claridad que debe tener la acusación, y concreta así, su reparo:

> "No se discute si es jurídicamente viable escindir en dos hechos punibles lo que el fallador de primera instancia consideró un delito único. Lo que se destaca es la confusión generada a partir del calificatorio, por su evidente ambigüedad e imprecisión. En verdad, de haber sido formulada la resolución de acusación con la precisión y claridad que impone la legislación procesal, no habría existido confusión alguna respecto de la individualización de los hechos punibles respecto de los cuales habría de pronunciarse sentencia.
>
> "Pero la ambigüedad evidente del calificatorio dio lugar a que en juicio (sic), los funcionarios que conocieron del proceso plantearan tres hipótesis distintas sobre la acusación por el delito de estafa: a) El representante del Ministerio Público en primera instancia entendió que se trataba de un delito único; b) El fallador de primera instancia interpretó que cada transacción (al margen del número de facturas que involucrara) aparejaba una acusación por estafa; y, c) Finalmente el Tribunal asumió que el calificatorio se profirió por un concurso homogéneo de estafas, en el que a cada factura corresponde un cargo" (fl. 89-4).

Insiste en que existe anfibología en esos cargos y anota: "Baste destacar que hasta el fallo de segunda instancia, *en ningún momento procesal llegó a plantearse que a cada factura correspondiera un cargo por estafa*. Ni ello puede inferirse de la resolución de acusación. De

allí que ni siquiera la parte civil, ni el representante del Ministerio Público, aludieran a tal hipótesis, como tampoco llegó a insinuarla siquiera la sentencia de segunda instancia. Por su parte, *la defensa nunca se ocupó de desvirtuar tal supuesto* en el entendido de que nunca ha sido propuesto. Es más, como se advirtió desde la audiencia pública, la mínima claridad del calificatorio llevó a la defensa a plantear sus argumentos de fondo (en subsidio de la nulidad destacada desde entonces) a manera estrictamente hipotética" (fl. 90-4, subrayado del original).

Pide entonces que se case el fallo y se decrete la respectiva nulidad.

Cargo segundo:

De manera subsidiaria, el actor presenta un segundo cargo, "con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por incurrir el fallo impugnado en violación indirecta de la ley sustancial, derivada de manifiestos errores de hecho (falsos juicios de identidad) y de derecho (falsos juicios de convicción), en la apreciación de varios medios probatorios (arts. 264, 266, 274, 282, 294, 300, 301, 308). Como consecuencia de dichos errores se aplicaron indebidamente las siguientes normas: Artículos 23, 26, 27, 41, 42, 46, 52, 68, 103, 356 y 371 del Código Penal, 247 del C. de P. P.; y se dejaron de aplicar los artículos 2º y 21 del Código Penal y 445 del C. de P. P." (fl. 91-4).

—Afirma que se distorsionó y tergiversó el sentido de las facturas 040 y 041, "pues estos documentos hacen fe de la venta y remisión *real de mercancía* y no de una refacturación" (fl. 93-4, subrayas del texto).

Precisa luego el censor:

> "Del tenor de las citadas facturas únicamente se desprende que el 13 de febrero de 1987 Muñecos Skippy y Toys and Hobbies, efectuaron un pedido de mercancía *debidamente acompañado por la correspondiente remisión*. Por lo tanto, del expreso contenido de dichas facturas no puede colegirse que las facturas 031 y 032 fueron refacturadas en las 040 y 041.
>
> "La versión de la refacturación se conoce, no por los documentos sino por las declaraciones de Deisy del Rocío Moreno, Peter Wenk y Roger Parra, presentándose una notoria diferencia entre el relato de los dos primeros y del procesado. En efecto, mientras aquellos afirman que las facturas 030 a 033 fueron integralmente refacturadas en las numeradas 040 y 041, Parra ha sostenido, aún antes de iniciarse la investigación, que las facturas 031 y 032 no fueron refacturadas y que la confusión se presentó por la no liberación de la mercancía por parte de la entidad financiera" (fl. 93).

Insiste, pues, en que se le debe creer al procesado.

—Tergiversó y distorsionó el tenor de la carta de folios 53, porque a contrario de lo que dice el Tribunal, en ese escrito el procesado no afirma, ni tampoco reconoce la deuda ante la financiera Colpatria. "Claramente se indica —dice— que se trata de una obligación a cargo de Toys and Hobbies y Muñecos Skippy; y lo que se plantea no es el reconocimiento de una deuda sino una fórmula de solución a la situación creada por la no liberación de la mercancía, y lo que se suponía erradamente, resultaba de allí: La falta de entrega de la mercancía a los compradores. Si la mercancía no había sido entregada, obviamente no correspondía cancelarla a los compradores; pero como se establecerá adelante, la mercancía sí fue entregada y, por lo tanto, la obligación recaía realmente en las empresas de Peter Wenk" (fl. 95-4). Y agrega el casacionista: El real alcance del documento que se analiza no puede ser otro que el que se desprende de su tenor literal. Allí se evidencia la confusión originada en la transacción que involucró las facturas 031 y 032 y la convicción existente en Majorcol (no realmente por parte de Parra) respecto a la no entrega de la mercancía respectiva, debido a la falta de liberación por parte de la financiera. Se aprecia igualmente, que dicha versión no surgió a propósito del proceso penal, por cuanto la carta que se estudia está fechada el 4 de marzo de 1988 y la denuncia sólo vino a ser presentada el 18 de abril del mismo año. Lo que sí es cierto en la apreciación del Tribunal respecto a este documento, es que desvirtúa la refacturación de las facturas 031 y 032" (fl. 95-4).

—El fallador tergiversó los siguientes "hechos indicadores":

a) Las transacciones previas a las que involucró las facturas 031 y 032, en momento alguno fueron un medio para engañar, como sí lo admitió el Tribunal. Tampoco engañó al presentarse como "comerciante solvente" (fl. 96-4);

b) "Interpretó falsamente (falso juicio de convicción) un tercer hecho indicador" (fl. cit.), consistente en sostener que "la refacturación fue el medio engañoso y mediante esa acción obtener provecho ilícito".

Hace en seguida unas reflexiones generales acerca del indicio como prueba y expone como "contraindicios del primer hecho indicador", los siguientes:

"Los tratos comerciales previos" que con antelación al año de 1986 sostuvieron el procesado y Peter Wenk, "los cuales se suspendieron por incumplimiento" de este último.

"Claramente se comprueba —agrega el actor— que desde varios años atrás antes de ocurrir el incidente de las facturas 031 y 032, Peter Wenk conocía a Roger Parra y había desarrollado con él transacciones comerciales: no necesitaba Parra, por lo tanto, infundir inmerecida

confianza, por cuanto era ampliamente conocido por Peter Wenk. Y sería absurdo sostener que las supuestas maniobras engañosas se iniciaron en el año de 1982 para consumar un delito de estafa en una cuantía insignificante (respecto al volumen de transacciones de las empresas representadas por Roger Parra) en el año de 1986, pues tal aserto es opuesto a toda lógica y a las reglas de la experiencia" (fl. 100).

Un segundo contraindicio lo deduce el recurrente del error que se cometió en la factura 029, "que fue anulada por no haberse podido hacer efectiva integralmente la entrega de la mercancía", aunque "por error de Majorcol una parte de la mercancía incluida en esta factura sí fue entregada, generándose un detrimento en sus intereses al anularse indebidamente la factura".

Con este hecho, concluye el libelista, queda sin base "el indicio del artificio referido: No es cierto que todas las transacciones anteriores a la de las facturas 030 a 033 se desarrollaran con absoluta normalidad y que tal 'aparente' normalidad fuera creada por Roger Parra para infundir confianza en sus futuras víctimas. Todo lo contrario, el error en la factura 029 demuestra que desde el comienzo de las operaciones se presentaron mutuas equivocaciones e imprecisiones que se iban solucionando en cuanto eran detectadas y corroboradas. Se demuestra, así mismo, que Roger Parra no creó la falsa apariencia de estar adelantando la más perfecta de las transacciones comerciales, sino que actuó desprevenidamente, como en el curso normal de cualquier negociación" (fl. 102).

El último contraindicio, el tercero, que expone el casacionista, consiste en que "después de realizarse la transacción relacionada con las facturas 031 y 032, Muñecos Skippy y Toys and Hobbies efectuaron otros pedidos, algunos de los cuales fueron entregados sin problema alguno, mientras respecto a otros también se presentaron ligeros inconvenientes", todo lo cual demuestra que las relaciones comerciales entre Muñecos Skippy, Toys and Hobbies y Majorcol, se caracterizaban por "el desorden y descontrol de una y otra parte".

Respecto del "segundo hecho indicador tergiversado y distorsionado" por el Tribunal, dice el actor que "lo primero que debe destacarse es que Roger Parra Bueno no se presentó a Muñecos Skippy y Toys and Hobbies en condición de persona natural sino como representante de Francol y Majorcol (ver documentos que reposan a fls. 73 a 77), sociedades cuya solidez no fue puesta en duda ni objeto de investigación (sic). Luego existe una manifiesta distorsión de la realidad procesal y sobre ella se construyó un indicio de artificios o engaños" (fl. 103).

En relación con el tercer hecho indicador, "la refacturación de las facturas 0031 y 0032 en las 040 y 041", que el fallo impugnado incluye como "un medio engañoso", expresa el recurrente:

> "El hecho indicador se da por demostrado a través de los testimonios de Peter Wenk y Deisy del Rocio Moreno. Sin embargo, no sometió el juzgador a crítica alguna las pruebas en las que se apoya el hecho indicador; de haberlo hecho, habría concluido que en manera alguna está realmente demostrado que la refacturación incluyera las facturas 031 y 032".

Más adelante precisa:

> "Mal podía el *ad quem* tomar el testimonio de Deisy del Rocío Moreno como prueba de un hecho indicador que no conoció por percepción directa (art. 294 del C. de P. P.), circunstancia que se demuestra por su propia declaración, por el certificado referido y por la indagatoria del procesado. En consecuencia, incurre el fallador en ostensible error derecho (sic) al construir un indicio tomando como base un hecho no debidamente demostrado (art. 302 del C. de P. P.)" (fl. 106).

Similar crítica hace al testimonio de Peter Wenk, acotando que no era dable tomar el mismo "como prueba de refacturación" (fl. 106-4).

Manifiesta que el sentenciador interpretó erradamente esos testimonios, porque no valoró unos hechos indicadores que corren en el proceso en sentido contrario (móvil de la facturación y el motivo de no pago de unos cheques). Luego los analiza desde su personalísima óptica y hace emanar de ellos conclusiones opuestas a las del fallo.

Después de examinar en forma general los elementos del delito de estafa, insiste en que no existe en el proceso prueba de la "refacturación", critica el peritaje contable y afirma que los cheques emitidos por el procesado no fueron "para el pago de las facturas en cuestión sino como garantía de la entrega de la mercancía" (fl. 123-4).

Cargo tercero:

También alegado subsidiariamente, lo hace consistir en errores de hecho, que, dice, demuestran que no hubo culpabilidad en el comportamiento del acusado, "pues, a más de no existir medio de convicción alguno del cual pueda inferirse el dolo, dejaron de apreciarse pruebas que demuestran la ausencia de culpabilidad".

Expresa que la constancia de folio 259-1, fue tergiversada, ya que ella no da cuenta de que el procesado haya reconocido su responsabilidad en los hechos, "sino que en ella se plasma la intención de terminar, por mutuo acuerdo, un proceso civil y un proceso penal" (fl. 128-4), señalando que ahí se encuentra la razón por la cual el procesado entregó un millón de pesos al apoderado de las empresas en referencia.

Anota que también se tergiversó el escrito que obra a folio 53-1, que es una carta escrita por el procesado y en la cual, según el Tribunal, éste "reconoce la deuda y solicita refinanciación a través de un pagaré", ya que en ese documento "no se reconoce obligación de ninguna especie a cargo de Majorcol o Roger Parra, sino que se pide solucionar un malentendido y financiar una deuda a cargo de Muñecos Skippy y Toys and Hobbies" (fl. 129-4).

En relación con la prueba indiciaria estima que fueron tergiversados y distorsionados algunos hechos indicadores, como el de que el procesado se hubiera hecho a la confianza de sus compradores, les hubiera conseguido la refinanciación de las facturas y hubiera cumplido debidamente con los primeros negocios, presentándose "como un comerciante solvente que goza de buena reputación comercial".

Considera además que se "omitió valorar" una serie de indicios: "El pago de dos de los cuatro cheques", "la uniformidad de la versión desde un comienzo", "los mutuos errores contables", "la reconocida buena fe comercial de Roger Parra", y "las transacciones posteriores" (fl. 130).

De todo lo anterior concluye el libelista "que la prueba no valorada en la sentencia no permite sostener el fallo de condena", razón por la cual pide a la Corte que de no invalidarse el proceso (solicitud principal), "se case el fallo impugnado y profiera en su lugar sentencia absolutoria" (fl. 139).

Alegato de la parte civil:

El apoderado de la parte civil dice en su alegato apreciatorio que las pretensiones de la demanda anterior, no deben prosperar.

—Al primer cargo señala que siempre la defensa ha tenido conocimiento claro y preciso de los cargos formulados al procesado respecto de los hechos que originaron la emisión de las facturas 031 y 032, y agrega que la resolución de acusación relaciona las pruebas que concretan esos cargos. Finalmente, se refiere a la grabación de las conversaciones entre el procesado y los empresarios, conversación en la cual el primero se disculpa por el proceso ejecutivo adelantado con base en las dos mencionadas facturas.

—Al segundo reproche puntualiza el apoderado de la parte civil que no hubo tergiversación alguna en relación con las facturas 040 y 041, y alude a las declaraciones de cargo criticadas por el casacionista. Dice luego (fl. 146-4): "Es loable y admirable que el defensor crea en su defendido. Pero si la mercancía no fue liberada, por qué Parra le ofrece a la financiera Colpatria pagarla y refinanciarla con un nuevo pagaré? Y, por qué Parra aporta un documento en el que se compromete a terminar el proceso ejecutivo, que germinó en esas factu

ras? (sic). Como se observa, la prueba y el análisis que de la misma hizo el *ad quem*, continúan incólumes".

Dice que aunque el documento dirigido al presidente de Colpatria, ciertamente no fue firmado por el procesado, "cabe decir que éste nunca lo negó, nunca lo infirmó y jamás puso en duda su contenido. A contrario, fue este el instrumento idóneo de que se valió Parra para mantener en error a Peter Wenk, haciéndole creer que ya había solucionado el problema de las facturas" (fls. 146 *infra* y 147-4).

En cuanto a los "contraindicios", expresa:

—No consta en el proceso que haya habido negociaciones previas entre el procesado y las empresas citadas: "Eso es lo que afirma Roger Parra, pero una versión totalmente opuesta viene Deisy Moreno. Entonces, lo que 'consta procesalmente', son dos versiones opuestas y excluyentes" (fl. 147).

—"Conviene aclarar – dice el alegante— que al esgrimir el demandante la buena conducta de Parra en relación con los episodios que rodearon a la factura 029, no está refutando sino ratificando el razonamiento del sentenciador" (fl. 148-4).

—Sobre la alegada buena conducta anterior del acusado en las negociaciones precedentes, dice: "Pero esta afirmación tampoco es cierta, pues el proceso arroja la conclusión opuesta. En efecto, con posterioridad a las facturas 031 y 032, se presentaron negociaciones correspondientes a las facturas 058, 059 y 065, por una suma superior a los trece millones, que también fueron impugnadas" (fl. 148-4).

Respecto del "tercer hecho indicador", señala que el proceso es "profuso y demostrativo" en cuanto al inequívoco conocimiento que la denunciante Deisy Moreno tuvo sobre la negociación objeto del fallo, razón por la cual su testimonio debe acogerse.

Se refiere luego a las declaraciones de la nombrada denunciante y de Peter Wenk, y precisa: "Al cancelar Muñecos Skippy las facturas 040 y 041, pagó la totalidad de la mercancía recibida, quedando las facturas 031 y 032 a cargo de Roger Parra, pues no correspondían a mercancía sino a refacturación. Refacturación en la cual Parra sí recibió la totalidad de los dineros" (fl. 151-4).

En relación con el tercer cargo y respecto del documento "de arreglo" visible a folio 259-1, anota: "Discrepo sí, del aserto según el cual ese documento no traduce una tácita aceptación de responsabilidad por parte de Roger Parra, como lo visualizaron los falladores. Por qué si no, trunca (sic) sobre el ejecutivo de las facturas 030 y 031, ofreciendo terminarlo por su cuenta? Y, por qué sobre el proceso penal que trata de esas mismas facturas?" (fl. 151-4).

Dice que el millón de pesos que el acusado dio a los empresarios mencionados era "un adelanto a la suma ya acordada" y agrega: "Y si las facturas 030 y 031 apenas superan los tres millones de pesos, por qué además de pagarlas en el proceso ejecutivo, se aviene a pagar otro tanto en perjuicios, de no ser que se considere responsable?" (fl. 152-4).

Manifiesta, por último, que el demandante en casación se centra en rebatir los cargos por los cuales fue condenado Roger Parra Bueno, lo que significa que conoce y entiende muy bien esos cargos, no existiendo entonces la nulidad por anfibología propuesta en el primer reproche. Finaliza así, su alegato: "Como colofón puede afirmarse que los cargos que motivaron la censura, se agazapan en citas descontextualizadas, amañadas, inexactas e incorrectas, por cuya razón deben negarse, como debe negarse la casación de la sentencia de segunda instancia, que es mi respetuosa petición" (fl. 154-4).

Concepto de la Delegada y consideraciones de la Sala:

Primer cargo: Nulidad.

1. Dice el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que si bien en la resolución acusatoria no se dice expresamente si se trata de "concurso homogéneo" de estafas, o de un solo delito, ello no comporta irregularidad sustancial de ninguna clase, menos la que lleve a la ambigüedad de la acusación, "como para que se diga que al procesado y a su defensor se les dificultó tomar entendimiento exacto de los cargos por los cuales aquél debía responder en juicio" (fl. 20, cuaderno de la Corte).

Luego apunta la Delegada: "Importa destacar también, que del contexto se extrae ineludible que la conducta delictiva imputada a Parra Bueno, involucraba para el citado únicamente la doble facturación que se surtió en las facturas 030, 031, 032 y 033 en las 040 y 041, pues respecto a la número 065 'al parecer —consideró el Tribunal— fue extendida para recoger' las números 058 y 059, el cargo, a juicio del instructor, debió serlo por falsedad en documento privado como en efecto lo fue" (fl. 21).

"Ahora —anota la Delegada—, la atenta lectura del expediente revela la activa intervención de Parra Bueno tanto en la investigación como en el juicio; notándose sin dubitación alguna que desde el inicio hasta el final tuvo conocimiento acerca de las incidencias trabadas con ocasión de las negociaciones que involucraron las facturas 031 y 032".

Indica la Delegada que varias veces amplió la indagatoria el procesado, y que en una de esas ampliaciones dijo "que es completamente

falso la manifestación de la señorita Moreno cuando ella dice que el suscrito manifestó asumir el pago de las facturas 031 y 032 —fl. 258—" (fl. 23); ejercicio de defensa éste que se acrecentó durante el juicio, como se puede ver en la audiencia pública, en la cual "incluso recién iniciada esa audiencia, llegó a alertar que estaba en capacidades de 'demostrar factura por factura' su ajenidad en el 'montaje' armado por las empresas de Peter Wenk, empresa que por lo general —sostuvo— era quienes cumplían con sus obligaciones comerciales, como fue el caso de las facturas 031 y 032 que estaban 'a cargo de Muñecos Skippy y Toys and Hobbies porque la misma -la mercancía— había sido recibida a pesar de que la financiera no la había liberado' —fls. 68 y 82, cuaderno número 2—" (fl. 23).

Finalmente dice la Delegada:

> "Ahora es evidente que si sobre las mencionadas facturas los logros no fueron positivos a las aspiraciones de la defensa, descártase que el resultado haya sido producto del desconocimiento cierto de lo que la realidad procesal demostraba; la refacturación que a *motu proprio* de ellas hizo el acusado en las números 040 y 041, apropiándose indebidamente del dinero y provocando que la financiera Colpatria iniciara un juicio ejecutivo contra las empresas de Peter Wenk. Verdad esta que estuvo en capacidad de distinguir y controvertir el señor defensor en sus alegatos de audiencia pública y en extenso escrito agregado a la misma, donde fácil se observa que ninguna extrañeza tenía acerca de las negociaciones y existencia, y por supuesto, inconformidad de los denunciantes específicamente con las facturas 031 y 032" (fl. 24).

En consecuencia, la Delegada es del sentir que este cargo no prospera.

2. A lo que acaba de expresar la Delegada, y que la Sala comparte, cabe anotar brevemente:

Luego de resumir la prueba obrante en el proceso, se lee en la parte considerativa de la resolución acusatoria (fl. 361-1): "La denunciante, basa su queja en el hecho de que el sindicado Parra Bueno, abusando de la buena fe comercial de los directivos de las empresas para las cuales ella trabaja, facturó doblemente algunas facturas de mercancías, con lo cual obtuvo un doble descuento ante las entidades Banco Colpatria y Financiera Colpatria, en beneficio propio, además, ... y mediante la utilización de un probable montaje, obtuvo un descuento de las entidades financieras cercano a los diez millones de pesos, engañando de paso a las entidades ante las cuales se efectuó la operación".

Luego en esa providencia acusatoria se analizan uno por uno los elementos tipificantes del delito de estafa, haciendo el acomodo co-

rrespondiente a este caso concreto: "La actitud de Parra Bueno al cancelar las facturas que ya habían sido descontadas de las firmas de Peter Wenk, lejos de exculparlo, pone en evidencia la aceptación de su responsabilidad de manera tácita, por los perjuicios de todo orden que le han sido ocasionados a las firmas Toys and Hobbies y Muñecos Skippy Ltda., ya que como consta en autos, hasta la presente fecha no han sido levantados los gravámenes impuestos por la jurisdicción civil, como consecuencia de las acciones ejecutivas que le fueron iniciadas por la financiera Colpatria, tendientes a obtener el pago de los dineros, que por la actitud dolosa del sindicado aparecían a cargo de las firmas antes señaladas, dineros de los cuales se benefició abusivamente el implicado Parra Bueno" (fl. 363-1).

"Así las cosas —concluyó la resolución de acusación—, estando demostrada la tipicidad del hecho denunciado con los testimonios de Miguel Samir, Kihuan Montaño, Peter Friedrich Wenk y Hernán Suárez Ramírez, que corroboran en todo la denuncia y posteriores ampliaciones de Deisy Moreno, tipicidad demostrada igualmente con el dictamen pericial, a la par que existen indicios graves..." (fl. 365-1).

Desde el comienzo de la investigación se habían precisado y aclarado los mencionados cargos que recogió la resolución acusatoria. En momento alguno, pues, puede pretender el casacionista que se le acepte que respecto a una parte de los hechos (el referente a las facturas 031 y 032) haya habido dificultad en defenderse por la pretensa anfibología o confusión de los reproches. Por el contrario, en la extensa audiencia pública se elaboró una defensa concreta respecto de los cargos de estafa referidos.

Cuando el defensor del procesado solicitó con iguales argumentos a los que ahora aduce en casación la nulidad de este proceso, el Juzgado 31 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá replicó:

> "...pero la realidad es que, por las mismas circunstancias temporo-modales en que se llevó a cabo la consumación de los reatos, no es posible como lo pretende la defensa, desligar una factura cambiaria de otra, en tratándose de las facturas refacturadas.
>
> "En efecto, las negociaciones que se venían cumpliendo satisfactoriamente hasta la factura 030 a 033, momento fáctico en que las sociedades Toys and Hobbies entran en decadencia económica, ya el encartado empieza a hacer uso del aparataje y como consecuencia de ello la confianza depositada en él por sus víctimas comienza a aprovecharla.
>
> "Luego, como se soposará posteriormente, en tratándose de refacturación no es posible dejar un documento del otro, es decir, las facturas legítimas y las refacturadas, porque en

ese orden de ideas conlleva a las desnaturalización propia del acontecer realmente histórico y debidamente probado" (fls. 165 y 166-3).

Por su parte, sobre el mismo tema de esa nulidad anotó el Tribunal en el fallo que se impugna: "Si bien la resolución de acusación proferida por el Juzgado 16 de Instrucción Criminal no es precisamente un modelo digno de imitación, sí al menos cumple con los requisitos que señalan tanto la normatividad procesal penal vigente al momento del pronunciamiento, así como la jurisprudencia... Se analizó por el juez los elementos tipificadores de la estafa para concluir que se daban en el presente caso y en razón del provecho ilícito que obtuvo el acusado, hechos todos estos que dijo el calificador 'están materializando el concurso delictual de que se habló anteriormente' ...pues entiende la Sala que el decirse que esos hechos materializaban un concurso delictual, ya estaba dejando sentado el juez de instancia que el delito de estafa era reiterado, repetido y que igualmente concursaba con las falsedades" (fls. 57 y 58-4).

Efectivamente, que haya habido equivocación y olvido en cuanto a la clase de concurso en que se estimaban cometidos los punibles, ello en manera alguna entraña la anfibología o imprecisión que propone el casacionista, pues lo sustancial es que se dijo que a través de esas facturas 031 y 032 (y otras más, respecto de lo cual en últimas se absolvió al acusado) el procesado estafó a las referidas empresas.

En suma, la Sala está de acuerdo con las estimaciones que hicieron la Delegada y las instancias, para rechazar la pretendida nulidad, de donde resulta claro que este primer cargo no prospera.

Cargos segundo y tercero: Causal primera.

1. Al respecto empieza diciendo la Procuraduría que estos cargos sobre aspectos probatorios "se desarrollan contrariando abiertamente los postulados jurisprudenciales y doctrinas que desde antiguo han venido gobernando el método de ataque, cuando se pretende la demostración de esta exigente causal de casación".

Así, dice, toda la demanda se reduce a fijar los particulares puntos de vista del casacionista, cuyos esfuerzos se encaminan a "oponer su criterio al adoptado por los jueces de las dos instancias, sin que pudiera de manera alguna demostrar los pretendidos yerros en la interpretación de la prueba que hizo el fallador" (fl. cit.), motivo por el cual la demanda no puede ser examinada de fondo, ya que la Corte no es aquí una tercera instancia.

Pone de presente la Delegada que actualmente no existe tarifa legal para la valoración de las pruebas, aserto que se opone a la demanda, donde a todo su largo y ancho se desarrolla un error de derecho por falso juicio de convicción, acudiendo en particular a la "crítica testimonial" (fl. 26).

"Y para su infortunio —dice la Delegada—, es también el procesado el encargado de desvirtuar sus forzadas apreciaciones en torno al documento obrante a folio 53. En efecto, interrogado en la audiencia pública Parra Bueno acerca de cuál es el origen de las negociaciones que culminaron con el proceso ejecutivo contra las empresas de Peter Wenk, respondió: 'Muñecos Skippy y Toys and Hobbies firmaron las negociaciones 031 y 032 y las mismas fueron descontadas por Majorcol con la financiera Colpatria, sin embargo la financiera Colpatria no procedió a la liberación de dichas mercancías *como se lo hicimos saber en carta que aparece a folio 53*' (fls. 71 y 72 número 2, bastardillas fuera de texto). Sobran explicaciones" (fl. 27).

Recuerda la Delegada que cuando se alega error en la apreciación de los indicios, debe acudirse al error de hecho, y no desplegar un falso juicio de convicción, como hace el casacionista especialmente respecto de algunos testimonios. "Claro resulta entonces —dice—, que la inconformidad no es tanto porque se haya alterado el contenido material de las pruebas tenidas en cuenta como demostración del hecho indicador, que no distingue ni precisa —de entrada se dedica a presentar las consideraciones que sirvieron para dar por demostrada la tipicidad del delito de estafa, combatiéndolas con argumentos que él estima de mayor logicidad—, sino porque omitió el Tribunal valorar ciertas probanzas en la forma y sentido como se sugiere en la demanda, y obviamente con las conclusiones allí expuestas" (fls. 28 y 29).

En torno al ataque por no culpabilidad en el comportamiento endilgado al procesado, dice la Delegada que acontece igual falencia. "En efecto —dice—, las argumentaciones vertidas para resaltar el argüido yerro de apreciación probatoria recaído en los documentos obrantes a folios 53 y 259 del primer cuaderno original, escapan en técnica casacional a la naturaleza y modalidad del error anunciado (de hecho, por falso juicio de identidad), pues antes que individualizarse con toda precisión cuáles son los puntos que del contenido objetivo de esas pruebas supuestamente alteró o tergiversó la sentencia, el libelo da cuenta es de una forma diversa de interpretar el contexto de esos documentos opuesta a la del Tribunal, descalificándola por no corresponder obviamente con aquella" (fl. 30).

En fin, considera que no se ha demostrado ninguna ilogicidad en la manera de valorar las pruebas, "en lo que se quiso dar por demostrado, máxime si se tiene en cuenta la presencia de otro documento donde Parra Bueno aparece solicitando a Financiera Colpatria en forma concreta y con relación exclusiva a las 'facturas 031 y 032... que dichas obligaciones sean convertidas en un nuevo pagaré a nuestro cargo y refinanciamiento'; documento que como bien quedó visto en precedencia terminó siendo aceptado por el mismo procesado en audiencia pública y, por eso, contradichas las esforzadas críticas de su defensor en esta sede" (fls. 31 y 32).

Sugiere entonces la Delegada que no se case el fallo.

2. En efecto, observa la Sala que en cuanto al error de hecho invocado concierne, por parte alguna del libelo acusador se demuestra, pero ni siquiera señala que se haya dejado de apreciar, o se haya supuesto, o se haya desfigurado el sentido objetivo de una prueba que *sirvió efectivamente de fundamento para el fallo impugnado.*

Ahora bien: Respecto del error de derecho también argüido, se constata que el falso juicio de convicción propuesto expresamente por la casacionista, no cabe en sede de casación, como que no existe tarifa legal para la evaluación de las pruebas, quedando reservada ésta a la sana crítica o persuasión lógica. De suerte que para las declaraciones y la prueba documental blandida por el demandante como mal interpretada, habría tenido que invocar un yerro de hecho por rompimiento de la lógica, cosa que estuvo muy distante de hacer.

En definitiva, su extensa demanda de casación no es tal sino un pormenorizado alegato de instancia, en el cual se opone el criterio del censor al del juzgador. Y ya muchas veces ha dicho la Sala que el criterio de este último prevalece sobre aquél, por gozar la sentencia de la doble presunción de legalidad y acierto. De ahí que si el demandante pretende derruir esa presunción, tócale establecer que se incurrió en errores manifiestos, que determinaron la condena, cosa que no cumplió aquí el casacionista.

Por esas concretas razones la Sala no puede entrar a estudiar de fondo una demanda hecha en esas condiciones. En otros términos, no le compete a la Corte realizar una revisión de todo el proceso, pues en ese evento se caería en igual error que el casacionista, como es el de confundir esta sede extraordinaria con una instancia.

En providencia del 5 de septiembre de 1990, que cita la Delegada, dijo esta Corporación: "La construcción del indicio 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 este camino indirecto. Si el juzgador se equivocó o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal al definir qué es el indicio, es claro que falla en el juicio de identidad o de adecuación, que repítese, conforma un error de hecho..." (fls. 27 y 28, cuaderno de la Corte).

No se puede, pues, valorar esa prueba indiciaria como lo hace el censor, de manera del todo libre, desde su mero ángulo procesal, sin cotejarlo con la racionalidad o la lógica.

Resulta entonces obvio que estos segundo y tercer cargos tampoco prosperan y, en consecuencia, 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. CUMPLASE.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION OFICIOSA / NULIDAD / SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Toda situación de mengua o privación de los derechos del individuo decidida por el juez, debe ser motivada y guardar relación con la conducta por la que se le condena. Indiscutible que la sanción así impuesta vulnera la garantía fundamental del debido proceso por desconocimiento del principio de la fundamentación de la pena.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 031.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado *Oscar Aracu*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán proferida el 3 de noviembre de 1992, que por revocación de la de primera instancia, lo condena a la pena principal de dos (2) años y ocho (8) meses de prisión, multa de cinco mil pesos y suspensión en el ejercicio de la actividad de motorista por dos años; y, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la privación de la libertad, suspensión de la patria potestad y prohibición de consumir bebidas alcohólicas por el término de dos años, como autor responsable a título de culpa, de los homicidios de José Quezada y Manuel Ramírez.

Hechos y actuación procesal:

El 28 de mayo de 1990, en horas de la tarde, cuando José Quezada y Manuel Ramírez se encontraban al parecer sentados sobre la tapa de una alcantarilla a la altura del kilómetro 16 de la vía Puerto Tejada-Cali, que habría de llevarlos a aquella población, fueron embestidos por un vehículo, a causa de lo cual sobrevino su inmediato deceso. La localización e identificación del autor del hecho se logró gracias a la colaboración de dos testigos que habiendo visto detenerse el rodante a escasos metros del lugar del atropellamiento y su conductor dedicarse

a enderezar una lata que quedó rozando la llanta izquierda delantera, pretendieron sin éxito lograr que se ocupara del traslado de las víctimas a un centro de asistencia médica, resultando ser el mecánico de profesión, Oscar Aracu, dueño del taller a donde el carro había sido llevado para reparaciones por su propietario.

A la investigación, que inició el Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Puerto Tejada, se vinculó mediante indagatoria al sindicado Aracu y se le comprometió en juicio mediante resolución acusatoria del 11 de marzo de 1991, por homicidio culposo con la agravante 2ª del artículo 330 del C. P., y aunque el proveído fue apelado, el *ad quem* se abstuvo de revisarlo por falta de sustentación del recurso.

Al culminar la etapa de la causa, el entonces Juzgado Segundo Superior de Santander de Quilichao emitió sentencia absolviendo al implicado, pero apelada que fue por la parte civil, el Tribunal Superior del Distrito la revocó, condenándolo entonces a las penas que han quedado registradas al comienzo de esta providencia, siendo su fallo impugnado en casación por la defensa (fls. 1 y ss., 12 y ss., 265-268, 267 y ss., 351 y ss., 387-424, 428 y ss., cuaderno principal 1).

La demanda:

En criterio del señor defensor, expuesto al amparo de la causal 1ª del artículo 220 del C. P. P. la sentencia de segunda instancia se profirió con "falta de apreciación de las pruebas recaudadas", por lo cual existe disonancia entre ella y el concepto de la representante del Ministerio Público que fue acogido por el Juzgado Superior, "restándole credibilidad a las mismas", con lo que afirma, "viola la ley al incurrirse en error de derecho".

Considera que el Tribunal debió acoger el análisis probatorio adelantado por él en la audiencia pública y conferirle credibilidad a las pruebas que respaldaban la indagatoria del procesado y hace consistir el yerro de falta de apreciación de prueba en que la Corporación no apreció, de la declaración de Nelson Henry Gallego Tombe, la parte en que advirtió no haberse dado cuenta propiamente del accidente objeto de la investigación.

Luego se dedica a cuestionar el procedimiento mediante el cual se cumplió el reconocimiento en fila de personas, en que otro testigo, Marco Nereo Sánchez Tobar, señaló al procesado como quien ocasionó el accidente de tránsito, aduciendo que la diligencia de testimonio de Luis Adolfo Muñoz y del mencionado Sánchez Tobar, no se realizó a la hora precisa que estaba fijada y, que el reconocimiento se adelantó con vulneración de toda garantía para el implicado porque éste fue movilizado entre el calabozo de la Policía en donde estaba recluido a raíz

de su traslado de Cali a Puerto Tejada y la cárcel de este municipio por la parte externa, dándose ocasión al testigo de que lo mirase antes del reconocimiento.

Luego, insinuando la insuficiencia de prueba para condenar, recuerda que el mencionado deponente Sánchez Tobar había afirmado en el proceso haber visto al conductor del vehículo el día de los hechos sólo cuando se subió al carro y sin embargo en el reconocimiento lo señaló; y, enfatiza que el vehículo con el que se dice se realizó el atropellamiento de las víctimas fue identificado gracias a los archivos de Tránsito y, que tal vehículo había tenido un accidente con antelación a los hechos del proceso, y además, no hay prueba contundente de que el conductor de ese día hubiera sido el sentenciado. Añade que las declaraciones de los amigos de éste, que respaldan su versión de que el día de los hechos se hallaba en el corregimiento de "Triana" en trabajos comunitarios, debieron ser admitidas como veraces por ser coincidentes.

Como respaldo de su posición dialéctica acude al concepto de la representante del Ministerio Público ante la primera instancia en que, dice, la funcionaria adujo imprecisión en la identidad del autor del delito porque las características somáticas del procesado referidas por los testigos que lo vieron el día de los hechos no coincidían exactamente; también acude el fallo revocado por el Tribunal, para concluir que debido a "la falta de apreciación de las pruebas pero dándose muestras de la duda" se profirió la sentencia cuestionada.

Estima que el Tribunal reconoció el estado de perplejidad probatoria al admitir la posibilidad de que efectivamente el acusado hubiera estado durante alguna parte del día de los hechos en el vecino corregimiento de "Triana"; y, retornando al crédito que a él como defensor le merece la prueba testimonial sobre este punto consigna algunos comentarios que considera pertinentes.

Después de hacer una síntesis reiterativa de sus argumentos, en el capítulo de "resumen de la sustentación", califica como error de derecho el que en su sentir, cometió el Tribunal en la apreciación de los testimonios aportados por la parte civil, en especial el de Marco Nereo Sánchez Tobar y el subsiguiente reconocimiento en fila de personas que éste adelantó respecto del procesado.

También es error de derecho "por el aspecto de la convicción", precisa, el haber interpretado como lo hizo el Tribunal, las pruebas allegadas al proceso "considerando unos declarantes idóneos y de alta credibilidad, desechando la mayoría que favorecen al reo".

Volviendo al testimonio de Marco Nereo Sánchez —del cual afirma, es el "único testigo valorable en contra de la defensa"—, afirma que fue evaluado sin sujeción a las reglas de la sana crítica, "lo que no es lógico por no controvertirse la prueba"; y que en cambio se le negó credibilidad a los amigos del procesado. Incurrió entonces el

Tribunal en falso juicio de legalidad "al estimar erróneamente o falto de crítica lo recaudado como haz probatorio". Fueron los errores de apreciación probatoria del Tribunal los determinantes de la revocación de la sentencia absolutoria de la primera instancia. Debe pues, casarse el fallo de tal Corporación.

El Ministerio Público:

Al cargo que conforma la sentencia se opone el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que sin embargo, encuentra fundados motivos para propender por la parcial y oficiosa casación del fallo recurrido.

Luego de poner de relieve las diversas y protuberantes falencias técnicas que exhibe el escrito y que por ese solo hecho lo hacen inatendible —imprecisiones conceptuales, no señalamiento de la clase de violación de normas sustanciales aducida y que sólo es posible identificar como indirecta por referirse al aspecto probatorio, no citación de las que estima infringidas—, destaca el funcionario cómo no es cierto que el Tribunal hubiera omitido analizar determinado aparte del testimonio de Henry Gallego Tombe, sino que de él hizo una racional crítica.

Encuentra que los comentarios desperdigados a lo largo de la demanda a través de los cuales afirma el casacionista que se desconoció el principio de la duda, no son planteamientos de fondo, como tampoco lo son los referentes a la forma como se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento en fila de personas y, que al reconocer la presencia de defensor en tal diligencia, elimina cualquier posibilidad de que se le hubiera desconocido al implicado su derecho de defensa.

Estima que las objeciones consistentes en que el Tribunal analizó la prueba en forma ilógica y parcial apunta hacia un error de derecho por falso juicio de convicción, inadmisible en materia penal dada la facultad que asiste al juez para evaluarla racionalmente.

Aparte de los cuestionamientos al alegato, el funcionario, observando que al procesado se le impuso la pena accesoria de suspensión de la patria potestad sin motivación ninguna y, que de esta misma irregular manera el Tribunal guardó silencio en torno al derecho que lo asistía al subrogado de la ejecución condicional de la pena a pesar de hallarse presentes todos los requisitos que lo hacían procedente, sugiere la casación parcial del fallo para que en guarda de la garantía del debido proceso, se decida oficiosamente de conformidad en esta sede.

Consideraciones de la Corte:

Sin lugar a dudas, la demanda de casación adolece de severas inconsistencias en el campo de la técnica del recurso extraordinario de casación, que por sí solas la hacen ineficaz para el fin que persigue.

El actor, ciertamente, olvidando que a través de tal escrito se hace un verdadero juicio en derecho a la sentencia impugnada, se da a consignar indiscriminadamente presuntas objeciones propias del recurso y apreciaciones descalificantes al análisis probatorio adelantado por el fallador, éstas, sin sustento en los errores que autorizan pregonar violación de la ley sustancial en los términos y para los efectos de la causal 1ª del artículo 220 del C. P. P., porque simplemente traducen su pensamiento sobre el particular, con la pretensión de hacerlo prevalecer sobre el del sentenciador, vertido éste —como lo refleja la sentencia impugnada— tras racional y ponderado estudio de la prueba, como debía ser, para revocar la decisión absolutoria de primer grado.

Es, como bien lo observa el Ministerio Público, sólo a través de su referencia de objeción a la evaluación probatoria, que apenas logra establecerse que la impugnación denuncia una presunta violación indirecta de la ley sustancial porque ninguna referencia incluye sobre el particular; mas como tampoco señala de qué normas, deja incompleto el discurso. Y si se recuerda cómo entremezcla un supuesto error de hecho —falta de apreciación parcial de una prueba— sin cotejarla con la restante prueba trascendente en el fallo para demostrar el yerro que propala, con supuestos errores de derecho —realización del reconocimiento del procesado en fila de personas sin la observancia de las garantías que lo asistían (lo que en estricto sentido tendría que haber alegado a través de la causal 3ª de casación) y evaluación de las pruebas en contra de los principios de la sana crítica—, todo esto con el enfoque particular y naturalmente interesado de la defensa, se impone convenir, que efectivamente la demanda deviene ineficaz, como así se declarará, no sin que la Corte, por abundar en garantías, se refiera a los fundamentos de la sentencia del Tribunal.

El actor sostiene que en la evaluación probatoria se omitió analizar la parte del testimonio de Henry Gallego Tombe en que éste advirtió no haber visto el atropellamiento de las víctimas por el procesado con el vehículo que conducía. Pero observa la Sala que, para el Tribunal la importancia de la intervención de este ciudadano no deriva de que hubiera o no visto la ocurrencia del accidente, sino de haber reconocido al procesado como conductor del vehículo de que trata el proceso —así lo dice el fallo, folio 413 del informativo—, esto es, que el omitir la apreciación de que habla el actor carece de toda trascendencia; pero además, vista el acta de la diligencia de reconocimiento, en verdad, como lo dice el Tribunal, se realizó con observancia del rito correspondiente. Y por último, ninguna garantía del acusado se vislumbra vulnerada, convirtiéndose, ante la evidencia, en mera especulación la alegación sobre el particular.

De igual manera, para el casacionista el Tribunal erró en derecho por otorgar crédito a las pruebas de cargo y negárselo a las de descargo.

Aparte, como ya se dijo, de no constituir ello error de ninguna clase —y menos el de derecho— oponible en casación, lo que resulta claro es la estricta observancia por el Tribunal, de los principios basilares de la apreciación probatoria. Por ello, atento a lo que los elementos de juicio dejaban ver, arribó a la conclusión de que la sentencia absolutoria de primera instancia debía revocarse.

Partió la Corporación en su trabajo evaluativo, de la identificación que al vehículo hizo el testigo Henry Gallego Tombe inmediatamente después del atropellamiento, tomando el número de su placa y sus características y suministrándolo a la Policía. Y en seguimiento de la prueba, valoró en su justo alcance el hecho de que la Policía hubiera localizado el vehículo, precisamente en poder de Aracu —a quien su dueño lo había dejado para reparaciones mecánicas— y lo hubiera examinado, hallándole huellas de sangre y recientes daños reveladores de lo que acababa de suceder con las víctimas, todo lo cual reiteraron en su declaración los policiales José Rodrigo Cerón y Reinel Garzón, añadiéndose a esto la información suministrada también a la Policía por el vigilante del taller, Fabio Alfonso Garzón de que quien sacó el día de los hechos el carro fue el mecánico procesado señor Aracu y, la observación del dueño del vehículo, Alfonso Banguero, de que los daños para cuya reparación lo había entregado al taller no eran los que después del accidente presentaba el automotor.

Todo este contundente cúmulo probatorio hubo de enfrentar en su ponderado estudio el Tribunal a la deleznable coartada ofrecida por el procesado, de haber permanecido en el corregimiento de "Triana" todo el día de los hechos y el subsiguiente, respaldada por sus amigos de trabajo comunitario al que solía contribuir los fines de semana, disculpa esta juiciosamente también evaluada por el Tribunal con el siguiente razonamiento:

> "Pero si se analizan los puntos cardinales de los testigos ...estos coinciden en la hora de llegada de Oscar Aracu al corregimiento de Triana y que lo hizo en una buseta..., en su mayoría afirma que permaneció en esa localidad hasta el martes veintinueve de mayo de 1990. Pero el nexo más vinculante de todos los declarantes quienes se diferencian en las actividades cumplidas ya que se dice por parte de algunos que el domingo veintisiete no se laboró y otro sí, es el espíritu solidario de quienes acometen una empresa comunitaria, compartiendo infinidad de circunstancias que unen entrañablemente, no sólo por dividir y repartir entre todos los alimentos sino los afanes del trabajo, el hospedaje y el lugar de pernoctar" (fl. 418).

En estas condiciones, toda posibilidad de error aducible en casación carece de lugar, pues indiscutible es que el fallo reposa en sólidos basamentos probatorios, correctamente analizados por el fallador, y

que por consiguiente, exceptuado el aspecto relativo a la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, juiciosamente reclamado por la Procuraduría Delegada, debe mantenerse.

De la casación oficiosa:

Ningún motivo consignó el Tribunal en su fallo, para imponer al procesado pena accesoria de suspensión de la patria potestad por tiempo igual al de prisión. Simplemente, en la parte resolutiva condicionó tal sanción a que él tuviera el ejercicio de esa potestad, olvidando así que toda situación de mengua o privación de los derechos del individuo decidida por el juez, debe ser motivada y guardar relación con la conducta por la que se le condena. Indiscutible que la sanción así impuesta vulnera la garantía fundamental del debido proceso por desconocimiento del principio de la fundamentación de la pena, se revocará en lo pertinente la sentencia mediante la casación parcial prevista en el artículo 220 del C. P. P.

No se accederá, en cambio, a la casación parcial que con fundamento en el no otorgamiento del subrogado de la ejecución condicional que por absoluto silencio al respecto en el fallo acusado, sugiere el señor Procurador bajo el entendido de que se conculcó uno de los derechos fundamentales del implicado, no sólo porque ningún derecho ha sido afectado con el comportamiento que echa de menos la Delegada —dada la modalidad del hecho y la insensibilidad del autor que revelan los autos—, sino porque ésta carece de facultad para corregir o adicionar las demandas de casación. El deber que lo asiste en este campo se circunscribe al examen del libelo y sólo excepcionalmente, en desarrollo del artículo 131 del C. de P. P., a sugerir la intervención oficiosa de la Corte, cuando objetivamente el fallo impugnado haya quebrantado el orden jurídico o lesionado algún derecho fundamental —como ocurrió aquí respecto a la pena infundada de suspensión de la patria potestad—, pero nunca en relación con aspectos que ni siquiera ha cuestionado la demanda.

En mérito, 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:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en el sentido de REVOCAR la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta a Oscar Araca por razón de los delitos de homicidio culposo de Manuel Ramírez y José Quezada por los cuales se le condena en este proceso. En lo restante, sin modificaciones el fallo del Tribunal.

En firme, DEVUELVASE el proceso a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

PARTE CIVIL

Para la aceptación de una demanda de parte civil tan solo se requiere que aparezca razonable la posibilidad de que quien reclama el resarcimiento haya sido la persona directamente ofendida o perjudicada con la infracción, porque la prueba del perjuicio y de su cuantía es precisamente el motivo del debate que habrá de definirse en la sentencia respectiva, de modo que mal podría imaginarse la posibilidad de invalidar lo actuado con la intervención de parte civil, por el solo hecho de que a la postre en el fallo se concluya que no se dio el perjuicio, o que éste no logró acreditarse, o bien que el acusado no resulta ante las consecuencias dañosas responsable. / Cierto es que por lo general la víctima del daño y titular en el resarcimiento se deduce consultando el bien jurídicamente vulnerado o puesto a riesgo con la infracción penal. Más, conviene en ello recordar que en una pluralidad de infracciones, entre ellas las contrarias a la Administración Pública, los bienes ofendidos, aunque diversos son coincidentes, de modo que a la par con la administración podrían verse vulnerados intereses privados como ocurriría en un delito de prevaricato, y con mayor diafanidad en infracciones como la concusión.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 30.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Carlos Eduardo Rados Erazo* en contra de la sentencia de diciembre 2 de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante la cual revocó parcialmente la absolución de su representado emanada del Juzgado Promiscuo del Circuito de

la Cruz. *Bados Erazo* resultó condenado como autor responsable del delito de concusión, cometido en concurso homogéneo, a la pena principal de 30 meses de prisión, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de dos años y la obligación de indemnizar a varios particulares así como a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Parejamente se le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal:

1. Carlos Eduardo Bados Erazo quien ocupara el cargo de director de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en la sucursal de Belén, entre el 23 de julio de 1988 y el 28 de enero de 1991, obtuvo de algunos de los clientes de esa institución a quienes había autorizado créditos, la entrega de parte de esos dineros a título de préstamos de carácter personal.

2. La investigación fue iniciada por el Juzgado 30 de Instrucción Criminal radicado en La Cruz con base en el informe del delegado de la Auditoría de la Caja Agraria, y la denuncia que formulara el gerente departamental. En aquel despacho se oyó la indagatoria del denunciado absteniéndose de proferir en su contra medida de aseguramiento, y allí mismo se calificó el mérito del sumario con cesación de procedimiento. Inconforme con la determinación la representante judicial de la Caja Agraria interpuso el recurso de apelación, dando lugar a que el Tribunal Superior de Pasto revocara la medida de favor, y en su lugar profiriera resolución de acusación contraria a Bados Erazo por el punible de concusión. Al propio tiempo se dispuso que por separado se investigara la posible comisión de otras infracciones.

La etapa del juicio estuvo a cargo del Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz, iniciándose la diligencia de audiencia el 16 de julio de 1992, y emitiendo a su culminación, sentencia absolutoria.

Nuevamente la representante de la parte civil impugnó la decisión, y una vez más debió el Tribunal entrar a revocarla, para emitir en su lugar el fallo de condena de contenido anteriormente señalado, determinación en contra de la cual el defensor del acusado interpuso el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia: El primero por la vía de la nulidad derivada de una violación al debido proceso —arts. 29 de la Constitución Política, 1º, 2º, 3º y 104 del Código Penal y 1º, 43, 50 y 149 del Código de Procedimiento Penal, y en forma subsidiaria, una segunda censura a través del cuerpo segundo del numeral primero del artículo 320 (sic) del Código de

Procedimiento Penal, acusando la violación de la ley sustancial por errónea apreciación de las pruebas, que habría llevado al desconocimiento de los artículos 39 de la Carta Política, 2º, 3º y 140 del Código Penal.

En el primer cargo manifiesta el censor que se incurrió en irregularidad sustancial al aceptar como parte civil a la Caja Agraria, ya que dicha entidad no resultó perjudicada con los hechos o procederes de los cuales da cuenta la denuncia, y en razón a ser inocultable que con el reconocimiento de esa entidad

> "...como parte civil se afectó el debido proceso. Nótese que merced a su intervención, la actuación se revisó en segunda instancia. Primero, a raíz de la calificación de la investigación y luego cuando con sentencia se finalizó la primera instancia. De no haberse admitido la parte civil, este proceso el cual no tiene el grado jurisdiccional de la consulta, no habría subido al Tribunal por cuanto además —valga anotar—, no se presentó persona alguna a reclamar perjuicios por cuanto estos, como lo ha dicho la mayoría de los declarantes, no se presentaron ya que los dineros que se dieron en mutuo, al final se devolvieron porque estos contratos, estaban garantizados con títulos valores, muchos de los cuales los avaló la esposa del procesado".

En estas condiciones —concluye— el Tribunal no era competente para conocer de la apelación que formulara quien actuó a nombre de la Caja Agraria como parte civil.

Como segundo cargo se sostiene que al apreciar el Tribunal de modo erróneo las manifestaciones de los testigos dedujo también desacertadamente el constreñimiento, equivocación que considera demostrada al transcribir apartes de lo consignado en el fallo con relación a los deponentes, exponiendo frente a algunos de ellos sus personales apreciaciones:

Iniciando con la cita de Laurentino Ordóñez, de él dice que le "facilitó el préstamo al enjuiciado de su propia voluntad", y "por amistad no más porque yo solicito esos servicios y por la posición (del acusado) paréntesis del Tribunal que no aparece en la declaración del folio que cita la sentencia, también porque uno necesita de esos créditos".

De Arcadio Bolaños sostiene que empezó su relato con la siguiente expresión no tenida en cuenta por el Tribunal: "Nosotros éramos amigos". Y que luego añadió:

> "El otro crédito fue de $ 4.000.000.00 lo pedí yo para prestárselo a don Carlos Eduardo Bados. Yo no necesitaba esa plata, pero el señor director Carlos Eduardo Bados, me había comentado su situación es decir, que él quería comprar una

casa y que yo le prestara esa plata, yo al principio me le negué y después acepté porque él era el director, y como era únicamente por tres meses, entonces yo le servi en ese caso, aclarando que antes yo le dije que eso podía ser peligroso y él me dijo, que él respondía por eso, que él sabía cómo hacía sus cosas" (fl. 98).

"...A los tres meses no cumplió con el pago y entonces (el procesado) (paréntesis del Tribunal) hizo un sobregiro a nombre mío para que yo pagara ese crédito y luego, al mes cubrió el sobregiro, yo únicamente solicité el crédito y él era el que movía esos papeles. Yo estaba asustado porque de pronto me podían cobrar a mí y como la casa mía estaba hipotecada..." (fl. 98 vto.).

"Yo lo hice con esa consideración, porque yo pensé que de pronto yo por eso podía perder, los servicios de la Caja y entonces por eso lo hizo, porque yo utilizo la Caja Agraria y a mí me daba (sic) perder mi crédito en la Caja (fl. 98 vto.)".

Para el impugnante este testigo ni siquiera estaba interesado de manera personal en el préstamo, así que lo tomó sólo para hacerle un favor a su amigo quien "le había comentado su situación". En esas condiciones estima que no se dio el perjuicio, ni hubo exigencias, dándose a lo sumo, como lo sugiere la sentencia, una irregularidad sancionable por los reglamentos de la Caja Agraria, pero no el delito imputado.

Alonso Benavides Rodríguez, según lo consignado por el Tribunal a folio 120 vuelto expresó lo siguiente: "...e insistió e hicimos un negocio con chaquetas de cuero, a que yo le hiciera coger $ 300.000.00 y que él iba pagando cada seis meses e iba pagando la parte de él, pero el tipo ese no pagó nada ... cogió los trescientos mil pesos, con eso me compró como quince chaquetas, él no me quiso firmar nada, porque me dijo que cómo si éramos amigos que cómo iba a desconfiar de esa plata me devolvió cien mil pesos, me devolvió cinco chaquetas...".

Para el casacionista las declaraciones anteriores, no acreditaban el constreñimiento, deduciéndose apenas la existencia de una negociación común y corriente, en donde los intervinientes describieron un tratamiento normal y ordinario entre contratantes hasta llegar al mutuo acuerdo. Por ello le parece extraño "que la sentencia encuentre viciada la voluntad de Benavides Rodríguez y que Bados, aún de manera velada como se sugiere en alguna parte de la actuación, hubiere amenazado para producir o no producir una función propia del cargo que desempeñaba".

Al continuar con el análisis de los testimonios y relacionando el de Tobías Fernández Gallardo, recuerda con su dicho que: "...la cues-

tión fue así, llegué por la mañana como de costumbre, a oir misa, entonces, en la puerta de las oficinas de la Caja estaba el señor Carlos (procesado), charlamos ... me llamó, ... 'venga subamos arriba' allá me dijo, la única persona de confianza que me puede hacer un favor eres tú, luego me dijo que tenía un viaje que se lo hacían gratis de cuenta de la Caja y que era a San Andrés Islas, que se le ofrecía un dinero para traer unos artículos que eran baratos allá, que le prestara o que él me hacía un préstamo para llevárselo él, que era mientras venía, que sólo se quedaba 15 días, reintegraba esa plata a la Caja, yo le dije que me venía a misa, como él me dijo que de aquí se iba ya de viaje, que si le hacía el favor, era para ese día, y entonces llamó a un joven Henry Ordóñez y pidió que le llevara la carpeta mía y no recuerdo si a él le ordenó que haga esos papeles...". "Luego el Tribunal hace el comentario de que por el préstamo, el procesado Bados Erazo, como lo anota el declarante, firmó un título valor que con posterioridad sirvió para entablar una demanda ejecutiva".

Se trató entonces, infiere el libelista, de un contrato de mutuo, realizado de manera voluntaria y consciente, sin que se aprecie el constreñimiento de Bados sobre Fernández Gallardo.

Respecto de Francisco Ortiz Muñoz, el Tribunal apenas expuso lo siguiente: "En fecha que no determina, el acusado le solicitó en préstamo, la suma de $ 30.000.00, petición a que el deponente accedió utilizando los recursos que mantenían en la cuenta de ahorros, porque consideró el declarante, que dada la investidura oficial de Bados Erazo, sintió temor de '...que él (procesado) de pronto se enojaría o qué pensaría'. Dijo además el testigo, que el enjuiciado le canceló la suma adeudada".

De lo anterior concluye insistiendo en que hubo "...ausencia de constreñimiento, todo se reduce a una apreciación muy subjetiva de éste y de todos los que figuran haciendo contratos de mutuo con el procesado. La sentencia, por lo que se aprecia en el comentario hecho a la declaración en cita, se duele de que de pronto, el préstamo de treinta mil pesos pudo haberse hecho de dineros provenientes de créditos otorgados por la Caja Agraria, en el convencimiento erróneo de que esto es concusión"; y que el Tribunal se equivocó en el análisis del material probatorio al afianzar el apremio en la existencia de unos contratos.

También desconoció la existencia de una antigua amistad entre estas personas y el acusado, y que la mayoría de las letras de cambio fueron firmadas por Cecilia Burbano de Bados, su consorte, obrando como garante. Agrega que el procesado realizó los convenios como cualquier persona, y que sería una exageración inhabilitar a los funcionarios para suscribir contratos en razón a su investidura.

La demanda termina solicitando de la Corte que en caso de aceptarse el primer cargo determine el momento desde el cual deba repo-

nerse la actuación; y en el subsidiario, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo.

Alegatos de los no recurrentes:

El representante judicial de los intereses de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, presentó dentro del término de traslado un escrito criticando la actitud de los juzgadores de primer grado, objetando que no se hubiera vinculado al proceso a la esposa del acusado, críticas que hizo extensivas al Tribunal de Pasto por las relaciones de amistad habidas entre uno de sus miembros y la familia del encausado, si bien se trata de un magistrado que no hizo parte de la Sala que revisó la calificación del sumario, ni de aquella que produjo la sentencia impugnada.

Respondiendo al primer cargo sostiene que la parte civil fue admitida mediante auto del 6 de febrero de 1991 sin que hubiera sido motivo de apelación, y que en lo relativo a su presentación, o la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados con la infracción eran hechos que correspondían a la investigación. En tales condiciones, al juez sólo le era dable examinar si el actor estaba legitimado, máxime si el delito imputado era de los llamados pluriofensivos, por violar a un mismo tiempo el bien jurídico de la Administración Pública y los intereses de la Caja Agraria. A este particular añade que:

> "La entidad fue el eje central de *iter criminis*, el camino, el paso obligado, el conducto insalvable que tenía que traspasarse de ella salieron los dineros, ahí se utilizó a sus empleados, aquí comenzaron las transacciones fraudulentas, sin ella el actor era impotente para realizarlas, sin la misma, Bados Erazo, era un ciudadano que difícilmente despertaría credibilidad en nuestros humildes campesinos, para obtener de ellos prebendas, al máximo de ser deudores de algo que no habían disfrutado o lo habían hecho parcialmente...".

Bajo esas circunstancias, continúa, se afectó el buen nombre de la institución, su prestigio, su honorabilidad y su capacidad como ente bancario, así que la nulidad propuesta no tiene razón de ser, y si remotamente hubiera llegado a existir, ahora aparece subsanada con el asentimiento del procesado al no apelar el auto que la admitió.

Como réplica el segundo cargo dice que el constreñimiento fue calculado y requirió:

> "De mucho estudio, de más tacto, de estricto refinamiento y la ejecución por parte del amigo, ante el apremio y la necesidad planteada era irreversible y segura. No se podía negar al encargado de dirigir el único establecimiento bancario, al que por urgencia acuden todos sus moradores, servirle de

testaferro, porque ello implicaba quedar desprotegido crediticiamente en el lugar".

Comparte la adecuación típica que de la conducta hiciera el *ad quem*, aunque cita como ejemplo el dicho de Rutilio Molina Gómez el cual fuera desestimado en el fallo, y el de Arcadio Bolaños. Concluye que no es válido pretender desvirtuar la concusión por el hecho de que se hubieran librado como contragarantías documentos o títulos valores, ya que los mismos escasamente servían para hacer efectivo el derecho en contra del obligado.

Las personas —continúa— se prestaron para simular un contrato ante la Caja Agraria aparentando obrar en interés propio, pero lo que realmente hicieron fue ocultar la prohibición existente en ese sentido; y permitieron que el implicado abusando de las prebendas que el cargo de director de la Caja Agraria de Belén le otorgaba. Por esas razones solicita de la Corte despachar desfavorablemente la petición del recurrente y no casar la sentencia de segundo grado.

Concepto del Ministerio Público:

A juicio del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal los cargos propuestos deben desestimarse por las siguientes razones: El primero fue fundado escuetamente por el censor en la ausencia de interés jurídico de la Caja Agraria para constituirse en parte civil, considerando que la entidad no resultó perjudicada. Tal argumento es insuficiente para justificar la nulidad invocada, pues sobre el particular el Tribunal precisó de qué manera dicha entidad terminó siendo afectada en su patrimonio, y por qué el acusado (exdirector de una de las oficinas) con su conducta llegó a afectar el prestigio de la institución. Esas razones son suficientes para legitimar la intervención de la entidad en el proceso penal y por esa vía buscar el resarcimiento de los perjuicios, además:

> "Si se admitiera en gracia de discusión la ausencia de titularidad de que se viene hablando, irrelevante es el reproche pues celebrada la audiencia pública y proferida sentencia absolutoria en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, de todas maneras el grado jurisdiccional de consulta otorgó competencia al juez plural para conocer del asunto, conforme lo dispone el artículo 206 *ibídem* en el sentido de que también serán 'consultables las sentencias absolutorias proferidas por cualquier juez cuando no haya parte civil reconocida dentro del proceso' ".

Con relación al segundo cargo propuesto como subsidiario, dice la Delegada que el mismo carece de los requisitos de técnica, pues: "Aunque la nueva normatividad procesal reguladora de este recurso extraordinario no impone el que se exprese si el error recaído sobre

determinado medio de convicción es de hecho o de derecho como sí lo hacía la anterior, ello no excusa, así sea en tratándose de una acusación subsidiaria, que el desarrollo empleado cuando la inconformidad se eleva a través del cuerpo segundo de la causal primera de casación, vale decir, por violación indirecta de la ley sustancial, pues al fin y al cabo, aún continúa la exigencia legal de acuerdo con la cual la fundamentación de un reproche ha de serlo en todo caso en 'forma clara y precisa', lo que equivale, a juicio de la Delegada a tener por entendido la permanencia y distinción que en cada demanda debe hacerse de las dos modalidades de error posibles de invocar".

Considera que la demanda carece de precisión y de los presupuestos metodológicos técnicos por lo cual se imposibilita "conocer con exactitud el sentido de la violación, como que no puede desentrañarse de la alegación, cuál, en qué momento y de qué entidad la falla del sentenciador, si es que la hubo, cuando se adentró al estudio de los testimonios cuestionados en el libelo y con los que según el actor se dedujo comprobada la comisión del delito de concusión". Para sustentar su apreciación transcribe apartes del pronunciamiento que esta Corporación hiciera en un caso análogo: Fallo de marzo 29 de 1993.

En criterio del Procurador Delegado, el demandante pretende imponer su personal valoración probatoria frente a los diferentes testimonios por él citados, siendo ello inadmisible en sede de casación, pues la Corte ha reiterado que:

> "Si lo que el censor llama errores del fallador, no son más que opiniones suyas, por sensatas que sean, diferentes a las que llevaron al sentenciador a tomar la decisión controvertida, no podrá prosperar la censura; discurrir de otra manera sería convertir el recurso de casación en una 'tercera instancia' que no lo es y en donde tampoco es de recibo so pretexto de una fundamentación contraponer 'la personal interpretación del recurrente a la del juzgador, lo que conduce a otro enunciado', pues en tal evento la sentencia prevalece por venir amparada con el principio de la doble presunción de acierto y verdad (C. S. J. junio 5 de 1985)".

Para responder al censor con relación a las manifestaciones de amistad y a la falta de constreñimiento, transcribe apartes del fallo atacado, los cuales para la Delegada constituyen razones suficientes para demeritar los vicios enunciados en el libelo: por lo tanto, termina sugiriéndole a la Corte no casar la sentencia acusada.

Consideraciones de la Corte:

El tema central que en la demanda se plantea bajo el cargo primero y que a juicio del casacionista llevaría a la anulación en parte de lo actuado, atañe con la legitimidad de la personería de la Caja de

Crédito Agrario, Industrial y Minero para intervenir como parte civil dentro de las presentes diligencias, pues de esa condición concluye el censor en que hubo ausencia de titularidad e interés para recurrir el auto calificatorio favorable al acusado y luego el fallo absolutorio.

Para darle respuesta a la inquietud propuesta, de utilidad resulta recordar que para la aceptación de una demanda de parte civil tan solo se requiere que aparezca razonable la posibilidad de que quien reclama el resarcimiento haya sido la persona directamente ofendida o perjudicada con la infracción, porque la prueba del perjuicio y de su cuantía es precisamente motivo del debate que habrá de definirse en la sentencia respectiva, de modo que mal podría imaginarse la posibilidad de invalidar lo actuado con la intervención de la parte civil, por el solo hecho de que a la postre en el fallo se concluya que no se dio el perjuicio o que éste no logró acreditarse, o bien que el acusado no resulta ante las consecuencias dañosas responsable.

Cierto es que por lo general la víctima del daño y titular en el resarcimiento se deduce consultando el bien jurídicamente vulnerado o puesto a riesgo con la infracción penal. Mas, conviene en ello recordar que en una pluralidad de infracciones, entre ellas las contrarias a la Administración Pública, los bienes ofendidos, aunque diversos son coincidentes, de modo que a la par con la administración podrían verse vulnerados intereses privados como ocurriría en un delito de prevaricato, y con mayor diafanidad en infracciones como la concusión de la cual se ocupa este proceso.

Mas no porque en el caso presente se hubiese coaccionado o exigido a unos particulares se podría de entrada descontar el interés de la Caja Agraria para reclamar como parte perjudicada el reconocimiento de perjuicios y hasta su indemnización dentro del proceso penal, pues lejos de mostrarla como simple patrona del acusado señor Bados Erazo, las diligencias acreditan que las víctimas de la indebida exigencia eran clientes de la entidad estatal de crédito, y ante todo, que los dineros se tomaron de la Caja mediante el mecanismo acomodado de otorgamiento forzado de unos créditos para los particulares afectados, lo que suscita claramente la afectación económica directa de la entidad, como el detrimento de su buen nombre, situaciones objetiva y ampliamente comprobadas, que ni el censor analiza íntegramente como tampoco controvierte, pese haber sido debida y oportunamente estimadas por el juzgador.

Sumado a lo anterior debe decirse que así se hubiese suscitado la falta de titularidad para de la Caja Agraria para proseguir como parte procesal, lo que la Sala sólo acepta por la vía de la hipótesis encaminada a responder la que plantea el recurrente, ello tampoco constituía motivo para invalidar lo actuado con su intervención, porque a lo sumo se enervaría la admisión del libelo, excluyendo la posibilidad del reconocimiento de perjuicios al interior del proceso penal,

pues mientras el reconocimiento surta efectos procesales éstos se mantienen y proyectan dentro del plenario, tratándose de una intervención no esencial a la acción penal sino secundaria, pues el artículo 43 del C. de P. P. advierte (antes art. 37) la posibilidad de accionar para el resarcimiento dentro o fuera del trámite penal.

Estos motivos se sustentan en el texto del artículo 44 del Decreto 050 de 1987 que regía a la fecha en que se revisó en alzada y por iniciativa de la parte civil el auto calificatorio, porque el precepto advertía la posibilidad de "revocar el auto admisorio" de parte civil, de afectarse la prueba sobre legitimidad de la personería del actor, consecuencia específica y exclusivamente recaída sobre aquella providencia, mas no extensiva y menos invalidatoria hacia lo actuado.

Las mismas razones contestan el reparo de supuesta incompetencia para revisar por alzada de la parte civil el fallo absolutorio, lo que apenas complementa la respuesta que a su turno diera en este aspecto la Procuraduría Delegada.

El cargo no prospera.

En cuanto hace con la segunda censura contenida en la demanda, además de apoyar la Sala las razones del Ministerio Público, críticas de la indebida presentación técnica del escrito, aún de entender que por su desarrollo la impugnación en este caso se encamina por la violación indirecta de la ley por indebida aplicación del artículo 140 del Código Penal a raíz de errores de hecho constitutivos de falsos juicios de identidad, en cuanto la sentencia dedujo de la deformación que hizo de las versiones testimoniales que se citan —dice el actor—, que el constreñimiento llegó a darse, otros motivos más conspiran para la desestimación definitiva del libelo:

El casacionista reproduce parcialmente las razones del *ad quem* pero no indica certeramente en dónde pudo darse ni en qué llegó a consistir la tergiversación de las versiones, pues lo que en cada caso se realiza es un juicio subjetivo bajo el cual se sostiene que por mediar previa amistad entre el funcionario y los particulares, no podría inferirse el constreñimiento sino un deseo de ayudarle voluntariamente con sus inversiones.

Con este planteamiento muestra el actor un desconocimiento del delito tipo de la concusión, dentro del cual se exige no solamente una amenaza o coactiva imposición, sino que en su forma implícita comprende aquellos casos en que el desleal funcionario logra someter la voluntad del ofendido mediante la inducción o la simple solicitud del dinero o la indebida utilidad, a condición, claro está, de que el particular proceda por el temor que le inspira la investidura o el ejercicio funcional del inescrupuloso servidor, y no por otra causa.

Carlos Eduardo Bados Erazo detentaba la condición de empleado oficial lo dicen el cargo que desempeñaba como director de la agencia Belén de la Caja de Crédito Agrario y la naturaleza del ente al cual servía, pues la Caja de Crédito Agrario es una sociedad de economía mixta del orden nacional creada por la Ley 57 de 1931 cuyo personal se halla clasificado dentro del régimen de los trabajadores oficiales (art. 32 del Decreto 301 de 1982, luego reiterado en el Decreto 1073 de 1992), y por lo mismo dentro de la calificación del artículo 63 del Código Penal bajo la denominación de empleado oficial. Detentaba además funciones relacionadas con el recibo, trámite y aprobación de créditos para el estímulo de las actividades agrícola, industrial y minera dentro de claras políticas oficiales de fomento, créditos de los cuales eran forzosos usuarios los ofendidos como vecinos de la localidad donde prestaba servicios la agencia bancaria, obteniendo con ellos el flujo de dinero necesario para el manejo de sus inversiones, fuente de trabajo y actividades productivas.

Bajo estas circunstancias, y como aún se reconoce en la demanda al reproducir las consideraciones de los juzgadores y el contenido parcial de las versiones de los constreñidos que el casacionista no entra objetivamente a desvirtuar, eludiendo la demostración del manifiesto error, claro resulta que los declarantes Laurentino Ordóñez, Arcadio Bolaños, Alvaro Benavides y Tobías Fernández no concurrieron libre y voluntariamente a la Caja de Crédito Agrario a solicitar y obtener sus créditos como tampoco con esa libertad consintieron en la entrega parcial de los dineros recibidos o retirados de sus ahorros en el caso de Francisco Ortiz, sino que reticentes, temerosos por las posibles consecuencias de perjuicio, tan solo atendieron el pedimento del director de la agencia de Belén porque quien les pedía era el encargado de estudiarles y aprobarles sus futuros requerimientos crediticios —para ellos indispensables y vitales—, movidos por la invocación de la investidura y el temor porque en el ejercicio funcional pudiera asumir Bados Erazo represalias desventajosas y fatales para su condición de clientes de la insustituible entidad.

Una mirada más al texto de las versiones da la convicción de esa objetiva realidad:

Tobías Fernández interceptado por el acusado cuando se dirijía a misa y llevado a las oficinas de la Caja donde se le exhibió la carpeta de sus créditos afirma que el director le exigió reserva —fls. 108 y ss.— y que el préstamo no era para él sino que se le usó de simple intermediario "para sacar el dinero no más en consideración al cargo que él tenía...".

Luis Alonso Benavides le contestó directamente al instructor con un "claro que sí", cuando se concretó a que dijera si la participación de cuatrocientos mil pesos de un préstamo recibido de la Caja a su director la había atendido "teniendo en cuenta la autoridad que representaba" el acusado —fl. 120—.

Todavía más explícito, Arcadio Bolaños afirmó que la entrega del dinero al señor Bados la hizo porque pensó que de pronto podía perder los servicios de la Caja, siendo su usuario, resaltando que de no atender la solicitud del director bien entendía la posibilidad de "perder mi crédito en la Caja" —fl. 98 vto.—.

Si fue el temor de aquel desbordamiento del poder que detentaba el funcionario y no otro el móvil que determinó a los ya citados a la forzada entrega de dineros en calidad de mutuo para favor del acusado, ninguna duda cabe en cuanto el fallo contó con los debidos soportes probatorios, que al no llegar a desquiciar el casacionista por su precario andamiaje impugnatorio, y su distanciamiento con la realidad que encierra el plenario, irremediablemente llevan a la desestimación de su demanda.

Tampoco el segundo cargo puede prosperar.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, 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 Carlos Eduardo Bados Ernzo.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / LEGITIMA DEFENSA

La invocación de la violación directa de la ley sustancial implica para el censor el deber de aceptar, sin condiciones, los hechos tal y como los evaluó y valoró el fallador, al paso que en la hipótesis de la violación indirecta, es de su esencia, discutir la prueba, rechazando en forma total o parcial los hechos que la sentencia declara probados. Si la intención del demandante es atacar la apreciación que se hiciera de las probanzas en el fallo, o la existencia de la prueba, o su aducción ilegal, o su valoración probatoria, tiene a su disposición el ámbito de los errores de hecho (distorsión, omisión o suposición) o de derecho (legalidad y convicción) para alegarlo. Pero si, por el contrario, el yerro que observa versa sobre el juicio de valor que el sentenciador hiciera de una determinada norma sustancial, discrepando tan solo en cuestiones relativas a su aplicación o la interpretación jurídica de su contenido, sin consideración al aspecto probatorio, el ataque necesariamente ha de plantearse por la vía de la violación directa. / Para predicar la legítima defensa debe partirse de la base de que el comportamiento es típico pero no antijurídico al presentarse la realidad de la eximente. Confundir estos dos presupuestos básicos sobre los que se fundamenta la noción del delito es un craso error.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 32.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Wilson Rodríguez Pantoja* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, confirmatoria de la dic-

tada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable de un delito de homicidio, sancionándolo a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y la obligación de pagar como indemnización por los perjuicios materiales el equivalente a trescientos (300) gramos oro y por los morales doscientos (200) gramos oro.

Hechos:

En los siguientes términos los sintetizó el *a quo:*

> "Ocurrieron en la población de Policarpa (Nariño), aproximadamente a las siete de la noche del veinticuatro de noviembre de 1991. Después de jugar un partido de fútbol, el señor Wilson Rodríguez Pantoja jugador del equipo de la vereda Restrepo del mencionado municipio, se dirigió a la cantina Matecaña de propiedad del señor Raúl Enríquez en donde se dedicó a la ingesta de licor (cerveza), en compañía de sus amigos Wilson Eduardo Narváez Melo, Marino y Andrés Matacea; poco antes de ocurrir los hechos, entró al mencionado establecimiento el señor Norberto Figueroa Casanova quien llamó la atención del señor Wilson Rodríguez Pantoja, razón por la cual los dos se dirigieron a un salón contiguo, ubicado en la parte posterior del local, para minutos más tarde salir corriendo del mismo hacia la calle, adelante Norberto Figueroa y en su persecución Rodríguez Pantoja, quien ya en la calle le asestó a Figueroa una mortal puñalada, a consecuencia de la cual falleció".

Sinopsis procesal:

El compendio lo realizó la Delegada con acierto. La cita corresponde a sus palabras:

> "Capturado Rodríguez Pantoja tres días después del insuceso, en indagatoria se limitó a manifestar que no recordaba nada del incidente debido al estado de embriaguez en que se encontraba. Ampliada la versión insistió nuevamente en no haberse dado cuenta de lo que se le imputaba, pero añadiendo que unos días antes Figueroa Casanova lo había requerido por estar molestando o enamorando a su mujer, razón por la cual lo iba a matar.
>
> "Perfeccionada la investigación con prueba de diversa índole, cumplidos a cabalidad se tuvieron los requisitos para formular acusación en contra del indagado Rodríguez, como presunto autor responsable del delito de *homicidio* simple.

Descartó el instructor que la muerte de Figueroa haya sido el producto de una acción defensiva del procesado, pues fue éste quien salió en persecución de la víctima como lo manifestaron al unísono los testimoniantes.

"Rituada en legalidad la causa, concluyó el trámite de la primera instancia con sentencia condenatoria. La legítima defensa argumentada por el defensor terminó por descartarse.

"Apelada esta determinación, continuó en segunda instancia el debate para que en favor del implicado se reconociera la excluyente de antijuridicidad aludida, inclusive, la inculpabilidad por error, dado, en criterio del impugnante la creencia que tuvo Rodríguez Pantoja de estar frente a una agresión generadora de defensa justa.

"Despachados desfavorablemente los pedimentos defensivos, pues para el Tribunal la impugnación en muestra de un derroche imaginativo llegó al punto de desconocer y tergiversar la realidad procesal, desde luego en ese afán 'justificado' en sacar adelante una causa, pero que no puede tener vía libre en este proceso donde la verdad es diferente a la presentada por el defensor, quien en 'apresuradas conclusiones..., sobre todo en la forma como se iniciaron esos lamentables acontecimientos' pretende en favor del acusado la absolución. Puntualizó el sentenciador *ad quem* para dejar sin base las argumentaciones defensivas: '...se refiere la Sala a aquella del defensor según la cual, Figueroa trató de herir con cuchillo al procesado y éste lo desarmó y con la misma arma se defendió. Se basa para formular tal afirmación en que en el levantamiento del cadáver se constató que el occiso portaba *«un estuche de cuchillo* (sic) *vacío»* y una navaja en el bolsillo del pantalón. Dos falsas afirmaciones que tratan de desorientar en la creencia de que el juzgador no cumple con su deber al revisar íntegramente el expediente. No se trata de un *estuche de cuchillo vacío*, lo que para cualquier persona significa que el arma que allí se guardaba, fue blandida en ataque; lo que quienes intervinieron en el levantamiento del cadáver fue el estuche de la *navaja*, y no de cuchillo; y esa navaja se le encontró *cerrada* en el bolsillo, que son dos cosas muy diferentes y, naturalmente, con connotaciones significativas'.

"Confirmada en estas condiciones la sentencia de *a quo*, se produjo el fallo censurado ahora en casación".

La demanda:

Con fundamento en la causal *primera*, cuerpo inicial del artículo 220 del C. de P. P., el recurrente formula un único reproche. El fallo

censurado violó la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, toda vez que la norma a aplicar era el artículo 29 *ibidem*, numeral 4º, que prescribe la legítima defensa como causal de antijuridicidad. Luego de recordar los elementos que la componen, advierte que no es producto de la imaginación ni de la ficción el que Rodríguez Pantoja entrara pacíficamente al establecimiento de Enríquez a ingerir licor. Luego llegó al lugar el occiso y se lo llevó a un cuarto contiguo, saliendo poco después, ignorándose lo que ocurrió en dicho lapso que se extendió por diez minutos. Los momentos posteriores fueron relatados por Diego Meléndez quien presenció la ofensa de palabra del interfecto al acusado incitándolo a luchar, el intento de este último de responder a la agresión, su caída de bruces al suelo al tropezar, el ademán de Figueroa para agredirlo, y la puesta en pie del procesado deteniendo el ataque con los resultados conocidos.

Como antecedentes advierte que Norberto Figueroa tenía amenazado de muerte a su poderdante, de acuerdo con lo dicho por Edelmiro y Mariano Valencia y que era conocida de autos la personalidad peligrosa, traicionera y "mansalvera" de la víctima, "...constituyéndose en peligro común para la municipalidad de Policarpa (Nariño)". Por consiguiente, considera que aparecen nítidos los requisitos de la causal de justificación en comento.

Finalmente critica al Tribunal por haber descartado la legítima defensa basado en la circunstancia de que la víctima saliera adelante del procesado. Tampoco acepta su afirmación de que Figueroa era perseguido por Rodríguez Pantoja pues "...todo el mundo sabe de los que así declaran que él se vino de la cancha en pantaloneta, nadie le vio arma, no sabemos en qué momento se arma, ninguno de los testigos dijo que vio pasar a Rodríguez armado de cuchillo, ni siquiera el testigo presencial le vio cuchillo...". Concluye su alegato advirtiendo que con pruebas que no se encuentren en el proceso "...no se puede desviar la verdadera adecuación atípica (sic) de la conducta del procesado, estando en juridicidad de excepción inscrito su comportamiento".

Solicita, por consiguiente, que la Corte absuelva a su patrocinado por haber actuado en legítima defensa de su vida.

Concepto del Procurador
Segundo Delegado en lo Penal:

Destaca las falencias técnicas que exhibe la demanda. En este orden de ideas dice que pese a presentar el cargo como violación directa, lo que obligaba al censor, por tanto, a respetar y acoger la interpretación que de los hechos hiciera el sentenciador, desde un comienzo se dedica a cuestionar este aspecto, acomodando a sus propios intereses la realidad procesal, con el fin de exponer los argumentos

necesarios para edificar una legítima defensa, todo lo cual ubica su ataque dentro del marco de la violación indirecta.

"El debate es pues probatorio, imposibilitándose su acometimiento. Los principios de neutralidad y limitación que rigen el ejercicio de la impugnación extraordinaria lo impiden", concluye la Delegada, no sin antes destacar que el desarrollo argumental parece indicar que de igual manera propugna por la excluyente de culpabilidad del error (defensa putativa) e incluso la atenuante punitiva de la ira.

En estas condiciones, el representante del Ministerio Público sugiere a la Sala, no casar la sentencia impugnada.

La Corte:

1. Como bien se conoce, la invocación de la violación directa de la ley sustancial implica para el censor el deber de aceptar, sin condiciones, los hechos tal y como los evaluó y valoró el fallador, al paso que en la hipótesis de la violación indirecta, es de su esencia, discutir la prueba, rechazando en forma total o parcial los hechos que la sentencia declara probados. Si la intención del demandante es atacar la apreciación que se hiciera de las probanzas en el fallo, o la existencia de la prueba, o su aducción ilegal, o su valoración probatoria, tiene a su disposición el ámbito de los errores de hecho (distorsión, omisión o suposición) o de derecho (legalidad y convicción) para alegarlo. Pero si, por el contrario, el yerro que observa versa sobre el juicio de valor que el sentenciador hiciera de una determinada norma sustancial, discrepando tan solo en cuestiones relativas a su aplicación o a la interpretación jurídica de su contenido, sin consideración al aspecto probatorio, el ataque necesariamente ha de plantearse por la vía de la violación directa.

2. El actor olvida estas preceptivas. Aunque la enunciación del cargo es adecuada —violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 323 del C. P. y falta de aplicación del artículo 29, numeral 4 *ibidem*— su desarrollo argumental traslada la impugnación a los terrenos de la infracción indirecta toda vez que sus proposiciones conducen a demostrar un hipotético error del juzgador sobre el régimen probatorio del proceso y no sobre la norma sustancial como debería ser, en acogimiento de su propia estimativa, bien porque no fue aplicada, ora porque se aplicó indebidamente, ya porque se interpretó erróneamente.

Para que su aserto fuera correcto era requisito indispensable que el Tribunal, al examinar el material probatorio, hubiese admitido como demostrada la injusta y actual agresión de Figueroa destinada a quitarle la vida a Rodríguez, hecho que obligó a éste a responder en igual forma en defensa de su propia integridad; entonces, el yerro consistiría en un error de subsunción del caso concreto bajo los

hechos condicionantes del precepto, toda vez que el sentenciador no seleccionó el artículo 29, ordinal 4 del C. P., aplicando indebidamente la norma del artículo 323 de la misma obra.

Ahora bien, si su intención era cuestionar el estudio que la Colegiatura hiciera de los hechos y de su prueba, la vía a adoptar era la de la violación indirecta, bajo dos aspectos diferentes: Ya escogiendo los terrenos del error de hecho ora los de derecho.

3. Un examen de la cuestión permite a la Sala advertir que, el actor, lejos de respetar el sentido de la violación directa que alega, contrariando la técnica del recurso, se dedica a recrear a su amaño y acomodo la actuación procesal. Con este último paso no hace otra cosa que convertir su libelo en un típico alegato de instancia donde cada sujeto procesal presenta su particular visión del expediente con miras a conseguir que sea acogido por el sentenciador. Sin embargo, en sede de casación esta polémica no tiene razón de ser. Aquí se examina si la decisión judicial se ajusta a la ley, esto es, si se aplicaron correctamente las normas de derecho que se adecuaban al caso y si su pronunciamiento guarda relación con la verdad procesal.

4. Es de observar —volviendo sobre el tema— que si la censura y su desarrollo argumental queda circunscrita al ámbito de la violación indirecta, el éxito no hubiera acompañado su pretensión. Resalta la demanda de casación la versión de Diego Meléndez sobre los pormenores del enfrentamiento pero no aclara si el Tribunal la omitió o la tergiversó, con lo cual el reproche queda al nivel de una simple aseveración, como lo son sus infundadas palabras de que el hecho que revela "...no es imaginación, ni fantacía (sic) de la defensa...".

Tampoco resulta clara su indicación de las "amenazas de muerte" que sufría su patrocinado, al no señalar en ninguna parte del escrito si las exégesis que dan cuenta de ellas fueron silenciadas o distorsionadas por el Tribunal. De otro lado, no resulta seria su alusión a la "...personalidad peligrosa, traicionera y 'mansalvera'..." del occiso, pues no demuestra cuál es su relación con los sucesos criminosos investigados, esto es, si fue debido a su carácter que se desencadenó la tragedia y cuál fue el yerro cometido respecto de las "diversas declaraciones" que la predican. Visto así el planteamiento resulta ineficaz para el fin propuesto, aparte de que no examina la totalidad de las probanzas tenidas en cuenta por el Tribunal, ni la trascendencia que estos yerros habrían tenido en una decisión favorable a los intereses de su cliente. Son, al final de cuentas, apreciaciones deshilvanadas y carentes de cualquier respaldo probatorio.

Pero ni siquiera se sabe si en verdad es la tesis de la legítima defensa la que busca esgrimir en su libelo al apuntar otros criterios distintos y excluyentes. Como bien lo resalta el colaborador del Ministerio Público,

"...pareciera también por las alegaciones referidas, que el ataque propugna por la excluyente de culpabilidad del error (defensa putativa) debatida igualmente en la instancia, partiendo del supuesto que tuvo Rodríguez Pantoja de verse agredido por su 'peligroso' enemigo que de tiempo atrás lo tenía amenazado de muerte. Inclusive, la aminorante punitiva de la ira —artículo 60 del C. P.— al reaccionar contra la injusta provocación producida por las palabras soeces lanzadas por Figueroa, ofensivas al honor maternal del inculpado, el desacierto por lo contradictorio es evidente".

5. El cúmulo de falencias descritas desquician el libelo. Pero aún falta una apostilla final. Una última frase de la exposición argumental llama la atención de la Sala por el desatino jurídico que conlleva. Según su parecer, "...con planteamientos o pruebas que no se encuentran en el proceso no se puede desviar la verdadera adecuación atípica (?) de la conducta del procesado, estando en juridicidad de excepción inscrito su comportamiento".

El actor confunde el proceso de adecuación típica, esto es, el encuadramiento o encaje de la conducta en el supuesto de hecho descrito en la ley penal con la atipicidad, que es el fenómeno contrario, es decir, la presencia de un comportamiento que no se corresponde con la descripción de una figura de delito, siendo, por tanto, la acción penalmente irrelevante. Ahora bien, si la conducta de su patrocinado es atípica, no hay razón para alegar una justificante como la de la legítima defensa pues para predicar esta causal debe partirse de la base de que el comportamiento es típico pero no antijurídico al presentarse la realidad de la eximente. Confundir estos dos presupuestos básicos sobre los que se fundamenta la noción de delito es un craso error que denota a las claras los vacíos jurídicos de que padece el escrito de casación.

No prospera la demanda.

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

UNIDAD PROCESAL / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO

Carece de repercusión el hecho de que la Ley 81 de 1993 hubiese optado por aclarar que era dable el cierre fragmentario de la instrucción para unos procesos o una infracciones solamente, pues si el principio de unidad no es absoluto, se repite, y sí la responsabilidad penal individual, ningún vicio se causa por el solo hecho de hacer escindible una instrucción, mientras no se vulneren las garantías fundamentales del procesado. / Tanto la opción prevista en el anterior artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, como las contenidas en el nuevo texto de los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal (arts. de la Ley 81 de 1993) los fallos condenatorios anticipados que allí se establecen tienen como presupuesto forzoso, ineludible e insuperable la ocurrencia y prueba de un hecho típico, antijurídico y además culpable, frente al cual, y sólo a él, procede y resulta de recibo la admisión de responsabilidad que hace por esas vías el procesado, dando lugar a una imposición de pena. / Repugnante a la justicia, y del todo contrario a un Estado de Derecho resultaría la posibilidad de que en la búsqueda tal vez de una liberación anticipada, o de una pena menor a la prevista en la ley para un caso concreto debatido, auspiciara la ley, cuando desavisados funcionarios judiciales, el proferimiento de sentencias condenatorias adversas a personas inocentes. / Siendo el artículo 139 del Código Penal un mecanismo de política criminal encaminado a estimular la reducción del daño causado por el sujeto agente a la administración pública, flaco servicio se le haría a aquella generalizando la aplicación de un precepto concebido apenas como excepcional, pues muy lejos de animar al arrepentimiento y al restablecimiento del derecho quebrantado, se daría incentivo a factores criminógenos como lo es el tolerarle al infractor desmedidas utilidades e ilícito enriquecimiento.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 029, marzo 17 de 1994.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá resolvió mediante providencia de octubre 27 de 1993 improbar el acuerdo que con fundamento en el entonces vigente artículo 37 del Código de Procedimiento Penal habían suscrito la Fiscalía Delegada ante esa Corporación y el procesado doctor *Luis Alberto Sánchez Rodríguez*, a quien como extitular del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad se le incrimina por la comisión de un concurso de delitos de peculado y prevaricato.

Inconforme con esa providencia, el señor defensor del acusado ha interpuesto el recurso de apelación de cuya decisión entra a ocuparse la Sala.

Hechos:

En cuanto conciernen al acuerdo, los hechos se resumen por la Fiscalía en los términos que siguen:

> "Las irregularidades que motivaron la averiguación, detectadas en primer lugar en visita especial ordenada por el Ministerio Público al proceso ejecutivo de Ana Morales de Vargas contra la Caja Nacional de Previsión Social (Proceso 30511) y que se reproducen de manera más o menos uniforme en los demás, son las referentes, en primer lugar al título presentado, esto es resolución administrativa emitida por CAJANAL, que en muchos casos no reunían los requisitos legales para prestar mérito ejecutivo. Con fundamento en éstas se decretó mandamiento de pago, entonces ya viciado. En segundo lugar se cuestionó la liquidación de los créditos en cuanto a las periodos calculados y la tasa de interés aplicada. En tercer lugar, la fijación de las agencias en derecho señaladas para los mismos procesos sin la observancia de las normas pertinentes, además, resulta controvertible el tratamiento otorgado a las normas sobre inembargabilidad de bienes y rentas del Presupuesto Nacional, aplicadas a los ejecutivos materia de investigación".

A esa inicial actuación (Radicación 30511) donde el desface por solo concepto de intereses alcanzó la suma de $ 134.024.669.47, terminaron por unificarse los siguientes procesos que en decantado análisis así relaciona con sus valores el Tribunal *a quo:*

Radicación	29690	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 46.154.594.69
Radicación	29827	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 99.758.772.21
Radicación	29934	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 91.832.251.80
Radicación	29937	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 18.715.356.70
Radicación	30105	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 97.885.043.10
Radicación	30241	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 9.520.218.85
Radicación	30267	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 9.528.173.07
Radicación	30376	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 106.397.437.66
Radicación	30337	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 125.383.424.26
Radicación	30402	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 29.644.656.34
Radicación	30522	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 109.357.277.35
Radicación	30918	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 101.115.865.66
Radicación	31128	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 132.570.015.00
Radicación	31270	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 154.537.803.45
Radicación	31401	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 18.960.655.22
Radicación	31716	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 5.763.266.51
Radicación	32207	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 84.203.496.00
Radicación	32210	Mayor	valor	pagado	por	intereses $ 51.304.266.00

La suma total defraudada, por el solo concepto de intereses sobreestimados fue de *mil cuatrocientos veintiséis millones, seiscientos sesenta y seis mil doscientos cuarenta y tres pesos con treinta y cuatro centavos ($ 1.426.666.243.34)*, sin añadir aún el valor de las excedidas sumas por concepto de agencias en derecho ni los eventos de dobles cobros de una misma obligación a la entidad demandada.

Queda además en claro, que para el Tribunal el acuerdo no podía incluir dentro del rubro del peculado sino 19 procesos, no 22 como lo había inferido el fiscal, pues el dictamen pericial excluyó los radicados 31172, 31784 y 31827 (hoja 23 de la providencia impugnada).

El acuerdo sobre terminación:

Cerrada la investigación y descorrido el término para alegaciones, el día 14 de enero de 1993 los dos fiscales que venían adelantando la actuación unificada enderaron a la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad sobre la solicitud dirigida por el procesado al logro de un acuerdo en los términos que para entonces regulaba el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

Paralelamente con la anterior comunicación, los funcionarios destinatarios del pedimento solicitaron a sus superiores el señalamiento de las pautas para el adelantamiento del acuerdo, y con el visto bueno de la Unidad se inició el trabajo de duplicación del voluminoso expediente, cuya dilación se prolongó por siete meses, al punto de merecer el requerimiento del Tribunal que al recibir finalmente en su integridad la actuación, fijó inicialmente la fecha de audiencia para el 7 de septiembre.

Inexplicablemente se produce para entonces el desplazamiento de los fiscales que suscita un nuevo aplazamiento, verificándose por fin la diligencia de audiencia el 29 de septiembre. En ese acto, la Fiscalía presentó suscintamente la acusación dentro de su intervención verbal, y advirtió que se concretarían solamente cargos por los delitos de peculado en concurso homogéneo con una pluralidad de delitos de prevaricato, sin explicar qué infracción en concreto tomaba como base para la tasación. Tan solo aclaró que se trataba de un peculado y como el procesado había depositado la suma de siete millones de pesos ($ 7.000.000.00) como resarcimiento, a ese valor le daba connotación de reintegro parcial, invocando las causales 3 y 11 de agravación punitiva para concluir en la solicitud de una pena principal de 72 meses de prisión, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa por cuantía de $ 500.000.00. Ninguna explicación se dio allí con relación a la gravedad del delito, tampoco sobre la personalidad del procesado, advirtiendo tan solo que no quedaba incluida la rebaja del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

Consta en el acta la manifestación expresa de acuerdo por parte del procesado, también la de su defensor y aún la del representante del Ministerio Público, adosándose un escrito por la Fiscalía sin que el conocimiento de su contenido ni la expresa manifestación de acuerdo conste por parte del procesado, documento que incluye una relación simple de los elementos probatorios, refiere a los tipos de peculado y prevaricato por omisión con sus respectivas penas, precisa que el acuerdo cubre las infracciones cometidas dentro de 22 procesos ejecutivos que hacen parte del plenario y resalta que el delito de peculado se consideró agravado, aclarando que el trabajo contable había sido selectivo y aún hallándose incompleto sumaba por la sola diferencia en el monto de los intereses la cantidad de un mil cuatrocientos veintiséis millones seiscientos sesenta y seis mil doscientos veinticuatro pesos ($ 1.426.666.224.00). También se aclaró que la suma tenía necesariamente que abultarse porque las agencias en derecho fueron igualmente excesivas y no se ajustaron proporcionalmente en aquellos casos en que la cuantía llegó a reducirse.

Tampoco en este escrito se precisa cuál de los varios delitos de peculado se consideró más grave ni cuál la pena que para ese evento se tuvo como base para hacer luego los incrementos de las causales genéricas de agravación y restarle la reducción por reintegro, omi-

tiendo explicaciones sobre la relevancia que se da al monto del depósito frente a la entidad del daño patrimonial causado al erario.

La providencia impugnada:

Al asumir el análisis del acuerdo sometido a su control legal, el Tribunal hizo un recuento adecuado de los hechos, se ocupó de valorar las pruebas y como consecuencia de ese análisis sentó en esencia las siguientes conclusiones:

—La Fiscalía dedujo la presencia de 22 delitos de peculado, pero la actuación procesal tan solo cuantificó irregularidades relevantes frente a 19 casos, llegando el más grave de ellos en consideración a la cuantía del fraude a la suma de $ 154.537.803.45 en el solo rubro del reconocimiento irregular y excesivo de intereses, pues restaba aún el análisis de un monto superior por agencias en derecho.

—Pese al silencio que sobre ese tópico guardó la Fiscalía, debe entenderse que el acuerdo pactado fue parcial, porque al lado de los delitos de peculado y prevaricato mediaban cargos por delitos de falsedad en documentos, sobre los cuales nada se dice en el arreglo consensual.

—Los hechos revistieron especial gravedad, tanto por consideración a la cuantía como por el destino de los dineros indebidamente apropiados, orientados a atender las prestaciones sociales de empleados y pensionados en los ramos de salud y pensiones principalmente, haciéndose más gravosa la situación para los ancianos demandantes en los distintos procesos laborales, que apenas recibieron simbólicas sumas de dinero desproporcionadamente inferiores a aquellos que aparecían corresponderles.

Dentro de la misma orientación se añade que la Fiscalía desestimó otro hecho agravante ostensible y demostrado, constituido por el evidente acuerdo de una pluralidad de personas que con programación y cuidado dio lugar al millonario fraude.

—Sobre esos presupuestos la suma de siete millones de pesos ($ 7.000.000.00) entregada por el procesado a título de resarcimiento resultaba nimia para ser tenida como reintegro parcial en uno solo de los procesos ejecutivos, dada la evidente desproporción entre lo indebidamente apropiado y la oferta sobre devolución, situación mucho más inadmisible al enfrentar el caso con la totalidad de los delitos en concurso y el monto íntegro del daño, situación que a lo sumo podría repercutir constituyendo la causal de atenuación genérica (art. 64-7 del C. P.), mas no la específica y generosa del artículo 139 del Código Penal.

Como consecuencia y apuntando que "si para un solo delito de peculado el mínimo de pena, *sin considerar las circunstancias de agra-*

vación punitiva, es de 4 años de prisión, pugna a la razón y a la lógica jurídica que por los restantes peculados y prevaricatns de igual magnitud, sean penados con tan solo 24 meses de prisión". Como consecuencia, el acuerdo concluyó improbado, disponiéndose el regreso de la actuación con destino a la Fiscalía, y la expedición de copias para enteramiento y averiguación de un delito de falsedad.

Motivos del recurrente:

El señor defensor del procesado concretó en la sustentación de la alzada las siguientes razones de inconformidad:

1. El Tribunal incurrió en irregularidades sustanciales que darían lugar a su invalidación.

La primera, a decretar a partir del auto de cierre de la investigación, se consumó al cubrir con esa determinación tan solo al doctor Sánchez Rodríguez, excluyendo a los otros procesados, pues con esa decisión se conculcó el debido proceso, quebrantando el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, dado que a la fecha de esa decisión, el cierre de la investigación para todos los vinculados era forzoso, y la continuación de la investigación solamente procedía como consecuencia de una calificación sumarial y no en sustitución de ella.

Cierto es, reconoce el recurrente, que con ulterioridad la Ley 81 de 1993 abrió la posibilidad legal a las alternativas por las que prematuramente optó la Fiscalía, pero cierto también que cuando así se proveyó, la ley no autorizaba una actuación de esa naturaleza.

El segundo defecto, capaz de invalidar a partir del auto de junio 18 de 1993, radicó en la indebida ruptura de la unidad procesal, pues en esa fecha la Fiscalía profirió un auto separando de esta actuación el proceso radicado 0298 que ya se había incluido dentro de las negociaciones, con el solo argumento de que en él aún no aparecía vinculado el procesado. El acto irregular privó al doctor Sánchez de la posibilidad de incluir ese cargo dentro del acuerdo, dificultando su derecho de defensa, y dejando activo un proceso que con los otros se esperaba concluir de manera anticipada.

2. Para el evento en que la Sala inacogiese la anulación parcial pedida, el recurrente planteó la revocación de la decisión apelada para que en su lugar se acogiera el acuerdo, fundado para ello en las siguientes consideraciones:

—El Tribunal desconoció toda la serie de conversaciones que precedió al final acuerdo logrado con la Fiscalía, analizando las pruebas como si se tratara de un fallo final dentro de un proceso regularmente culminado, sin tomar advertencia en cuanto el cargo de prevaricato resultaba cuestionable respecto del desconocimiento de la inembarga-

bilidad de los bienes y rentas incorporados al Presupuesto de la Nación, según fallo de la Corte Constitucional de octubre 1º de 1992 que exceptionó esa protección "para lograr el pago de obligaciones dinerarias del Estado provenientes de una relación laboral con los servidores del Estado".

—Se censura también de prevaricato y peculado la aprobación de liquidaciones de crédito y el pago de intereses al 18% anual y no al 6% que establecía el artículo 1617 del Código Civil, cuando la misma sentencia de constitucionalidad les dio a las obligaciones de los servidores públicos las mismas garantías de las sentencias judiciales, redundando en aplicabilidad del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Procedía, entonces la aplicación de la indexación y no de un interés restringido y propio de las relaciones meramente civiles, distintas del trabajo humano.

—La excesiva tasación de agencias en derecho que se dice constitutiva de los delitos de peculado y de prevaricato, desconoce que la norma aplicable era el artículo 393 del Código Civil y no el 20 del Código de Procedimineto Civil, porque mientras ésta se refiere a la determinación de competencia por razón de la cuantía, aquella, la aplicable, señalaba las pautas para la fijación de agencias, que no llegaron a exceder el 20% del valor de las pretensiones acumuladas.

—Para objetar el doble cobro de reconocimientos o ajustes pensionales, ya la defensa había demostrado que se trataba de un punto controversial y que en repetidas oportunidades la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá había advertido la irrelevancia de la advertencia: "No presta mérito ejecutivo" que contenían algunas copias de resoluciones, correspondiéndole al demandado la presentación de excepciones cuando hubiera mediado su pago parcial.

3. Respondiendo que la sustitución de los fiscales en el curso de las sesiones de preacuerdo —23 en total— constituía un acto autónomo de la Fiscalía, explicable porque aquellos que finalmente suscribieron habían intervenido en las faces iniciales del sumario, el apelante contesta a los reparos del Tribunal, diciendo que lo trascendente era la exteriorización del arrepentimiento por parte del procesado y su voluntad de restituir al menos en parte la cuantía de la infracción.

Desde este punto de vista concluye en que la pena propuesta por el ente acusador era la correspondiente al caso analizado, y para suplir el silencio de la Fiscalía, explica que las consideraciones punitivas dentro de los arreglos habían sido claras al partir del delito de peculado en cuantía superior a los quinientos mil pesos, asumiendo las circunstancias genéricas de atenuación para llegar al mínimo de 4 años, aumentándolo en otro tanto (80 meses) por razón del concurso, pero reduciéndolo a los 72 que aparecen en el acuerdo "por presentarsen

circunstancias genéricas de atenuación punitiva, por la voluntad del procesado de acogerse a la terminación anticipada del proceso y a la colaboración que le había prestado a la Fiscalía...".

Fue esa pena la que determinó la aceptación del acuerdo por parte del sindicado y respecto de los procesos que contempla ésta actuación, pues hay otros como uno de enriquecimiento ilícito que se siguen por cuerda separada, circunstancias bajo las cuales considera la defensa procede la revocación del auto impugnado, y para desplazarlo, la aprobación del acuerdo por parte de la Corte.

Consideraciones de la Sala:

1. No resulta irrelevante aclarar que para la Corte el hecho de haber conocido en oportunidad anterior de uno de los procesos ahora unificados en contra del doctor Luis Alvaro Sánchez, revisando por vía de instancia (auto de febrero 20 de 1992) la medida de aseguramiento proferida en su contra, no constituye ahora motivo que impida el pronunciamiento que se pide, porque esa intervención funcional, dentro de un sistema procesal distinto del que ahora rige, no se ha previsto expresamente por el legislador como causal de recusación, menos asimilada a la intervención que en la actualidad compete a la Fiscalía,

Así lo viene entendiendo por mayoría la Corporación en reiterados pronunciamientos, y en igual sentido lo ha ratificado frente a la Ley 81 de 1993, cuando al introducir modificaciones al artículo 103 del Código de Procedimiento Penal restringe la nueva causal 11 de excusa a los casos en que el juez hubiese actuado como "fiscal", y sólo a ellos.

Es de entender, entonces, en cuanto el término fiscal identifica únicamente al ente instructor y acusador dentro del nuevo sistema acusatorio, que no estuvo en el querer del legislador el extender tal situación a quienes en condición de jueces actuaron durante la vigencia del Decreto 052 de 1987 en la etapa sumarial, pues la fórmula inicial de la iniciativa del Gobierno que extendía esta recusación al caso más amplio en que el juez hubiera "intervenido en la instrucción" fue suprimida en el Congreso, y de ello cabe colegir, bajo el principio de taxatividad que rige esta materia, que no es admisible ante la ley interpretar en los pronunciamientos anteriores la existencia de un prejuzgamiento capaz de afectar la garantía de un juicio imparcial.

2. Aclarado el punto anterior, y al tiempo el hecho de haber ocurrido el acuerdo en vigencia del artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 —ahora modificado también por la Ley 81 de 1993, arts. 37 y 37A—, de rigor resulta añadir que las consideraciones pertinentes tendrán por fuerza en mira el precepto vigente a la fecha del acuerdo y del pronunciamiento improbatorio de primera instancia, y no otros diferentes.

Dentro de esa perspectivas resulta necesario cuestionar la inusitada prolongación que se le dio al lapso de la negociaciones encaminadas a la búsqueda del acuerdo entre la Fiscalía y el procesado tendiente al proferimiento de una sentencia anticipada, pues no resulta comprensible ni aceptable que este estadio procesal se hubiese prolongado como aquí ha sucedido por cerca de ocho meses, mucho menos si para el momento de intentar aquella solución se había clausurado ya la etapa instructiva, pues se trataba de buscar precisamente una conclusión abreviada del proceso, y no un rito más dilatado que el ordinario, y más complejo.

Dentro de estas circunstancias, la imagen que lamentablemente dejan las demoras en la remisión íntegra del expediente al Tribunal, pero particularmente la excesiva prolongación de las conversaciones preliminares —veintitrés (23) sesiones, según información del recurrente—, parecería corresponder si no a un manejo de esta etapa por el procesado y no por la Fiscalía como era de rigor, sí a una indefinición de criterio que no se aviene con la naturaleza de un instituto llamado mediante la prevalencia de los principios de economía y oportunidad a descongestionar la Fiscalía y los Tribunales, procurando para la sociedad la recuperación de la confianza en la justicia mediante el proferimiento rápido de fallos de condena, para la víctima la facilitación de los mecanismos idóneos a la obtención del resarcimiento de perjuicios, y para el procesado la conclusión rápida de su asunto, recibiendo como ventaja la reducción de pena autorizada por la ley.

Al lado de los factores anteriores media otra actuación que a juicio de la Sala margina una debida ortodoxia procesal, genera confusiones y cuando menos en parte para este proceso explicaría las dilaciones que acusa, caracterizada por la indefinida intervención única o plural de los fiscales de la Unidad Especial de la Delegada ante el Tribunal, pues hay autos y comunicaciones que suscribe, un solo funcionario, en otras ocasiones se da el concurso y firma de dos fiscales como ocurrió en la audiencia y el acuerdo, pero tampoco faltan actuaciones como la providencia que denegó la reposición del cierrte instructivo que suscriben conjuntamente cuatro funcionarios de la Unidad, al punto de ignorarse si hay un criterio dominante, si se han acordado requisitos en cuanto al número de firmas requerido para la validez de una actuación, de qué factores depende la intervención de uno, dos o más fiscales, y en qué casos participarán los cuatro, poniéndose en duda que esa pluralidad de funcionarios garantice la celeridad y el equilibrio entre las partes.

3. Sin que este extraño modo de actuar implique, sin embargo, defecto sustancial que invalide lo cumplido, pasa la Sala a ocuparse del estudio de la argumentación que en su escrito impugnatorio propone la defensa, centrando el debate de la instancia:

a) La primera invocación del recurrente apunta a la invalidación del trámite cumplido, pues por doble motivo, en su sentir, se habría

desconocido del debido proceso: Uno, cifrado en el cierre de la instrucción sólo respecto del exjuez Sánchez Rodríguez, separando la suerte de los restantes procesados; el segundo, por excluirse del acuerdo los cargos contenidos dentro del expediente inicialmente radicado bajo el número 0298.

Tratándose en el caso que se debate, de una terminación anticipada del proceso, cuyo fracaso regresaría la actuación al estadio previo a la iniciación de los acuerdos, resulta inaceptable un planteamiento anulatorio relacionado con otros procesados no interesados en la terminación anticipada, frente a los cuales el impugnante ni siquiera acredita su interés, o con delitos no incluídos en el pacto, porque la competencia del juez en estos casos se halla restringida a una revisión de legalidad sobre el acuerdo, sin que le asista una competencia lata sobre la etapa de instrucción que ha de continuar bajo la dirección y el control de los fiscales.

Por lo demás, en nada incide la actuación que el defensor critica sobre la validez o legalidad de los acuerdo, ni mucho menos el alegante intenta desmostrarlo, cuando limita sus réplicas a sostener que se ha violado el debido proceso mediante el rompimiento de la unidad procesal, ora marginando a otros procesados, ora excluyendo otros delitos, sin reparar en que el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal prescribe expresamente que el principio de unidad procesal no es absoluto, de modo que su ruptura "no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales".

De darse aquella afectación como génesis de una nulidad, tenía además por carga el proponente, como así se lo impone el numeral 2 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal la de entrar a "...demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento". Lejos de atender aquel precepto, el apelante se ha conformado con señalar un hecho y predicarle una consecuencia, omitiendo señalar de qué manera esa ruptura de la unidad lesionó los intereses del doctor Sánchez Rodríguez. Desestimando la Sala la informal propuesta, bástale con recordar que el acuerdo sólo surgió como exclusiva iniciativa del exjuez Sánchez y no de los coprocesados, lo que implicaba dividir la suerte de la actuación de uno y otros, pero además presuponía que fuese solo con relación a los cargos concretados por la Fiscalía donde entrara a mediar la voluntad de acuerdo, como la aceptación de anticipar la sentencia de condena.

Dentro de estas circunstancias, nada podía impedir que los acuerdos se lograsen tan solo respecto de unos delitos o unos procesados, proseguir en lo restante la instrucción, quedando todavía como garantía de equilibrio en caso de otra u otras sentencias de condena, la posibilidad de la acumulación jurídica de penas (art. 505 del C. de P. P.).

Por los mismos motivos se dirá que carece de repercusión el hecho de que la Ley 81 de 1993 hubiese optado por aclarar que era dable el cierre fragmentario de la instrucción para unos procesados o unas infracciones solamente, pues si el principio de unidad no es absoluto, se repite, y si la responsabilidad penal individual, ningún vicio se causa por el solo hecho de hacer escindible una instrucción, mientras no se vulneren y ello aquí no se acredita, las garantías fundamentales del procesado.

b) Superada la opción anulatoria, la segunda argumentación de la defensa cuestiona seriamente su interés como recurrente, avocando en su lugar a una franca contradicción entre lo razonado y lo pedido:

Al sostener el apelante que los embargos sobre bienes y rentas incorporados al presupuesto de la Nación no podían ser reprochados luego de un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, que los intereses estuvieron correctamente liquidados frente al Código Contencioso Administrativo; que las agencias en derecho no fueron excesivas, ni el doble cobro de ajustes ya pagados le era imputable al juez sino a la parte demandada, notoriamente encaminó sus objeciones al enervamiento de la adecuación típica de las conductas atribuidas al exjuez Luis Alvaro Sánchez, pues la prosperidad de estos fundamentos llevaría a acreditar que las decisiones adoptadas no eran manifiestamente contrarias a la ley y que los fondos de la Caja Nacional de Previsión tampoco habían sido ilegítimamente afectados, y ello conduciría a sostener, que ni el delito de prevaricato se dio, ni el de peculado.

Cómo entender, entonces, que frente a hechos atípicos y por lo mismo impunes, pueda un juez tolerar y emitir una sentencia anticipada que lleve a la condena de una persona inocente, injusta decisión a la que llevaría la revocación del impugnado auto improbatorio del acuerdo?

Tamaña contradicción obliga a precisar con toda claridad y por encima de cualquier otra consideración, que tanto la opción prevista en el anterior artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, como las contenidas en el nuevo texto de los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal (arts. de la Ley 81 de 1993) los fallos condenatorios anticipados que allí se establecen tienen como presupuesto forzoso, ineludible e insuperable la ocurrencia y prueba de un hecho típico, antijurídico y además culpable, frente al cual, y sólo a él, procede y resulta de recibo la admisión de responsabilidad que hace por esas vías el procesado, dando lugar a una imposición de pena.

Repugnante a la justicia, y del todo contraria a un Estado de Derecho resultaría la posibilidad de que en la búsqueda tal vez de una liberación anticipada, o de una pena menor a la prevista en la ley para un caso concreto debatido, auspiciara la ley, cuando desavisados funcionarios judiciales, el proferimiento de sentencias condenatorias adversas a personas inocentes.

Es por ello, y en precaución de una desnaturalización total de la justicia, que en la inicial redacción del artículo 37 del Decreto 2700 de 1993 se prevenía que el fiscal en el caso de terminación anticipada del proceso, presentara los cargos surgidos "de acuerdo con la investigación" y no especulativa ni graciosamente, lo que implica un ineludible ceñimiento a las pruebas, porque de igual manera la aprobación del juez sobre el acuerdo debía consultar no tan solo la voluntad libre de la Fiscalía y el procesado al suscribir su acuerdo, sino ante todo la "prueba suficiente" obrante en el plenario, condiciones que en los actuales artículos 37 y 37A se concreta al sostenerse en el primero que el fiscal "...podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas..." necesariamente encaminadas a la mejor comprobación del hecho y la responsabilidad del procesado y en el 37A que la audiencia versará sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, advirtiendo la posibilidad excepcional de precluir por otras infracciones menos graves en caso de "duda probatoria" sobre su existencia, lo cual remarca la necesidad de que sobre los hechos del acuerdo medien elementos demostrativos suficientes para sostener una acusación que, precisamente, tanto en la sentencia anticipada como en la audiencia especial, sobre el presupuesto de una definición previa de la situación provisional, permita la equivalencia con la resolución acusatoria (art. 37b, numeral 2, en concordancia con el art. 442 del C. de P. P.),

Los precisados argumentos defensivos, resultan por consecuencia en un todo inadmisibles para llevar a la revocación del auto que se apela, porque si en la conciencia del abogado recurrente está el convencimiento de la atipicidad de las conductas imputadas, según primeras razones de su escrito, lo provechoso para el procesado estaba en apoyar la improbación de los acuerdos, y como consecuencia el regreso a la actividad ordinaria del sumario, buscando de una vez en la calificación de la instrucción las decisiones favorables.

c) Sin que el escrito de impugnación se quede en el planteamiento precedente, y abundando el cúmulo de las contradicciones, vuelve por fin el defensor a las razones del acuerdo y sobre una aceptación de cargos encaminada a la conclusión aún anticipada del proceso con notorias ventajas en la pena, procura complementar, como se ha dicho, los vacíos dejados en la formulación fiscal de acusación, admitiendo que los delitos de prevaricato y peculado sí se dieron, y como consecuencia de la actitud del procesado y del reintegro parcial de las sumas ilegalmente apropiadas, deben los juzgadores acoger la tasación propuesta en la audiencia, condenando al doctor Sánchez Rodríguez de la manera como se sugiere de consuno.

Valga decir para iniciar en este punto la respuesta, que ya la Corte, en el proceso que le correspondió intervenir como segunda instancia, dejó sentadas razones suficientes relacionadas con el análisis de los

hechos instruidos dentro de este expediente, y al confirmar la medida de aseguramiento en contra del doctor Sánchez Rodríguez, precisó lo pertinente sobre la adecuación típica de los delitos de prevaricato y peculado, haciendo el oportuno análisis de los medios probatorios.

También se ha dicho que en su momento, con cuidado y con acierto, la providencia ahora apelada complementó lo atinente con los otros dieciocho eventos hasta aquí acreditados, donde al seguir el mismo "*modus operandi*" del caso revisado en auto de febrero 20 de 1992 por esta Corporación, completó una defraudación cuantificada apenas parcialmente en suma superior a los mil cuatrocientos millones de pesos, y una pluralidad de prevaricatos por acción y omisión concretados en el reconocimiento excesivo e ilegal de sumas por concepto de intereses, desbordamiento al señalar las agencias en derecho, emisión de mandamientos de pago contrarios a la ley por falta de títulos ejecutivos que fácil dieron lugar a dobles cobros, autos aprobatorios de infladas liquidaciones de créditos y omisión en el deber de reintegrar de levantar embargos y devolver los saldos favorables a la entidad ejecutada, facilitando así nuevos gravámenes por cuenta de otros cobros reprochables.

No se discute por el apelante, ni hubo inconformidad de los otros sujetos procesales en lo que toca a este aspecto, de modo que se han de tener por incorporados como presupuesto probatorio tanto los análisis probatorios y jurídicos que en la ocasión precedente y que se cita tenía realizada esta Corporación, como en la providencia que la defensa ataca en alzada.

Siendo lo anterior así, debe expresar la Corte su respaldo hacia las razones con las que el Tribunal improbó el acuerdo, afirmando desde ahora que sin tratarse de imponer sobre el criterio del fiscal el subjetivo o íntimo del juez, ni de ignorar las bondades que el instituto del artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 o bien ahora de los artículos 37 y 37A modificados e innovados por la Ley 81 de 1993, la intervención del ente juzgador debe asistirse de la suficiente conciencia y claridad en cuanto es de su exclusiva incumbencia la declaración final de responsabilidad del procesado, lo mismo que la graduación de las penas con ceñimiento a las pruebas y a la legalidad, pues lejos de sugerir ventajas no escritas, los preceptos que se invocan para el trámite especial son claros en advertir y restringir los beneficios para el procesado a una precisa reducción de pena, mas no al otorgamiento de perdón ni a la concesión de gracias no contempladas expresamente en la ley, tampoco al ofrecimiento de interpretaciones acomodaticias de preceptos legales que aparentando abonos o ventajas extralegales, tan solo muestran un interés por inducir a arreglos que en últimas no podría aprobar el juez.

Tal es lo que la Sala encuentra en el caso que se estudia:

Si se trataba del concurso de una pluralidad de delitos de peculado con un número también plural de infracciones de prevaricato, la tasa-

ción de pena debía indicarle al funcionario la necesidad de ubicar de acuerdo con la pena el ilícito más grave —art. 26 del Código Penal—, ocupándose de su individualización según parámetros objetivamente señalados en el artículo 61 *ibidem*, y luego de su incremento en consideración al número de hechos materia de juzgamiento, como este último precepto lo indica en su parte final.

Si eran éstas las claras bases de la tasación, debió la Fiscalía, autorizada para entonces por la norma legal para acordar sobre la pena, decir con toda claridad cuál era la infracción que le servía de base, y precisar una a una las modalidades y circunstancias del hecho sobre las cuales concluía una determinada pena y no otra.

Obligados el Tribunal primero, y hoy la Corte, a suplir aquellas deficiencias, no otra posibilidad resulta que la selección del delito de peculado como infracción más grave, sancionada en razón a su modalidad admitida (apropiación para beneficio propio) y su cuantía (el episodio individualmente más grave fija el monto por indebidos intereses en $ 154.537.803.45) por el artículo 133, inciso segundo del Código Penal, con una pena de cuatro (4) a quince (15) años.

Coincidiendo con este primer aspecto, a él apunta el apelante, superando el silencio de la Fiscalía, que

> "...la pena mínima que sería aplicable es de 48 meses de prisión, la que rebajada en una sexta parte se ve disminuida a 40 meses de prisión. Por tratarse de un concurso de delitos se aplica la pena para el delito más grave aumentada hasta en otro tanto, la que llegaría a un máximo de 80 meses de prisión, pero por presentarsen circunstancias genéricas de atenuación punitiva, por voluntad del procesado de acogerse a la terminación anticipada del proceso y a la colaboración que le había prestado a la Fiscalía propuso la pena de *setenta y dos meses de prisión... fue tal propuesta el motivo para que el procesado Alvaro Sánchez aceptara los cargos y la pena...*".

Si esa era la explicación del quantum acordado, con facilidad se comprende que al partir del mínimo legal los sujetos acordados desconocieron sin razón ni fundamento el artículo 61 del Código Penal, pues no se consultó la gravedad y modalidades del hecho como tampoco las causales de agravación genérica. Con qué facultad desconocer que no se trataba aquí de un peculado apenas superior a los quinientos mil pesos sino de una suma, se insiste, de por lo menos $ 154.537.803.45 en el caso individualizado hasta ahora como el más cuantioso?

Esta sola circunstancia obligaba ya por sí sola un ajuste severo sobre el mínimo de pena, y con ella cuando menos las causales 4, 7 y 11 del artículo 66 del Código Penal, pues dado el mecanismo escogido para el fraude (proceso laboral con su necesario acopio de pruebas y

manejo cuidadoso del debate), la pluralidad de personas preacordadas (juez, empleados, abogados demandantes y representantes de la demandada) y la relevante postura del funcionario que además le convocaba expresamente a hacer cumplir la ley, indicaban dentro de la amplia fluctuación del artículo 133 ya evocado a aproximar la sanción a la mitad del máximo, hechas las reducciones correlativas a la buena conducta anterior del exfuncionario.

Pero además de errar en la desestimación de los agravantes, falló también la Fiscalía al reconocer una específica atenuante que no correspondía, pues, como se verá, ni se explicó la razón por la cual se reconocía la disminución del artículo 139 del Código Penal, ni asoman para la Sala razones que den lugar a un descuento por el abono ínfimo de una suma de dinero frente a la defraudada, ni otras distintas a esa sola consideración que pongan en actividad un mecanismo de descuento sólo previsto como excepcional.

La atenuación específica que para el delito de peculado autoriza el artículo 139 del Código Penal exige que el sujeto agente por sí o por un tercero haga "cesar el mal uso", "repare lo dañado o reintegre lo apropiado, perdido, extraviado o su valor", autorizando para esos eventos una rebaja de pena hasta en las tres cuartas partes o hasta en la mitad, según el restablecimiento del equilibrio para la administración ocurra previa la apertura de la investigación, o en su defecto, antes de la sentencia de segunda instancia.

> "Cuando el reintegro fuere parcial —añade el último inciso—, el juez podrá, en casos excepcionales, y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte".

Como claro se ve, no autoriza el reintegro parcial la reducción forzosa de la pena. Haciéndola potestativa, le fija al juez parámetros de aplicación que bajo la excepcionalidad indica que no ha de ser la rebaja la norma general, y con la remisión al artículo 61 del Código Penal obliga a reconsiderar la gravedad del hecho, sus modalidades, la personalidad del delincuente y las demás circunstancias de mayor o menor punibilidad.

Para el caso que se controvierte, ninguna duda ofrecía determinar que la cuantía de la ofensa al erario hacía enteramente desproporcionada por mínima la suma ofrecida como reintegro, pero todavía ridiculizada al cotejarte frente al monto total de lo defraudado, según aproximación pericial.

Siendo minúsculo el abono, e irrelevante ante la entidad del daño, cuál entonces la consideración que favorecería al doctor Sánchez Rodríguez con la excepcionalidad?

Como viene de advertirse, ni la Fiscalía la explicó, ni indicó las pruebas que le llevaban al reconocimiento de la importante reducción,

ni las halla la Sala para sobrepasar el escollo presentado, pues nada advierte la imposibilidad surgida para la restitución íntegra por quien admite la apropiación de sumas tan considerables. Muy al contrario, siendo el artículo 139 del Código Penal un mecanismo de política criminal encaminado a estimular la reducción del daño causado por el sujeto agente a la administración pública, flaco servicio se le haría a aquella generalizando la aplicación de un precepto concebido apenas como excepcional, pues muy lejos de animar al arrepentimiento y al restablecimiento del derecho quebrantado, se daría incentivo a factores criminógenos como lo es el tolerarle al infractor tan desmedidas utilidades e ilícito enriquecimiento.

Descontada la reducción prevista para el reintegro parcial, y con ella la aplicabilidad del artículo 139 que se cita, el depósito por abono a lo sumo daría para dejar la pena base en los siete años de prisión (art. 64-7 del Código Penal), tasación que ajustada de la manera indicada por los artículos 26 y 61 —parte final - del Código Penal por razón del concurso de delitos, indica una sanción final por el número, heterogeneidad y cuantía de esas restantes infracciones, de más del doble de la anunciada y ofrecida por la Fiscalía, lo que en últimas constituye razón de peso y suficiencia para la inaceptación del acuerdo convenido.

En estos términos se pronunció el Tribunal *a quo*, y en ellos habrá de confirmarse su medida.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia motivo de alzada, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá imprueba el acuerdo de terminación anticipada del proceso suscrito entre la Unidad Especial de la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca y el procesado doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

De regreso la actuación a la Fiscalía de origen, dése cumplimiento al parágrafo segundo del artículo 37A del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Ver salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez en el impedimento de enero 28 de 1994. Radicación 9035.

ACCION DE REVISION

En la causal sexta de revisión se establece la posibilidad de invocar esta acción cuando haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria, mediante jurisprudencia de la Corte. Así las cosas, no es dable acudir, a esta causal para obtener decisión distinta a una absolución, esto es que quede por fuera cualquier otra pretensión que tenga como objetivo obtener beneficios denegados en el fallo que se ataca.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 29, marzo 17 de 1994.

Vistos:

Se resuelve sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presenta por el apoderado de *Anderson Ospina Correa*, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, confirmatoria de la dictada por el Departamento de Policía de Risaralda —Juzgado de Primera Instancia—, en la cual se impuso al acusado veintiocho (28) meses de prisión por el delito de concusión.

La demanda:

El libelista invoca la causal de revisión prevista en el numeral 6º del artículo 232 del C. de P. P., que textualmente dice:

> "Cuando mediante pronunciamiento judicial la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria".

La argumentación está orientada a demostrar que el sentenciado es merecedor de la condena de ejecución condicional, beneficio que le fue revocado por el Tribunal Superior Militar, sin que se aduzca ninguna razón valedera para tomar dicha determinación, habida consideración que el condenado reúne los requisitos exigidos por el artículo 68 del C. P.

Transcribe apartes de dos pronunciamientos de esta Corporación que se refieren al instituto de la condena de ejecución condicional, en las cuales se reitera que para el otorgamiento de tal beneficio deben tenerse en cuenta la naturaleza y modalidades del hecho punible, la personalidad del procesado y que la pena no exceda de tres años.

Consideraciones de la Sala:

La demanda de revisión esta orientada a que se otorgue el beneficio de la condena de ejecución condicional, el cual había sido concedido por el juzgador de primera instancia y revocado por el Tribunal Superior Militar.

En la causal sexta de revisión se establece la posibilidad de invocar esta acción cuando haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria, mediante jurisprudencia de la Corte.

Así las cosas, no es dable acudir a esta causal para obtener decisión distinta de una absolución, esto es que queda por fuera cualquier otra pretensión que tenga como objetivo obtener beneficios denegados en el fallo que se ataca.

En el caso que nos ocupa, fácil es concluir que el actor no discute lo relacionado con lo fundamental del fallo condenatorio, cual es el haber encontrado culpable a su patrocinado, sino que por el contrario, se limita a cuestionar la revocatoria de la condena condicional dispuesta por el Tribunal Militar, que no es alacable haciendo uso de esta causal de revisión.

Al margen de lo anterior, motivo suficiente para rechazar la demanda, es oportuno advertir que no basta transcribir apartes de pronunciamientos emitidos por esta Sala, sin demostrar en qué consistió el cambio favorable del criterio jurídico, falla en la cual también incurre el accionante.

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

Resuelve:

RECHAZAR la demanda de revisión presentada pur el apoderado del procesado Anderson Ospina Correa.

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.

TIPICIDAD / PREVARICATO / CESACION DE PROCEDIMIENTO

No obstante la insistencia y pluralidad de argumentos que ha esbozado la defensa en el desarrollo de este proceso para señalar la dificultad que se presenta en la diferenciación entre las causales objetivas para cesar un proceso y las subjetivas, ello no ofrece tal grado de confusión. / Desde el punto de vista de la dogmática penal, cuya vigencia admite el propio defensor, la tipicidad atañe a la conducta que el legislador ha descrito como constitutiva de delito; por tanto es inadmisible que se desvíe su contenido hacia otro de los aspectos de la infracción penal cual es el de la autoría y la responsabilidad. Es ello tan evidente que resulta un absurdo jurídico afirmar que una determinada conducta es atípica porque no se ejecutó tal o cual persona. De esta manera resulta absolutamente nítido y no sujeto a confusión alguna, que el análisis del grado de participación de un implicado en la realización de un hecho punible, es de naturaleza esencialmente subjetiva.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 31.

Vistos:

La Sala de Casación Penal decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 6 de septiembre de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior de esta ciudad condenó al exjuez *Jaime Humberto Gutiérrez Luque* como responsable del delito de prevaricato.

Hechos:

El 14 de mayo de 1991, el doctor Jaime Humberto Gutiérrez Luque se desempeñaba como Juez 26 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá

y en tal calidad asumió el conocimiento del proceso que se adelantaba contra Rubén de Jesús Botero Vásquez y Ricardo Antonio Fernández Arregocés, contra quienes el Juzgado 31 de Instrucción Criminal y el Tribunal Superior de Bogotá había proferido resolución acusatoria por el delito de hurto calificado y agravado, cometido en la mañana del 29 de agosto de 1990 contra una de las sucursales del Banco Industrial Colombiano, en cuantía aproximada de ocho millones de pesos.

Después de haber solicitado y obtenido que en la etapa probatoria de la causa se recibieran dos testimonios, el defensor de Rubén Botero Vásquez presentó un memorial demandando para éste la cesación del procedimiento.

En efecto, mediante auto del 27 de junio de 1991, el doctor Jaime Humberto Gutiérrez Luque, en la condición oficial ya anunciada, accedió al ruego del apoderado; por tanto, dispuso cesar el procedimiento contra dicho sindicado, a quien dejó inmediata e incondicionalmente en libertad.

En la parte considerativa de ese pronunciamiento se lee:

> "Se viene investigando en este proceso, la presunta violación del ordenamiento jurídico que regula el patrimonio económico de los particulares por los hechos anteriormente narrados, en los cuales fue sustraída gran cantidad de dinero de la sucursal del Banco Industrial Colombiano.
>
> "Encuentra el despacho que la vinculación de quien hoy se solicita la cesación del procedimiento se debió a un allanamiento, del cual como se sabe debió hacer la Policía Nacional para tratar de dar con el paradero de los responsables del ilícito cometido en las horas de la mañana de ese día, situación que se presentó luego que uno de los primeros aprehendidos informara la dirección, por tanto los policiales hicieron el arribo al apartamento a donde se les indicó con los resultados ampliamente conocidos.
>
> "Se logró la retención de tres individuos y se dejaron libres a mujeres y niños, personas estas que fueron reconocidas en fila de personas lo que conllevó a que se profiriera en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva.
>
> "El fundamento central tanto en la medida detentiva y en la resolución de acusación confirmada por el honorable Tribunal en Sala de decisión fue el señalamiento que hizo Claudia Pombo, pues realmente ninguno de los otros trabajadores del Banco reconocieron a Botero Vásquez como partícipe en los hechos que son materia de la presente investigación.

"Esta situación es ampliamente criticada por la defensa al considerar que con las declaraciones vertidas al proceso se llega a la conclusión que la identificación realizada por esta testigo no tiene validez, máxime que existe la versión rendida por otro de los empleados, quien sostiene que la persona que estaba en la puerta de entrada era una muy distinta a Botero Vásquez.

"Existe disparidad en cuanto a lo referido por Claudia Pombo, pues al señalar a otras personas que no tenían nada que ver en el asunto le resta credibilidad al otro reconocimiento, pues nótese que como lo afirma la defensa, insistió en decir que era el que estaba en la puerta del Banco y su propio compañero sostiene que era una persona muy distinta.

"En los testimonios allegados encontramos que se dan los acontecimientos acaecidos el día de marras, en cuanto a Botero Vásquez se refiere y con éstos se clarifica la actividad desarrollada por él, pues en ese sentido refiere Ciro Cucunubá Tunarosa, indicando que ese día (29 de agosto de 1990) estuvo todo el día desde las horas de la mañana hasta las horas de la tarde cuando se despidieron, sosteniendo que eran más o menos como las siete de la noche.

"A su turno Marco Aurelio Moncada Velásquez sostiene que el día 29 de agosto de mil novecientos noventa Botero Vásquez le pidió el favor como a las diez de la mañana, de cuidar su puesto, porque iba a tomar tinto con un muchacho de nombre Ciro Cucunubá, además agrega que el sitio de trabajo suyo y el de Rubén apenas los separa cinco pasos en diagonal, por tanto afirma haber visto ese día a Botero Vásquez durante todo el día en el comercio de San Andresito de la calle treco con carrera veintidós.

"Estos testimonios considera el despacho deben ser tenidos en cuenta y darles el valor probatorio que encierran, pues aunados a los que anteriormente se vertieron al proceso, no dejan duda en cuanto a la permanencia de este procesado en el comercio en donde trabaja en el puesto de sus padres, sucede igualmente que se podría pensar que son acomodaticios, pero nótese que las máximas de la experiencia indican que las únicas personas que pueden dar fe en un momento determinado acerca de actividad, como en el caso que nos ocupa, necesariamente lo tienen que hacer quienes permanecen junto, pues distinto que el testimonio estuviera rendido por personas que no tenían el por qué saber de las actividades de Botero Vásquez.

"Si a lo anterior le sumamos la inconsistencia presentada en el reconocimiento que en fila, de personas realizó Claudia

Pombo, como la contradicción que existe entre la versión de esta testigo y su compañero Jorge Mera Rivera, debemos llegar a la conclusión que efectivamente Rubén de Jesús Botero Vásquez no participó en la comisión del reato investigado, por tanto se debe acoger la pretensión del abogado de la defensa y por tanto se le cesará todo procedimiento al procesado antes mencionado, por existir válidamente comprobado que éste, no cometió el hecho imputado".

Cuando el Tribunal Superior de Bogotá conoció de la apelación de la sentencia condenatoria proferida en ese mismo proceso contra el otro implicado, Ricardo Antonio Fernández Arregocés, consideró que el auto de cesación de procedimiento no se ajustaba a la ley, por haberse aplicado el artículo 503 del C. de P. P. (entonces vigente) con base en una causal de improseguibilidad de carácter subjetivo, cuando ella sólo era viable por una de naturaleza objetiva; en consecuencia ordenó investigar penalmente al titular del Juzgado 26 Penal del Circuito.

La acusación:

Mediante pronunciamiento del 30 de junio de 1992 el Tribunal Superior de Bogotá calificó el mérito del sumario adelantado contra el juez Gutiérrez Luque profiriendo contra éste resolución de acusación, como presunto autor del delito de prevaricato.

Advirtiendo que no analizaría el acierto probatorio de la decisión adoptada el Tribunal censuró la desvinculación de Rubén Botero Vásquez del proceso por "haber desconocido abruptamente las decisiones de quienes le antecedieron en el trámite del proceso y esencialmente, el mecanismo utilizado para removerlas" y "sin que mediara causal objetiva de improseguibilidad de la acción (como se reconoce sin reticencias)".

Aludiendo a la culpabilidad en la realización de la conducta la Corporación de primera instancia rechazó, por elemental y por la trayectoria judicial del acusado, el argumento de que la causal de improseguibilidad que surge de no haber cometido el hecho denunciado era objetiva; pues, encerrando un juicio de responsabilidad, resulta marcadamente subjetiva. Y además la inadmitió por no responder a una posición conceptual del juez que tuviera respaldo en algún antecedente.

La reposición que el defensor del funcionario procesado interpusiera contra la providencia comentada en precedencia, fue resuelta por la Unidad Fiscal Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, con la confirmación de la resolución de acusación, a la cual se le adicionó otra motivación en la imputación de la ilicitud, consistente en que el auto de cesación de procedimiento

hechos instruidos dentro de este expediente, y al confirmar la medida de aseguramiento en contra del doctor Sánchez Rodríguez, precisó lo pertinente sobre la adecuación típica de los delitos de prevaricato y peculado, haciendo el oportuno análisis de los medios probatorios.

También se ha dicho que en su momento, con cuidado y con acierto, la providencia ahora apelada complementó lo atinente con los otros dieciocho eventos hasta aquí acreditados, donde al seguir el mismo "*modus operandi*" del caso revisado en auto de febrero 20 de 1992 por esta Corporación, completó una defraudación cuantificada apenas parcialmente en suma superior a los mil cuatrocientos millones de pesos, y una pluralidad de prevaricatos por acción y omisión concretados en el reconocimiento excesivo e ilegal de sumas por concepto de intereses, desbordamiento al señalar las agencias en derecho, emisión de mandamientos de pago contrarios a la ley por falta de títulos ejecutivos que fácil dieron lugar a dobles cobros, autos aprobatorios de infladas liquidaciones de créditos y omisión en el deber de reintegrar de levantar embargos y devolver los saldos favorables a la entidad ejecutada, facilitando así nuevos gravámenes por cuenta de otros cobros reprochables.

No se discute por el apelante, ni hubo inconformidad de los otros sujetos procesales en lo que toca a este aspecto, de modo que se han de tener por incorporados como presupuesto probatorio tanto los análisis probatorios y jurídicos que en la ocasión precedente y que se cita tenía realizada esta Corporación, como en la providencia que la defensa ataca en alzada.

Siendo lo anterior así, debe expresar la Corte su respaldo hacia las razones con las que el Tribunal improbó el acuerdo, afirmando desde ahora que sin tratarse de imponer sobre el criterio del fiscal el subjetivo o íntimo del juez, ni de ignorar las bondades que el instituto del artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 o bien ahora de los artículos 37 y 37A modificados e innovados por la Ley 81 de 1993, la intervención del ente juzgador debe asistirse de la suficiente conciencia y claridad en cuanto es de su exclusiva incumbencia la declaración final de responsabilidad del procesado, lo mismo que la graduación de las penas con ceñimiento a las pruebas y a la legalidad, pues lejos de sugerir ventajas no escritas, los preceptos que se invocan para el trámite especial son claros en advertir y restringir los beneficios para el procesado a una precisa reducción de pena, mas no al otorgamiento de perdón ni a la concesión de gracias no contempladas expresamente en la ley, tampoco al ofrecimiento de interpretaciones acomodaticias de preceptos legales que aparentando abonos o ventajas extralegales, tan solo muestran un interés por inducir a arreglos que en últimas no podría aprobar el juez.

Tal es lo que la Sala encuentra en el caso que se estudia:

Si se trataba del concurso de una pluralidad de delitos de peculado con un número también plural de infracciones de prevaricato, la tasa-

ción de pena debía indicarle al funcionario la necesidad de ubicar de acuerdo con la pena el ilícito más grave —art. 26 del Código Penal—, ocupándose de su individualización según parámetros objetivamente señalados en el artículo 61 *ibidem*, y luego de su incremento en consideración al número de hechos materia de juzgamiento, como este último precepto lo indica en su parte final.

Si eran éstas las claras bases de la tasación, debió la Fiscalía, autorizada para entonces por la norma legal para acordar sobre la pena, decir con toda claridad cuál era la infracción que le servía de base, y precisar una a una las modalidades y circunstancias del hecho sobre las cuales concluía una determinada pena y no otra.

Obligados el Tribunal primero, y hoy la Corte, a suplir aquellas deficiencias, no otra posibilidad resulta que la selección del delito de peculado como infracción más grave, sancionada en razón a su modalidad admitida (apropiación para beneficio propio) y su cuantía (el episodio individualmente más grave fija el monto por indebidos intereses en $ 154.537.803.45) por el artículo 133, inciso segundo del Código Penal, con una pena de cuatro (4) a quince (15) años.

Coincidiendo con este primer aspecto, a él apunta el apelante, superando el silencio de la Fiscalía, que

> "...la pena mínima que sería aplicable es de 48 meses de prisión, la que rebajada en una sexta parte se ve disminuida a 40 meses de prisión. Por tratarse de un concurso de delitos se aplica la pena para el delito más grave aumentada hasta en otro tanto, la que llegaría a un máximo de 80 meses de prisión, pero por presentarsen circunstancias genéricas de atenuación punitiva, por voluntad del procesado de acogerse a la terminación anticipada del proceso y a la colaboración que le había prestado a la Fiscalía propuso la pena de *setenta y dos meses de prisión... fue tal propuesta el motivo para que el procesado Alvaro Sánchez aceptara los cargos y la pena...*".

Si esa era la explicación del quantum acordado, con facilidad se comprende que al partir del mínimo legal los sujetos acordados desconocieron sin razón ni fundamento el artículo 61 del Código Penal, pues no se consultó la gravedad y modalidades del hecho como tampoco las causales de agravación genérica. Con qué facultad desconocer que no se trataba aquí de un peculado apenas superior a los quinientos mil pesos sino de una suma, se insiste, de por lo menos $ 154.537.803.45 en el caso individualizado hasta ahora como el más cuantioso?

Esta sola circunstancia obligaba ya por sí sola un ajuste severo sobre el mínimo de pena, y con ella cuando menos las causales 4, 7 y 11 del artículo 66 del Código Penal, pues dado el mecanismo escogido para el fraude (proceso laboral con su necesario acopio de pruebas y

manejo cuidadoso del debate), la pluralidad de personas preacordadas (juez, empleados, abogados demandantes y representantes de la demandada) y la relevante postura del funcionario que además le convocaba expresamente a hacer cumplir la ley, indicaban dentro de la amplia fluctuación del artículo 133 ya evocado a aproximar la sanción a la mitad del máximo, hechas las reducciones correlativas a la buena conducta anterior del exfuncionario.

Pero además de errar en la desestimación de los agravantes, falló también la Fiscalía al reconocer una específica atenuante que no correspondía, pues, como se verá, ni se explicó la razón por la cual se reconocía la disminución del artículo 139 del Código Penal, ni asoman para la Sala razones que den lugar a un descuento por el abono ínfimo de una suma de dinero frente a la defraudada, ni otras distintas a esa sola consideración que pongan en actividad un mecanismo de descuento sólo previsto como excepcional.

La atenuación específica que para el delito de peculado autoriza el artículo 139 del Código Penal exige que el sujeto agente por sí o por un tercero haga "cesar el mal uso", "repare lo dañado o reintegre lo apropiado, perdido, extraviado o su valor", autorizando para esos eventos una rebaja de pena hasta en las tres cuartas partes o hasta en la mitad, según el restablecimiento del equilibrio para la administración ocurra previa la apertura de la investigación, o en su defecto, antes de la sentencia de segunda instancia.

> "Cuando el reintegro fuere parcial —añade el último inciso—, el juez podrá, en casos excepcionales, y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte".

Como claro se ve, no autoriza el reintegro parcial la reducción forzosa de la pena. Haciéndola potestativa, le fija al juez parámetros de aplicación que bajo la excepcionalidad indica que no ha de ser la rebaja la norma general, y con la remisión al artículo 61 del Código Penal obliga a reconsiderar la gravedad del hecho, sus modalidades, la personalidad del delincuente y las demás circunstancias de mayor o menor punibilidad.

Para el caso que se controvierte, ninguna duda ofrecía determinar que la cuantía de la ofensa al erario hacía enteramente desproporcionada por mínima la suma ofrecida como reintegro, pero todavía ridiculizada al cotejarte frente al monto total de lo defraudado, según aproximación pericial.

Siendo minúsculo el abono, e irrelevante ante la entidad del daño, cuál entonces la consideración que favorecería al doctor Sánchez Rodríguez con la excepcionalidad?

Como viene de advertirse, ni la Fiscalía la explicó, ni indicó las pruebas que le llevaban al reconocimiento de la importante reducción,

ni las halla la Sala para sobrepasar el escollo presentado, pues nada advierte la imposibilidad surgida para la restitución íntegra por quien admite la apropiación de sumas tan considerables. Muy al contrario, siendo el artículo 139 del Código Penal un mecanismo de política criminal encaminado a estimular la reducción del daño causado por el sujeto agente a la administración pública, flaco servicio se le haría a aquella generalizando la aplicación de un precepto concebido apenas como excepcional, pues muy lejos de animar al arrepentimiento y al restablecimiento del derecho quebrantado, se daría incentivo a factores criminógenos como lo es el tolerarle al infractor tan desmedidas utilidades e ilícito enriquecimiento.

Descontada la reducción prevista para el reintegro parcial, y con ella la aplicabilidad del artículo 139 que se cita, el depósito por abono a lo sumo daría para dejar la pena base en los siete años de prisión (art. 64-7 del Código Penal), tasación que ajustada de la manera indicada por los artículos 26 y 61 —parte final— del Código Penal por razón del concurso de delitos, indica una sanción final por el número, heterogeneidad y cuantía de esas restantes infracciones, de más del doble de la anunciada y ofrecida por la Fiscalía, lo que en últimas constituye razón de peso y suficiencia para la inaceptación del acuerdo convenido.

En estos términos se pronunció el Tribunal *a quo*, y en ellos habrá de confirmarse su medida.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia motivo de alzada, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá imprueba el acuerdo de terminación anticipada del proceso suscrito entre la Unidad Especial de la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca y el procesado doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

De regreso la actuación a la Fiscalía de origen, dése cumplimiento al parágrafo segundo del artículo 37A del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Ver salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez en el impedimento de enero 28 de 1994. Radicación 9035.

ACCION DE REVISION

En la causal sexta de revisión se establece la posibilidad de invocar esta acción cuando haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria, mediante jurisprudencia de la Corte. Así las cosas, no es dable acudir, a esta causal para obtener decisión distinta a una absolución, esto es que queda por fuera cualquier otra pretensión que tenga como objetivo obtener beneficios denegados en el fallo que se ataca.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 29, marzo 17 de 1994.

Vistos:

Se resuelve sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presenta por el apoderado de *Anderson Ospina Correa,* contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, confirmatoria de la dictada por el Departamento de Policía de Risaralda —Juzgado de Primera Instancia—, en la cual se impuso al acusado veintiocho (28) meses de prisión por el delito de concusión.

La demanda:

El libelista invoca la causal de revisión prevista en el numeral 6º del artículo 232 del C. de P. P., que textualmente dice:

> "Cuando mediante pronunciamiento judicial la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria".

La argumentación está orientada a demostrar que el sentenciado es merecedor de la condena de ejecución condicional, beneficio que le fue revocado por el Tribunal Superior Militar, sin que se aduzca ninguna razón valedera para tomar dicha determinación, habida consideración que el condenado reúne los requisitos exigidos por el artículo 68 del C. P.

Transcribe apartes de dos pronunciamientos de esta Corporación que se refieren al instituto de la condena de ejecución condicional, en las cuales se reitera que para el otorgamiento de tal beneficio deben tenerse en cuenta la naturaleza y modalidades del hecho punible, la personalidad del procesado y que la pena no exceda de tres años.

Consideraciones de la Sala:

La demanda de revisión esta orientada a que se otorgue el beneficio de la condena de ejecución condicional, el cual había sido concedido por el juzgador de primera instancia y revocado por el Tribunal Superior Militar.

En la causal sexta de revisión se establece la posibilidad de invocar esta acción cuando haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria, mediante jurisprudencia de la Corte.

Así las cosas, no es dable acudir a esta causal para obtener decisión distinta de una absolución, esto es que queda por fuera cualquier otra pretensión que tenga como objetivo obtener beneficios denegados en el fallo que se ataca.

En el caso que nos ocupa, fácil es concluir que el actor no discute lo relacionado con lo fundamental del fallo condenatorio, cual es el haber encontrado culpable a su patrocinado, sino que por el contrario, se limita a cuestionar la revocatoria de la condena condicional dispuesta por el Tribunal Militar, que no es atacable haciendo uso de esta causal de revisión.

Al margen de lo anterior, motivo suficiente para rechazar la demanda, es oportuno advertir que no basta transcribir apartes de pronunciamientos emitidos por esta Sala, sin demostrar en qué consistió el cambio favorable del criterio jurídico, falla en la cual también incurre el accionante.

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

Resuelve:

RECHAZAR la demanda de revisión presentada por el apoderado del procesado Anderson Ospina Correa.

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.

TIPICIDAD / PREVARICATO / CESACION DE PROCEDIMIENTO

No obstante la insistencia y pluralidad de argumentos que ha esbozado la defensa en el desarrollo de este proceso para señalar la dificultad que se presenta en la diferenciación entre las causales objetivas para cesar un proceso y las subjetivas, ello no ofrece tal grado de confusión. / Desde el punto de vista de la dogmática penal, cuya vigencia admite el propio defensor, la tipicidad atañe a la conducta que el legislador ha descrito como constitutiva de delito; por tanto es inadmisible que se desvíe su contenido hacia otro de los aspectos de la infracción penal cual es el de la autoría y la responsabilidad. Es ello tan evidente que resulta un absurdo jurídico afirmar que una determinada conducta es atípica porque no se ejecutó tal o cual persona. De esta manera resulta absolutamente nítido y no sujeto a confusión alguna, que el análisis del grado de participación de un implicado en la realización de un hecho punible, es de naturaleza esencialmente subjetiva.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 31.

Vistos:

La Sala de Casación Penal decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 6 de septiembre de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior de esta ciudad condenó al exjuez *Jaime Humberto Gutiérrez Luque* como responsable del delito de prevaricato.

Hechos:

El 14 de mayo de 1991, el doctor Jaime Humberto Gutiérrez Luque se desempeñaba como Juez 26 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá

y en tal calidad asumió el conocimiento del proceso que se adelantaba contra Rubén de Jesús Botero Vásquez y Ricardo Antonio Fernández Arregocés, contra quienes el Juzgado 31 de Instrucción Criminal y el Tribunal Superior de Bogotá había proferido resolución acusatoria por el delito de hurto calificado y agravado, cometido en la mañana del 29 de agosto de 1990 contra una de las sucursales del Banco Industrial Colombiano, en cuantía aproximada de ocho millones de pesos.

Después de haber solicitado y obtenido que en la etapa probatoria de la causa se recibieran dos testimonios, el defensor de Rubén Botero Vásquez presentó un memorial demandando para éste la cesación del procedimiento.

En efecto, mediante auto del 27 de junio de 1991, el doctor Jaime Humberto Gutiérrez Luque, en la condición oficial ya anunciada, accedió al ruego del apoderado; por tanto, dispuso cesar el procedimiento contra dicho sindicado, a quien dejó inmediata e incondicionalmente en libertad.

En la parte considerativa de ese pronunciamiento se lee:

"Se viene investigando en este proceso, la presunta violación del ordenamiento jurídico que regula el patrimonio económico de los particulares por los hechos anteriormente narrados, en los cuales fue sustraida gran cantidad de dinero de la sucursal del Banco Industrial Colombiano.

"Encuentra el despacho que la vinculación de quien hoy se solicita la cesación del procedimiento se debió a un allanamiento, del cual como se sabe debió hacer la Policía Nacional para tratar de dar con el paradero de los responsables del ilícito cometido en las horas de la mañana de ese día, situación que se presentó luego que uno de los primeros aprehendidos informara la dirección, por tanto los policiales hicieron el arrivo al apartamento a donde se les indicó con los resultados ampliamente conocidos.

"Se logró la retención de tres individuos y se dejaron libres a mujeres y niños, personas estas que fueron reconocidas en fila de personas lo que conllevó a que se profiriera en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva.

"El fundamento central tanto en la medida detentiva y en la resolución de acusación confirmada por el honorable Tribunal en Sala de decisión fue el señalamiento que hizo Claudia Pombo, pues realmente ninguno de los otros trabajadores del Banco reconocieron a Botero Vásquez como partícipe en los hechos que son materia de la presente investigación.

"Esta situación es ampliamente criticada por la defensa al considerar que con las declaraciones vertidas al proceso se llega a la conclusión que la identificación realizada por esta testigo no tiene validez, máxime que existe la versión rendida por otro de los empleados, quien sostiene que la persona que estaba en la puerta de entrada era una muy distinta a Botero Vásquez.

"Existe disparidad en cuanto a lo referido por Claudia Pombo, pues al señalar a otras personas que no tenían nada que ver en el asunto le resta credibilidad al otro reconocimiento, pues nótese que como lo afirma la defensa, insistió en decir que era el que estaba en la puerta del Banco y su propio compañero sostiene que era una persona muy distinta.

"En los testimonios allegados encontramos que se dan los acontecimientos acaecidos el día de marras, en cuanto a Botero Vásquez se refiere y con éstos se clarifica la actividad desarrollada por él, pues en ese sentido refiere Ciro Cucunubá Tunarosa, indicando que ese día (29 de agosto de 1990) estuvo todo el día desde las horas de la mañana hasta las horas de la tarde cuando se despidieron, sosteniendo que eran más o menos como las siete de la noche.

"A su turno Marco Aurelio Moncada Velásquez sostiene que el día 29 de agosto de mil novecientos noventa Botero Vásquez le pidió el favor como a las diez de la mañana, de cuidar su puesto, porque iba a tomar tinto con un muchacho de nombre Ciro Cucunubá, además agrega que el sitio de trabajo suyo y el de Rubén apenas los separa cinco pasos en diagonal, por tanto afirma haber visto ese día a Botero Vásquez durante todo el día en el comercio de San Andresito de la calle trece con carrera veintidós.

"Estos testimonios considera el despacho deben ser tenidos en cuenta y darles el valor probatorio que encierran, pues aunados a los que anteriormente se vertieron al proceso, no dejan duda en cuanto a la permanencia de este procesado en el comercio en donde trabaja en el puesto de sus padres, sucede igualmente que se podría pensar que son acomodaticios, pero nótese que las máximas de la experiencia indican que las únicas personas que pueden dar fe en un momento determinado acerca de actividad, como en el caso que nos ocupa, necesariamente lo tienen que hacer quienes permanecen junto, pues distinto que el testimonio estuviera rendido por personas que no tenían el por qué saber de las actividades de Botero Vásquez.

"Si a lo anterior lo sumamos la inconsistencia presentada en el reconocimiento que en fila, de personas realizó Claudia

Pombo, como la contradicción que existe entre la versión de esta testigo y su compañero Jorge Mera Rivera, debemos llegar a la conclusión que efectivamente Rubén de Jesús Botero Vásquez no participó en la comisión del reato investigado, por tanto se debe acoger la pretensión del abogado de la defensa y por tanto se le cesará todo procedimiento al procesado antes mencionado, por existir válidamente comprobado que éste, no cometió el hecho imputado".

Cuando el Tribunal Superior de Bogotá conoció de la apelación de la sentencia condenatoria proferida en ese mismo proceso contra el otro implicado, Ricardo Antonio Fernández Arregocés, consideró que el auto de cesación de procedimiento no se ajustaba a la ley, por haberse aplicado el artículo 503 del C. de P. P. (entonces vigente) con base en una causal de improseguibilidad de carácter subjetivo, cuando ella sólo era viable por una de naturaleza objetiva; en consecuencia ordenó investigar penalmente al titular del Juzgado 26 Penal del Circuito.

La acusación:

Mediante pronunciamiento del 30 de junio de 1992 el Tribunal Superior de Bogotá calificó el mérito del sumario adelantado contra el juez Gutiérrez Luque profiriendo contra éste resolución de acusación, como presunto autor del delito de prevaricato.

Advirtiendo que no analizaría el acierto probatorio de la decisión adoptada el Tribunal censuró la desvinculación de Rubén Botero Vásquez del proceso por "haber desconocido abruptamente las decisiones de quienes le antecedieron en el trámite del proceso y esencialmente, el mecanismo utilizado para removerlas" y "sin que mediara causal objetiva de improseguibilidad de la acción (como se reconoce sin reticencias)".

Aludiendo a la culpabilidad en la realización de la conducta la Corporación de primera instancia rechazó, por elemental y por la trayectoria judicial del acusado, el argumento de que la causal de improseguibilidad que surge de no haber cometido el hecho denunciado era objetiva; pues, encerrando un juicio de responsabilidad, resulta marcadamente subjetiva. Y además la inadmitió por no responder a una posición conceptual del juez que tuviera respaldo en algún antecedente.

La reposición que el defensor del funcionario procesado interpusiera contra la providencia comentada en precedencia, fue resuelta por la Unidad Fiscal Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, con la confirmación de la resolución de acusación, a la cual se le adicionó otra motivación en la imputación de la ilicitud, consistente en que el auto de cesación de procedimiento

carecía de sana crítica probatoria, puesto que el juez "no se preocupó en indagar el motivo por el cual Rubén de Jesús fue capturado con Ricardo por señalamiento que de ellos hicieran los otros dos retenidos, a quienes se les había incautado el arma del celador de la entidad asaltada" y tampoco puso atención en que los testigos que concurrieron a última hora, declararon diez meses después de ocurridos los hechos, con lujo de detalles sobre horas, comidas, vestidos, conversaciones, sin tener en cuenta la falibilidad de la memoria.

Así mismo la Fiscalía resaltó que los dos testimonios recaudados en la causa eran del mismo tenor de otros que fueron rechazados en la instrucción y por lo tanto no servían de fundamento para aplicar el artículo 34 del Decreto 050 de 1987, sin ninguna crítica al material recogido.

Como quiera que contra el auto calificatorio también se interpuso, en forma subsidiaria el recurso de apelación, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia conoció de aquel proveído, cuya decisión confirmó afirmando que el auto de cesación de procedimiento era improcedente porque la causal invocada carecía de sustento probatorio. Y frente al argumento de la defensa conforme al cual la desaparición en el nuevo estatuto procesal de la disposición que contenía el artículo 503 de la anterior codificación dejó sin piso la acusación, la Fiscalía respondió que el prevaricato no ha sido despenalizado, además de que el artículo 36 del Decreto 2700 de 1991 contenía la misma exigencia probatoria.

La sentencia impugnada:

Al analizar la conducta materia de juzgamiento el *a quo* destaca que cuando el juez ordenó recibir los testimonios de dos personas que no aparecían citadas en el expediente lo hizo en forma irregular, con clara violación del artículo 492 del C. de P. P. porque lo hizo con antelación a la audiencia pública, que era la única oportunidad para llevar a cabo tal actuación. Proceder que calificó de eslabón en el *iter criminis* que atropelló la legalidad del procedimiento para producir la desvinculación definitiva del procesado Botero Vásquez.

Advierte el juez plural que en la indagatoria Botero fue expresamente interrogado con respecto a las personas a quienes les constaba que había permanecido o estado en San Andresito y que ni en esa ocasión ni posteriormente mencionó los nombres de los testigos Cucunubá y Moncada, cuya versión se solicitó en la causa.

Recuerda que otra Sala del mismo Tribunal ya había restado mérito a las versiones que habían rendido César Darío Patiño, Bernardo Burbano y Miguel Angel Rodríguez, porque se allegaron después de tres

meses de ocurridos los hechos y sin que de ellos existiera referencia precedente.

Alude a que el juez acogió íntegramente el planteamiento del defensor que solicitó la cesación de procedimiento, respecto a la supuesta contradicción existente entre los testigos Claudia Pombo y Jorge Mera Rivera, cuando el argumento del litigante no concuerda con la realidad procesal, puesto que afirmó que aquella había señalado a Botero Vásquez como el sujeto que se encontraba en la puerta del Banco, a quien el segundo describió con características morfológicas distintas, siendo que en realidad Mera Rivera no describió a la persona que estuvo en la puerta.

Por otra parte, y una vez precisado el marco de la acusación, el Tribunal resalta la importancia de que se hubiera aplicado una causal subjetiva de cesación de procedimientos dentro de la etapa del juicio. Al respecto transcribe el auto del 28 de abril de 1993, emitido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del cual fue ponente el doctor Didimo Páez Velandia y en el cual se precisan concepto sobre cuáles son las causales objetivas y cuáles las subjetivas que dan lugar a la cesación del procedimiento.

Para deducir la contrariedad de la ley con el contenido del proveído a través del cual se ordenó cesar todo procedimiento contra el encausado Botero Vásquez, el Tribunal plasmó su propio criterio sobre la credibilidad de los testimonios que a última hora rindieron los declarantes Moncada y Cucunubá. Al efecto resaltó que transcurridos diez meses de ocurridos los hechos aparecieran estas dos personas que anteriormente no habían figurado para nada en la actuación; y que transcurrido ese lapso declararan de tal manera que uno complementó al otro, dando detalles pormenorizados de las actividades realizadas por Botero Vásquez; no obstante lo cual, dicho implicado no los citó en la indagatoria.

Igualmente, el *a quo* pone de relieve que tres meses después de los sucesos investigados, el procesado Botero Vásquez también resultó citando como testigos, personas a quienes no había hecho referencia en su injurada, motivo por el cual esa prueba fue criticada en primera y en segunda instancia y a pesar de ello se insistió en el mismo procedimiento.

Señala el Tribunal que el auto de cesación de procedimiento no analizó los testimonios tardíamente recaudados, no obstante que con ellos se variaba sustancialmente la situación probatoria existente; y sin nuevos elementos de juicio y sin el apoyo de las nuevas versiones juramentadas, se atacaron los argumentos probatorios expuestos tanto por el instructor en la resolución acusatoria como esa misma corporación, "llevándose de tajo la seguridad jurídica de la decisión calificatoria", con lo cual se revivió un debate fenecido y se violó el debido proceso.

El sentenciador descartó la hipótesis de la defensa que enmarcaba la conducta del funcionario judicial en el error, pues en su sentir, el aquí acusado reiteró los actos contrarios a la ley, deslindados de la buena fe y más allá de la simple equivocación, en la medida en que su proceder contrarió las normas de hermenéutica y de lógica probatoria haciendo inexcusable su comportamiento. A igual conclusión lo conduce que se admitiera prematuramente la práctica de las pruebas pedidas en la causa; que se recaudaran por fuera de la oportunidad procesal; que se hubieran sometido a valoración anticipada y que en ello se actuara en abierta oposición a los postulados de las reglas de la experiencia y del sentido común. De todo ello deduce la voluntad del funcionario de quebrantar la ley a través de un procedimiento arbitrario en la aplicación del artículo 34 del Decreto 050 de 1987.

En consecuencia de lo expuesto, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá condenó al doctor Jaime Humberto Gutiérrez Luque a la pena principal de doce meses de prisión y seis meses de interdicción de derechos y funciones públicas; le concedió la condena de ejecución condicional sometida a un período de prueba de dos años. No obstante se abstuvo de condenar al pago de la indemnización de perjuicios, por no haberse demostrado que se hubieran causado.

Por último dispuso compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se indague sobre la conducta de los dos testigos y del agente del Ministerio Público que intervino en el proceso adelantado contra Botero Vásquez.

La impugnación:

Al sustentar el recurso interpuesto contra la sentencia, la defensa argumenta que bajo la vigencia del Código de Procedimiento anterior (Decreto 050 de 1987), ciertamente la cesación de procedimiento sólo era viable por causales objetivas, pero que la jurisprudencia ha tenido que hacer esa separación y ejemplificar; y a su turno la doctrina ha dicho que la atipicidad es una causal objetiva.

Para el caso del funcionario sentenciado, sostiene el defensor, si consideró que Botero no había participado en el delito, sencillamente estaba concluyendo que no había incurrido en el comportamiento típico; y la tipicidad, en la dogmática, es esencialmente objetiva; o por lo menos es discutible.

A continuación argumenta la defensa que el doctor Gutiérrez Luque fue enjuiciado un día antes de entrar en vigencia el código nuevo (Decreto 2700 de 1991), el cual permite cesar el proceso por cualquier motivo legal, en cualquier momento, cuya aplicación retroactiva es imperativa conforme al mandato constitucional, legal y a los derechos humanos. De esta manera, aplicando el nuevo artículo a la decisión adoptada por el implicado, jamás habría existido prevaricato, por cuanto resulta posible extinguir la acción en la fase del juicio.

Resalta el apoderado que en la etapa del juicio y a solicitud de la fiscal, se practicaron pruebas que demostraron la inexistencia de cualquier vínculo entre el exjuez y el procesado Botero o su defensor, a pesar de lo cual la funcionaria pidió la condena; entonces, se pregunta, para qué solicitó las pruebas?

Es de pensar que no hay comportamientos criminales inmotivados, dice el impugnante, y si en este caso quedó establecido que al doctor Gutiérrez no le asistía el menor anhelo por favorecer a nadie con su auto, no se le puede atribuir un "doloso prevaricato".

El mandatario asume la crítica sobre la capacidad probatoria, en cuanto al dolo del comportamiento, de la constancia conforme a la cual no se hallaron antecedentes de decisiones de la misma índole en el archivo del Juzgado, por cuanto se desconoce el criterio del funcionario que revisó el archivo; y la dificultad que hay para escindir lo objetivo de lo subjetivo.

Afirma el apelante que no existe criterio unánimo respecto al valor de la prueba conformada por los dos testimonios recaudados en la etapa del juicio, pues los miembros de la Fiscalía y el Tribunal aseguran que ellos no permitían cesar el procedimiento; pero que el Ministerio Público sí estuvo de acuerdo con el juez pues no impugnó su decisión. Y sobre este punto, el defensor califica de irrespetuoso al Tribunal por haber dispuesto la compulsación de copias contra el agente de ese Ministerio, desconociendo las razones de su actuar y partiendo únicamente de su propio concepto probatorio. Así mismo, el apoderado manifiesta que también compartieron el criterio del acusado, otros funcionarios como la fiscal del Tribunal que conceptuó antes de que se calificara éste proceso seguido contra el doctor Gutiérrez; y el Ministerio Público que intervino en la apelación de la sentencia condenatoria proferida contra otros procesados por el hurto. De otro lado, se apoya en los criterios que al respecto expusiera la vocera en la audiencia pública. De ello concluye que la contraposición entre la prueba y la decisión no es ostensible, palmaria, brusca y perceptible en un solo sentido, por lo que resulta impredicable el prevaricato.

El hecho de que el juez hubiera practicado las pruebas en un momento procesal que no correspondía, es un argumento que, en sentir del apelante, trae el Tribunal a última hora, y con el más puro sentido común sólo puede demostrar un descuido, liviandad, incuria o negligencia pero jamás conciencia de ilicitud.

Rogando se tomen en cuenta los anteriores escritos de la defensa, especialmente el de la audiencia pública, el impugnante pide se revoque la sentencia apelada y en su lugar se absuelva al doctor Gutiérrez Luque, por cuanto no cometió el delito de prevaricato ni subjetiva ni objetivamente.

La Sala considera:

A la providencia adoptada el 27 de junio de 1991 por el doctor Jaime Humberto Gutiérrez Luque en su calidad de Juez 26 Penal del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso que por un delito contra el patrimonio económico se adelantaba contra Rubén Botero Vásquez, se le calificó de prevaricadora por haber vulnerado el contenido legal del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, vigente para entonces (Decreto 050 de 1987). Por ello conviene recordar que ese precepto establecía:

> "Artículo 34. Cesación de procedimiento. Salvo lo previsto en el artículo 503, en cualquier momento del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse, el juez, mediante auto interlocutorio así lo declarará".

Por su parte, el artículo 503 citado en la anterior disposición, ordenaba:

> "Artículo 503. Cesación de procedimiento en la etapa de juzgamiento. De oficio o a solicitud de parte, el juez ordenará la cesación del procedimiento cuando esté demostrada cualquiera de las causales objetivas de improseguibilidad".

De la síntesis de la actuación procesal y específicamente de las tres providencias que calificaron el sumario adelantado contra el exjuez Gutiérrez Luque —calificación inicial efectuada por el Tribunal; reposición resuelta por la Fiscalía; y apelación también surtida ante la Fiscalía— se advierte que la ilegalidad que se atribuye al proveído comentado se dedujo desde dos puntos de vista. El primero formal, por cuanto se criticó el procedimiento utilizado para desvincular a Rubén Botero Vásquez, en la etapa del juicio, por una causal subjetiva de improseguibilidad; y el segundo sustancial, en razón de que la determinación carecía del respaldo procesal y probatorio necesario que la sustentara.

No obstante la insistencia y pluralidad de argumentos que ha esbozado la defensa en el desarrollo de este proceso para señalar la dificultad que se presenta en la diferenciación entre las causales objetivas para cesar un proceso y las subjetivas, ello no ofrece tal grado de confusión. En verdad, la ley no contiene la clasificación a ese respecto y, eventualmente alguna incidencia procesal, que no se advierte a precisar en este momento, podría hacer dudar a un juez de la categoría a que pertenece. Pero no es ese el caso que tuvo a su conocimiento el doctor Gutiérrez Luque.

La Sala descarta la posibilidad de que en el proceso del asalto al Banco Industrial Colombiano, como en cualquier otra investigación penal, surgiera una "atipicidad" relacionada exclusivamente con uno de los implicados. Bien se sabe que desde el punto de vista de la dogmática penal, cuya vigencia admite el propio defensor, la tipicidad atañe a la conducta que el legislador ha descrito como constitutiva de delito; por tanto, es inadmisible que se desvíe su contenido hacia otro de los aspectos de la infracción penal cual es el de la autoría y la responsabilidad. Es ello tan evidente que resulta un absurdo jurídico afirmar que una determinada conducta es atípica porque no la ejecutó tal o cual persona.

De esta manera, resulta absolutamente nítido y no sujeto a confusión alguna, que el análisis del grado de participación de un implicado en la realización de un hecho punible, es de naturaleza esencialmente subjetiva.

Curiosamente el implicado participa de la anterior argumentación, pues en su indagatoria admitió que el artículo 503 del C. de P. P. entonces vigente, no era aplicable; que el abogado que solicitó la cesación del procedimiento se equivocó al invocarla, y que, por eso, terminó aplicando el artículo 34 *ibídem*, en cuanto a la situación "que el procesado no lo ha cometido", entre otras razones, porque en su opinión, allí se autoriza a tomar esa medida en cualquier estado del trámite, es decir, desde el auto cabeza de proceso hasta quedar en firme la sentencia.

En tal disculpa, entonces, se halla mayor fundamento para atribuir el calificativo de prevaricadora a la decisión reprochada, porque precisamente el artículo 34 del Decreto 050 de 1987 establece como salvedad para su aplicación lo dispuesto por el artículo 503 *ibídem*, limitando las posibilidades de terminación anormal del proceso a la concurrencia de causales de naturaleza objetiva; presupuesto con el cual no contó el acusado para proferir el auto del 27 de junio de 1991.

La única confusión que advierte la Sala, es la que surge de entremezclar las causales objetivas o subjetivas de improseguibilidad con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal; tesis cuya presentación sólo se puede explicar en el ánimo de la defensa de rescatar la responsabilidad de su protegido.

Partiendo de este supuesto, esto es, que el doctor Gutiérrez Luque dispuso cesar el proceso que se adelantaba contra Rubén Botero Vásquez en condiciones no permitidas por la ley, procede analizar el argumento del impugnante conforme al cual el exjuez debe ser absuelto por principio de favorabilidad. En ese punto, sostiene el apoderado que el nuevo Código de Procedimiento Penal que derogó el contenido en el Decreto 050 de 1987 admite la cesación de procedimiento por cualquier causal en cualquier estado del proceso, situación que favorece a su mandante y que debe ser aplicada.

Ya en el curso del proceso se había planteado infructuosamente esta tesis; y no se vislumbra razón alguna para que ahora el resultado sea distinto. Es así como la conducta delictiva que se le imputa al exfuncionario judicial es la de haber adoptado una determinación en situación contraria a los presupuestos legales vigentes en ese momento; que ahora el procedimiento sea diferente o aún opuesto al que regía cuando adoptó el proceder que se le critica, de ninguna manera desnaturaliza el hecho punible, porque la ilicitud deriva del incumplimiento de la ritualidades que impone la propia ley. Aceptar lo contrario significaría propiciar el incumplimiento de la ley, y acabar con el delito de prevaricato pues tarde que temprano ellas resultan modificadas o derogadas.

Es preciso puntualizar que aun cuando efectivamente del estatuto procesal desapareció el texto que expresamente contenía el antiguo artículo 503, no se puede afirmar lo mismo con relación al manduto que él contenía, pues la interpretación sistemática de las disposiciones que componen el actual Código de Procedimiento Penal conducen a esa necesaria conclusión, lo que ha permitido mantener inalterable la jurisprudencia de esta Corporación que descarta la posibilidad de aplicar causales subjetivas de improseguibilidad en el período de la causa.

De este criterio da fe el pronunciamiento de segunda instancia proferido por esta Sala el 28 de abril de 1993, que se cita en la sentencia impugnada y en el cual se expresó:

> "a) El debido proceso, como derecho fundamental que es, lo señala en este caso el Código de Procedimiento Penal para que se cumpla estrictamente no sólo por funcionarios y empleados judiciales, sino también por todos los sujetos procesales. En eso consiste la garantía del derecho fundamental en referencia".
>
> "En este orden de ideas debe destacarse cómo el rito procesal esencial señala en cada estadio básico unos requisitos insoslayables para proferir las decisiones correspondientes así: Para iniciar una investigación sumarial es necesario que se haya agotado la indagación preliminar o que no exista duda sobre la necesidad y los supuestos de la iniciación de la investigación sumarial (art. 319 del C. P. P.); vinculado un procesado (art. 352 *idem*), debe definírsele su situación jurídica (arts. 385 y 389 *idem*); cerrada la investigación (art. 438 *idem*) debe calificarse (art. 439 *idem*), y calificada con resolución acusatoria (arts. 441 y 442 *idem*) debe tramitarse el juicio y proferirse el fallo correspondiente (art. 456 *idem*). Este es el llamado rito ordinario que el debido proceso señala para la iniciación y terminación de un proceso penal; cualquier ilegalidad que se presente en el desarrollo de su

tramitación por capricho o error judicial puede y debe corregirse a través de los recursos e incluso, mediante la nulidad si ese quebrantamiento del rito afectó lo esencial de él o el derecho de defensa (arts. 304 y 305 *idem*)".

"Un procedimiento así llevado es lo que da seguridad a las partes o a los sujetos procesales y firmeza a las actuaciones y decisiones judiciales".

"b) Ahora, es natural que sobrevengan hechos o circunstancias extraordinarios previstos por el legislador que alteren ese desenvolvimiento normal del trámite debido, en cuyo evento debe terminarse en forma extraordinaria el proceso. Algunas de esas eventualidades las prevé la ley, como ocurre por ejemplo con la llamada 'terminación anticipada del proceso' (art. 37 *idem*); la conciliación respecto de los delitos que ameriten desistimiento (art. 38 *idem*), o 'por indemnización integral' en los casos que señala el artículo 39 de la misma codificación".

"Los demás eventos que señala indistintamente la ley para terminar extraordinariamente con el proceso penal, comprendidos en forma genérica en las diversas hipótesis señaladas en el artículo 36 del C. de P. P., requieren en cada caso de una interpretación no meramente literal sino sistemática que permita su aplicación debida sin que distorsione o anule el rito ordinario debido. Con esa óptica debe interpretarse el mandato de aplicabilidad 'en cualquier momento en que aparezca plenamente comprobado', que trae la referida norma".

"Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar dos clases de causales de cesación de procedimiento: Las objetivas, cuya demostración se evidencia con el solo aporte de la prueba, como ocurre con la muerte del procesado, despenalización de la conducta, prescripción de la acción, etc. Cualquiera de estas hipótesis que se presenten en cualquier momento de la investigación o del juicio, por no ameritar esfuerzo interpretativo alguno, imponen el deber de cesar el procedimiento extraordinariamente (art. 36 del C. P. P.) en el juicio, o precluir investigación en el sumario; y las subjetivas, que presuponen siempre análisis de la prueba existente, como tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, las que solamente generan preclusión de la investigación siempre que no se haya cerrado ésta y nunca cesación de procedimiento en la causa, porque siendo aquél el objeto específico de la calificación (art. 443 *idem*), no resulta lógico pretermitir ésta que es la vía ordinaria insoslayable una vez clausurada la investigación; menos aún lo es cuando proferida la resolución

acusatoria, donde como lo ordena la ley precisamente deben examinarse esos elementos constitutivos del delito, se sustituyan por esta vía extraordinaria los recursos o, lo que sería peor aún, que agotados éstos se pudiese cuestionar el análisis probatorio de decisiones ejecutoriadas, y constituídas por lo mismo en ley del proceso so pretexto de una interpretación meramente literal del precepto. Se afectarían los principios de lealtad e igualdad, rectores del procedimiento con carácter prevalente (art. 22 del C. P. P.) e incluso el derecho fundamental del debido proceso, pues el rito ordinario no es una mera forma de actuación, sino un trámite esencial, una garantía de rango constitucional".

"Pero algo más, en este orden de ideas, el artículo 454 del C. de P. P. que es norma posterior dentro de una misma codificación y por tanto prevalente en lógica, dispone diferir para el momento de dictar sentencia, las decisiones que se deban tomar respecto de 'las peticiones hechas por las partes en el curso del juicio', excepto las relacionadas con la libertad o detención del acusado, la práctica de pruebas o las que afecten sustancialmente el trámite (nulidad)" (Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia).

Por otra parte, se debe insistir en el argumento que ya se opuso a la pretensión anunciada, cual es, el de que nó existe norma favorable al procesado que respecto del delito de prevaricato pueda aplicarse, porque ninguna novedad ha sufrido la estructuración de ese hecho punible; por ello, se debe descartar el argumento de que la ilicitud cometida por el doctor Gutiérrez Luque dejó de existir.

En lo que se refiere a que el auto censurado carecía del respaldo probatorio que para él demandaba la ley, difícilmente podría sumarse otro argumento a los expuestos en la sentencia impugnada, pues, indudablemente, sólo la sentencia condenatoria impone una prueba tan exigente como la de la cesación de procedimiento, sea que se profiera en la investigación o durante la causa.

Para cesar el proceso y específicamente por la causal aplicada por el exjuez, es indispensable que se haya eliminado toda duda respecto de la participación del procesado; situación que no emerge del recaudo probatorio del proceso adelantado contra Botero Vásquez. Ya lo señaló el *a quo*; la vinculación de este procesado se originó en datos aportados por los compañeros de delincuencia, que fueron capturados en flagrancia y en el reconocimiento de una de las empleadas del Banco asaltado, y su participación en el hecho no había podido ser desvirtuada con tres testimonios que ya se habían aportado tratando de probar que el día y a la hora de los hechos Botero Vásquez se encontraba en el comercio de San Andresito; los funcionarios judiciales que en dos instancias habían analizado la prueba, habían descartado su credibilidad.

En situación idéntica y sin dejar constancia de las circunstancias que lo daban la plena convicción de que ese implicado no había participado en la ejecución del hecho punible; acudiendo a argumentos de la defensa que no consultaban la verdad del proceso le negó capacidad demostrativa al reconocimiento en fila de personas efectuada por una de las declarantes; ignorando que los señores Cucunubá y Moncada jamás habían sido mencionados por el procesado y que por el tiempo transcurrido era sospechosa la uniformidad y concordancia de tales versiones; y habiendo recaudado esas pruebas por fuera de la oportunidad procesal, pues debió diferirlas para la audiencia pública, el doctor Gutiérrez Luque resolvió creer que tales testimonios eran veraces y creíbles.

La defensa ha pregonado la libertad, la autonomía y la independencia de los jueces en la valoración probatoria; pero es bueno recordarle al profesional que tal libertad no es absoluta ni arbitraria; la ley ha impuesto marcos amplios de evaluación, pero jamás caprichosos, pues si bien no ha tarifado el grado de credibilidad de cada testimonio, sí ha impuesto el deber de apreciarlos conforme a los principios de la sana crítica, a las condiciones del testigo, a las circunstancias en que fue percibido el hecho objeto de la declaración.

Así las cosas, acierta el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá cuando aduce que el auto de cesación de procedimiento que favoreció a Rubén Botero no correspondía a la verdad revelada por el proceso; por ello, también el pronunciamiento violó la ley, y en forma manifiesta.

Finalmente, corresponde revisar si la conclusión que contiene la sentencia impugnada en lo que atañe con el aspecto subjetivo del delito de prevaricato es acertada, pues el impugnante asegura que no hubo dolo en su realización, principalmente porque no se conoce el motivo de la actuación del juez, ya que no se demostró su vinculación ni interés con relación al favorecido ni a su apoderado.

Verdaderamente, como lo afirma el apoderado, no existen comportamientos humanos inmotivados; así lo ha sostenido la Sala. Sin embargo, nuestro sistema penal no exige que se compruebe ese aspecto subjetivo para la estructuración del delito de prevaricato, pues, a partir de 1980, la normatividad sanciona la violación de la ley en el proferimiento de una decisión manifiestamente contraria a sus presupuestos, sin que interese la intención específica que haya impulsado al funcionario a actuar de esa manera. El único aspecto subjetivo del actor en ese proceder, relevante desde la perspectiva penal, es la conciencia y voluntad de la ilicitud que envuelve adoptar la determinación criticada.

En este caso todas las irregularidades que precedieron al auto de cesación de procedimiento, y las circunstancias que rodearon su emisión constituyen testimonio de la voluntariedad del doctor Gutiérrez

Luque de actuar en contra de lo establecido por la ley. No existían situaciones equívocas, ni normas confusas, ni ambigüedades jurídicas a resolver; se trataba de confrontar los requisitos formales y sustanciales que autorizaban la terminación anormal del proceso; y en vista de que no concurrían tales exigencias, el funcionario pasó por encima de ellas y acomodó sus argumentaciones, dejando al descubierto su verdadera y desviada intención.

Ningún de los argumentos 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 objetivo y subjetivo del delito de prevaricato por acción imputado al doctor Jaime Humberto Gutiérrez Luque obtuvieron plena demostración en el proceso; por ello, la sentencia impugnada se confirmará en su integridad.

No obstante lo anterior, no se puede dejar pasar por alto la benignidad con la que el Tribunal ejerció la atribución de dosificar la pena, pues en ese empeño dejó de lado la gravedad y trascendencia del comportamiento asumido por el implicado, quien indudablemente no resultó ser digno de la alta investidura que la sociedad le otorgó al confiarle la sagrada misión de administrar justicia; circunstancias que, de no ser por la limitación constitucional y legal que para esos efectos tiene esta Corporación, lo habrían servido de base para sancionar el delito con mayor rigor.

También sorprende a la Sala el mal entendimiento que tiene el *a quo* con respecto a la discrecionalidad que le otorga la ley en la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, de una parte porque no evaluó la gravedad de la conducta que revela en alto grado el dolo con el cual se ejecutó, tratándose de un juez de la República de amplia trayectoria que no tuvo el menor reparo en torcer la normatividad vigente para atender propósitos oscuros.

De otro lado, el Tribunal pareció olvidar que cuando se concede la suspensión de la ejecución de la condena no necesariamente se suspenden las penas no privativas de la libertad; y en tal caso el juez puede limitar el beneficio a la pena que restringe la libertad mas no a las restantes. En este caso es inobjetable que el sujeto activo del delito demostró su incapacidad para utilizar correctamente las funciones públicas que se le confiaron, por lo que su conducta ameritaba irrogar la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

En mérito de lo anteriormente 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,

Falla:

CONFIRMASE en su integridad la sentencia del 6 de septiembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bo-

gotá, condenó al doctor Jaime Humberto Gutiérrez Luque, como responsable del delito de prevaricato por acción, cometido en su condición de Juez 26 Penal del Circuito de esta ciudad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / NULIDAD

Si la censura está encaminada a demostrar una equivocada interpretación en cuanto al contenido y alcance de la norma sustancial invocada, es sentido exclusivo de la violación directa, ya que ello implica que el precepto ha sido aplicado, aunque otorgándole un sentido jurídico que no posee, sin que para nada tenga incidencia en el supuesto en que esto ocurra en el juicio jurídico del fallador, el aspecto probatorio en su apreciación y valoración.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 32.

Vistos:

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Guillermo Porras Castillo*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, pero modificándola en el sentido de negar al aquí recurrente la diminuente del estado de ira justa reconocido por el *a quo*, imponiéndole en consecuencia, ciento veintiséis (126) meses de prisión por el delito de homicidio simple.

I. Hechos:

"Aproximadamente a las ocho de la noche del 4 de agosto de 1990, en el perímetro urbano de la ciudad de Chiquinquirá (Boyacá), resultó muerto el joven Alvaro Isaac Pinilla González de un impacto de arma de fuego accionada por Guillermo Porras Castillo. Se logró establecer, que momentos antes de los hechos, Mariano Alberto Matallana Orejuela (a) 'macabro' llegó en busca de la víctima invitándola a la cantina ubicada al frente de la vivienda. Porras Castillo le repitió la

invitación a la que accedió el hoy occiso. Posteriormente el hermano de la víctima pudo apreciar cuando Matallana hizo el ademán de sacar de la cintura un arma de fuego, acción que fue estorbada por el hoy occiso, y cuando el revólver cayó al suelo Porras Castillo levantó el arma accionándola en varias ocasiones contra Pinilla González, quien falleció en la puerta de su casa. En los mismos hechos resultó herido levemente Matallana Orejuela".

II. Actuación procesal:

La investigación estuvo a cargo del Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal radicado en Chiquinquirá, despacho que en providencia de noviembre 29 de 1990 formuló resolución de acusación a Porras Castillo por el punible de homicidio en concurso con el de lesiones personales, en calidad de autor, y a Matallana Orejuela como cómplice del delito de homicidio.

Apelada la anterior determinación, fue confirmada en lo atinente a Porras Castillo, y modificada en el sentido de que Matallana respondería como coautor del delito de homicidio en concurso con el porte ilegal de armas.

La etapa de la causa correspondió al Juzgado Primero Superior de Tunja, despacho que luego de celebrada la audiencia pública, dictó sentencia condenatoria contra los incriminados. A Porras Castillo le impuso 42 meses de prisión al serle reconocida la aminorante punitiva de la ira justa por el delito de homicidio y la absolución por las lesiones personales. A Matallana Orejuela (128) meses de prisión por el concurso delictual por el que se le dictó resolución de acusación. A los dos procesados se les impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, y se les condenó a pagar el equivalente en moneda nacional a 100 gramos oro, cada uno, por concepto de indemnización de daños y perjuicios materiales y morales.

El defensor de Matallana Orejuela y el agente del Ministerio Público, apelaron ante el Tribunal, recibiendo respuesta adversa a sus pretensiones el primero, no así el representante de la sociedad quien se mostró contrario a que en favor de Porras Castillo se reconociera la diminuente punitiva precitada, pues en su criterio, no se cumple con la exigencia del artículo 60 del Código Penal. Revocada esta circunstancia de la ira y ajustada la penalidad a lo normado para el homicidio simple, quedó impuesta la pena en los términos antes indicados.

III. La demanda:

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del C. de P. P. el demandante formula un cargo único en el que acusa la sentencia

por ser violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta, a consecuencia de haberse incurrido en error de hecho por falso juicio de existencia "en la apreciación de una prueba", lo que condujo "al no reconocimiento de lo normado en el artículo 60 del Código de Procedimiento Penal, dejando de aplicar el artículo 445 *ibidem*, norma que aunque procesal es de efectos sustanciales. Por considerar la segunda (2ª) instancia, que el planteamiento realizado por el *a quo* no es acertada (sic) en cuanto sabemos que el funcionario obró en derecho como se analizará".

El reproche lo hace consistir, en que el Tribunal al estudiar el fallo impugnado señala cómo el sentenciador de primer grado al reconocer la ira e intenso dolor, "tuvo una visión equivocada de la real interpretación en su alcance y contenido del artículo 60 del Código Penal".

Para el censor resulta claro, "que la omisión en apreciar en su conjunto los hechos antecedentes, concomitantes y subsiguientes de todas las actuaciones (procesales y extraprocesales) llevaron a un planteamiento equivocado por parte del *ad quem*", toda vez que no se detuvieron a observar que Porras Castillo hubiera tenido problemas con el hoy occiso, "situación que obviamente tenía alterada su esfera siquico-volitiva desde tiempo antes; no menos cierto es que en el momento de consumación del delito, se desesperaba cuando Matallana Orejuela no puede disparar contra Pinilla González, y, es esta situación lo que lleva a agotar la conducta. Es ilógico pensar que hubiera habido (sic) acuerdo previo entre Porras y Matallana, por el material probatorio recopilado y militante en autos, pudo haber existido algún pacto, pero en el momento en que se cometió..., mas no tiempo atrás como lo plantea el Tribunal Superior de Tunja y los apelantes".

Agrega que por la pluralidad de disparos y la carencia de puntería, la deducción lógica a la que se tiene que llegar, por lo que esto hace notar, es "el descontrol total en que se encontraba y la completa inseguridad en el resultado conocido", de donde se tiene que colegir que Porras con su acción y estado iracundo descargó el revólver, al tiempo que vociferaba contra Pinilla González quien a su vez lo hacía en contra de su defendido, pues estos insultos por parte de la víctima hacia éste, eran de habitual ocurrencia, situación esta que por sí sola refleja la alteración anímica de su cliente, totalmente compatible con el estado de ira e intenso dolor, luego la conclusión a la cual arriba el Tribunal al no reconocer la circunstancia de que habla la norma sustancial invocada, "es desfasada en cuanto a su real apreciación por parte del *ad quem*".

Fundamenta lo anterior, en que desde tiempo atrás existían desavenencias entre Pinilla y Porras en razón a que este último mantenía "amores" con su hija menor, situación no aprobada ni consentida por las características individuales sociales y familiares de la víctima, lo

que "lleva a una situación anterior a la del hecho fallado, cual es la animadversión que existía entre víctima y victimario, lo cual de por sí crea una posición agresiva-síquico-volitiva, en ambas personas ...y de posición siempre de ataque en el momento menos esperado en que lleguen a encontrarse".

Afirma que no se encuentra probado que Porras y Matallana hubieran previamente preconcebido la muerte de Pinilla, "y, en gracia de discusión si se aceptara ese planteamiento como cierto, el proceso se encontraría mal calificado, toda vez que el tipo penal aplicable al caso sería la (sic) descrita por el numeral 4º del artículo 324 del Código Penal, esto es homicidio agravado; y no por la conducta descrita en el artículo 323 *ibídem*; debiéndose decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del cierre de investigación, y ordenar la liberación de mi defendido, previa caución por encontrarse dentro de lo estipulado en el numeral 4º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal". Esto lo deja a manera de inquietud, "sin que se entienda cómo el planteamiento de las restantes causales de casación".

Sugiere que se tengan en cuenta las características personales, familiares y sociales del procesado, así como su personalidad y posición asumida en el proceso, especialmente cuando en dos ocasiones tuvo la oportunidad de obtener su libertad bajo caución, no impetrándola *motu proprio*, sino dejando que la justicia le definiera su situación.

Se refiere a los requisitos que exige la atenuante que plantea, haciendo alusión a una decisión de la Corte sobre el particular, para concluir con unas breves acotaciones acerca del alcance y significado del contenido de la norma en cuestión.

Finalmente solicita, que se case la sentencia de segunda instancia, se dicte la que deba reemplazarla, y en ella se reconozca a Porras Castillo la "ira e intenso dolor" consagra el artículo 60 del C. P., "como causal de atenuación específica en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo* de que se ocupa el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal".

IV. Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sugiere a la Corte rechazar el cargo único y por ende no casar el fallo, por la imposibilidad de acometer el estudio de fondo de la cuestión planteada en la demanda, ya que son ostensible las deficiencias técnicas que ella revela.

En primer término señala, que no es clara la posición del impugnante en la vía de ataque, pues entremezcla la violación directa e indirecta de la ley sustancial no obstante la invocación expresa de esta última. De entrada se advierte que descalifica la "interpretación" otor-

gada por el Tribunal al contenido y alcance de la norma sustancial —art. 60 del C. P.—, para revocar denegando la diminuente que en "derecho" otorgó el *a quo*.

Observa que la contradicción es evidente pues se cae en el desacierto técnico de formularse la censura en un motivo y desarrollarlo en otro, creando una dilogía que impide desentrañar el verdadero pensamiento del demandante. La invocación del reparo se hace por quebrantamiento indirecto de la ley, pero la exposición confunde argumentos propios de la vía directa.

Dice que desconoce el actor que entratándose de una censura encaminada a demostrar una *"equivocada interpretación"* ajena por completo al real alcance y contenido que revela el precepto sustancial, es sentido exclusivo de violación directa, pues acertado el sentenciador en la norma aplicable al caso concreto, se le da un alcance mayor o menor del que realmente tiene, sin que tenga incidencia en el supuesto de que esto ocurra en el juicio jurídico del juzgador, el aspecto probatorio en su apreciación y valoración, camino este por el cual, de ser desacertado el juicio del sentenciador, se presenta el quebrantamiento de la ley bien por aplicación indebida ora por falta de aplicación únicos sentidos de violación que admite esta vía de ataque.

Agrega, que no es solamente porque al comienzo de la sustentación se incurra en este desacierto, suficiente para llevar al traste la impugnación, pues se ha dicho por la jurisprudencia la contradicción elemental e inaceptable que comporta una acusación simultánea de los dos motivos de violación, sino que además el demandante transitando por el ámbito del cuestionamiento probatorio no deja de reiterar renglones adelante que: "...la conclusión a la cual se arriba por parte del Tribunal en el sentido de no reconocer la ira e intenso dolor de que nos habla la norma sustancial invocada; es desfasada en cuanto su real apreciación...".

Y para que no quede duda del desacierto técnico, remata el libelo con apreciaciones jurídicas que, en criterio del actor, ha de ser el entendimiento y "alcance de las expresiones ira e intenso dolor", con algunas acotaciones sobre el lapso entre la ofensa y la realización del hecho criminal.

Considera el procurador, que si se descontara esta inicial falencia, dado por entendido que el reproche lo es esencialmente en el plano probatorio, tampoco encuentra llano el camino para entrar en el estudio de fondo del punto materia de inconformidad del libelista, pues pese a aducir que la negativa en reconocer la diminuente punitiva, obedeció a un error de hecho por "falso juicio de existencia en la apreciación de una prueba", calla sin embargo en la precisión si lo fue por omisión o suposición, distinción que era necesaria, porque en

el evento de ser la primera, obvio es que la prueba debió aparecer individualizada en el libelo y desde luego materialmente presente en el expediente. El demandante se limita a poner de presente su particular punto de vista de apreciación probatoria, coligiendo el móvil del insuceso en las no cordiales relaciones de amistad entre víctima y victimario por razón de que éste veía con disgusto las pretensiones amorosas de aquel para con su menor hija estudiante.

Se cae, por ende, en otra contrariedad casacional, pues las afirmaciones del impugnante, más que corresponder al error de hecho propuesto, tiene que ver con internos juicios de convicción propios del error de derecho, sin vocación para prosperar en esta sede, contradicción esta elemental e inaceptable sobre lo cual la jurisprudencia ha sido uniforme y reiterada.

Estima que la confusa alegación se agrava, cuando acude el impugnante a un nuevo argumento: Afirma que su mandante fue condenado por homicidio simple, cuando "en gracia de discusión" de admitirse el planteamiento del Tribunal en el sentido de que hubo acuerdo previo entre "los procesados Porras y Matallana", el homicidio debió calificarse como agravado siendo suficiente esta irregularidad para que, en su criterio, se genere la nulidad del auto acusatorio, debiéndose por tanto, decretar la invalidación a partir del cierre investigativo y, de suyo, la orden de libertad de Porras Castillo.

Expresa que si esto es así, a la luz aparece otro desacierto insubsanable así se diga que la réplica se deja a manera de "inquietud", pues se desatienden los principios de independencia y autonomía que gobiernan el ejercicio de las taxativas causales de casación, como que la invocación de una, en su desarrollo, no puede inmiscuirse con argumentos fijados para otra.

Además, trasciende el planteamiento a su desestimación de plano, pues primero, carece el actor de interés jurídico para demandar un tal cargo en la medida en que estaría propiciando una condena futura con mayor drasticidad en la pena; y, segundo, el ataque no procedería por nulidad, pues la causal tercera tiene operancia cuando la denominación genérica del delito imputado en la resolución de acusación es distinta de la que corresponde a la infracción por la cual se condena, mas no cuando el género delictivo es el mismo, como sucedió en el presente caso.

Finalmente, señala que no es menos insitado el pedimento que el censor vierte respecto de la aplicación que debe imperar del artículo 445 del C. de P. P., anterior artículo 248 del estatuto procesal derogado, postura que rebasa el marco conceptual a cerca del instituto que reclama. Es que si se invoca su aplicación es porque el proceso arroja dudas probatorias en cuanto a la responsabilidad del acusado, evento en el cual la absolución de Porras Castillo sería un imperativo legal, resultando un contrasentido a la vez deprecar el mismo defensor proferimiento de condena, pero aminorada la pena.

Además, esta réplica sirve para dejar por sentado que es el propio demandante quien duda sobre que en el proceso se encuentra debidamente probada la modificante de la responsabilidad debatida. Bien sabido es que para que proceda su reconocimiento como ocurre con otras, inclusive, para las eximentes plenas, bien por justificación ora por inculpabilidad, la comprobación de la causal debe aparecer nítida en el proceso.

V. Consideraciones de la Corte:

Tiene razón el Procurador cuando destaca la imposibilidad para acometer el estudio de fondo de la cuestión planteada por el defensor de Porras Castillo, pues es evidente el desconocimiento de los requisitos no sólo de orden técnico, sino también de lógica, precisión y profundidad, que caracterizan el libelo, en donde se discurre de aquí para allá, exhibiendo a cada paso una confusión argumental que impide a ciencia cierta, conocer el verdadero alcance de la impugnación.

Del examen del contenido mismo de la acusación, la posición del demandante se muestra altamente contradictoria y deficiente, pues entremezcla de manera confusa más de una causal y no logra conformar estas de manera atendible y exigible: Va de la violación indirecta por error de hecho por falso juicio de existencia al error de derecho por falso juicio de convicción, trasladando su argumentación a la violación directa por interpretación errónea con mención del *in dubio pro reo*, y se insinúa también la nulidad por error en la denominación jurídica de delito.

La demanda fracasa desde el comienzo, pues pese a invocar concretamente la violación indirecta de la ley sustancial, que como es sabido únicamente puede llevar a la aplicación indebida o a la falta de aplicación, en su exposición confunde argumentos propios de la vía directa por equivocada interpretación en el alcance y contenido del artículo 60 del Código Penal.

Al respecto cabe observar, que cuando entra en materia, las primeras frases del censor se dedican a descalificar la "interpretación" otorgada por el Tribunal al contenido y alcance de la citada norma sustancial, para cuestionar la revocatoria y denegación de la diminuente que en "derecho" otorgó el juez *a quo*, al sostener el libelista que cuando en la sentencia de segunda instancia se entra a estudiar el fallo impugnado el Tribunal "señala cómo el sentenciador de primer grado al reconocer la ira e intenso dolor tuvo una visión equivocada de la real interpretación en su alcance y contenido del artículo 60 del Código Penal".

Estas afirmaciones iniciales no resultan insulares en el libelo, pues posteriormente reitera el impugnante que la conclusión a la cual

se arriba por parte del Tribunal en el sentido de no reconocer la ira y el intenso dolor de que habla la norma sustancial invocada, "es desfasada en cuanto a su real apreciación", y finalmente termina la demanda con apreciaciones jurídicas sobre la forma como en su criterio, ha de ser el entendimiento y "alcance de las expresiones de ira e intenso dolor", y respecto del lapso entre la ofensa y la realización del hecho criminal, para concluir que no obra prueba o información precisa en autos de cuándo y a qué hora fue la última vez que Pinilla insultó a Porras, pero de lo que sí hay certeza es de que eran frecuentes, permanentes y cotidianos los insultos, ofensas e improperios que la víctima profería a su defendido.

Este planteamiento como bien lo advierte el señor Procurador, resulta evidentemente contradictorio, pues se incurre en el desacierto técnico de formular la censura en un motivo y desarrollarlo en otro, lo que causa el natural desconcierto de la Sala, puesto que si la censura está encaminada a demostrar una equivocada interpretación en cuanto al contenido y alcance de la norma sustancial invocada, es sentido exclusivo de la violación directa, ya que ello implica que el precepto ha sido aplicado, aunque otorgándole un sentido jurídico que no posee, sin que para nada tenga incidencia en el supuesto de que esto ocurra en el juicio jurídico del fallador, el aspecto probatorio en su apreciación y valoración.

Desacertada, así mismo resulta ser la pretendida demostración del error de hecho por "falso juicio de existencia en la apreciación de una prueba", pues el censor se abstiene de precisar si lo fue por omisión o suposición.

Resulta imposible establecer si lo que desea el casacionista es indicar que no fueron tenidas en cuenta determinadas pruebas que incidían favorablemente para los intereses de su defendido, caso en el cual debió individualizarlas en el libelo, y no limitarse a decir, "que la omisión en apreciar en su conjunto los hechos antecedentes, concomitantes y subsiguientes de todas las actuaciones (procesales y extraprocesales) llevaron a un planteamiento equivocado por parte del *ad quem*", o si lo que pretende es criticar la valoración que le dio el Tribunal a las pruebas obrantes en el proceso, lo que entrañaría un ataque por error de derecho por falso juicio de convicción, que no adujo el censor, y que en este caso tampoco podría prosperar, pues lo que se pretende es anteponer su personal punto de vista al del fallador coligiendo que el móvil del insuceso es la animadversión que existía entre víctima y victimario. Lejos se encuentra su argumentación de demostrar el error de hecho por falso juicio de existencia, y la contradicción es evidente.

No terminan aquí los desaciertos. Los argumentos en pro de su defendido prosiguen sin sentido, y sin razón, cuando afirma que no

se puede aceptar la tesis del Tribunal, en cuanto a que Porras y Matallana hubieren previamente preconcebido la muerte de Pinilla, situación que no se encuentra probada y, en gracia de discusión si se aceptara ese planteamiento como cierto, el proceso se encontraría mal calificado, ya que el tipo penal aplicable sería el homicidio agravado y no el simplemente voluntario, debiéndose decretar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación y ordenar la libertad de su defendido.

Esta réplica que el memorialista deja a manera de "inquietud", no solamente desatiende los principios de la independencia y autonomía que gobiernan el ejercicio de las causales taxativas de casación, sino que además, como con acierto lo señala el Ministerio Público, trasciende a su desestimación de plano, primero porque el actor carece de interés jurídico para demandar tal cargo en la medida que estaría propiciando una condena futura con mayor drasticidad en la pena; y segundo, porque el ataque no procedería por la causal de nulidad, pues ella tiene operancia cuando la denominación genérica del delito imputado en la resolución acusatoria es distinta de la que corresponde a la infracción por la cual se condena, pero no cuando el género delictivo es el mismo, como ocurrió en el presente caso.

Este cúmulo de desaciertos culmina con un pedimento, infundado, consistente en que se "reconozca a Guillermo Porras Castillo, la 'ira e intenso dolor' consagrada en el artículo 60 del Código Penal, en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*, el cual debe ser desechado, no sólo por la impropiedad técnica con que está formulado, sino por carecer de fundamento y demostración".

Siendo ostensibles los yerros técnicos en que incurrió el actor en la presentación de la acusación, el único cargo formulado debe ser desestimado como lo solicita la Delegada.

Ahora bien, como la sentencia de primera instancia impuso la pena accesoria de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, y esta decisión fue confirmada por el Tribunal, sin tener en cuenta que en los casos de Guillermo Porras Castillo y Mariano Alberto Matallana Orejuela, ese término es superior a diez años, máximo permitido por el artículo 44 del Código Penal para la sanción accesoria, esa determinación resulta violatoria del principio de legalidad, en consecuencia la Corte de oficio casará la sentencia en forma parcial para corregir ese yerro, aplicando las facultades que le otorgan los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal, haciendo extensiva tal determinación al procesado no 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:

Primero: CASAR parcialmente la sentencia recurrida.

Segundo: Señalar que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas para los procesados Guillermo Porras Castillo y Mariano Alberto Motallana Orejuela es de diez (10) años.

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

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

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

En sede extraordinaria no está permitida la oposición de dicernimientos pues no se trata de demostrar cuál de las tesis es más sugestiva o vigorosa, tarea reservada a las instancias. Unicamente se persigue establecer si el fallo proferido se ajusta a derecho, esto es, si encuentra respaldo en la normatividad y en la verdad procesal.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 32.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por la defensora de la procesada *Argemira Moreno de Silva* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Setenta y Uno (71) Penal del Circuito mediante la cual la halló responsable de un delito de homicidio, sometiéndola a internación en establecimiento psiquiátrico por un periodo de dos (2) años, así como a pagar la suma de cinco millones quinientos mil pesos ($ 5.500.000.00) por concepto de perjuicios materiales y cien (100) gramos oro por perjuicios morales. El Tribunal aclaró que el período en comento es el mínimo dado que el máximo se sujetará a exámenes periódicos para establecer si es posible variar la medida de seguridad o eximirla del tratamiento.

Hechos y actuación:

En los siguientes términos los dejó reseñados con propiedad la Delegada:

> "Acaecieron la madrugada del sábado 16 de septiembre de 1989 cuando resultó muerto el menor Nelson Silva Moreno, en su morada ubicada en la calle 47 sur número 68-15 barrio Boita de esta ciudad.

"La incriminación se hizo en contra de su progenitora, quien padecía de trastorno mental y luego de despertar a su cónyuge le manifestó que ahí dejaba al niño muerto, procediendo a abandonar el hogar.

"Puestos los hechos en conocimiento de los agentes del CAI del sector, posteriormente fue aprehendida la señora.

"El Juzgado Ochenta y Uno de Instrucción Criminal abrió formalmente la investigación el 18 de septiembre de 1989.

"La indagatoria fue evacuada el 20 de septiembre del mismo año, diligencia dentro de la cual nada respondió la encartada dando pie al pronunciamiento fechado 26 de septiembre de 1989 donde se dispuso su libertad y la no imposición de medida de aseguramiento.

"Impulsado el instructor por el comportamiento asumido en la injurada por la imputada, en adición a lo dicho por su madre, ordenó la evacuación de diversas pruebas en aras a establecer la real situación de la progenitora del infante frente al fallecimiento de éste.

"Asido de suficientes medios de convicción, informadores acerca del crítico estado mental de la mujer como quiera que había estado internada por esta causa en centros hospitalarios y haber sido común denominador de su conducta, el pensar dejar de existir por mano propia y cobijar bajo la idea suicida a su parentela; una vez cerrada la investigación el 3 de mayo de 1991, con providencia calendada el 20 de mayo del mismo año se profirió resolución acusatoria en contra de Argemira Moreno de Silva a la par que se impuso medida de seguridad consistente en internación en la dependencia psiquiátrica de la Cárcel Nacional de Mujeres 'El Buen Pastor' dada su condición de inimputable.

"En conocimiento del asunto por la reforma procedimental, el Juzgado Sesenta y Uno del Circuito, el 28 de agosto de 1992 accedió a la práctica de pruebas pedidas por la defensa y de oficio decretó la pericial para establecer los perjuicios ocasionados con el delito.

"Recopilada la dispuesta y tras algunos aplazamientos, la vista pública tuvo su inicio el 26 de octubre de 1992 y culminó el 9 de diciembre del mismo año con la sentencia de primer grado con los resultados ya consignados.

"Apelado el fallo y desatado el recurso, terminó con su confirmación integral, actuación de instancia que ahora dinamiza el recurso extraordinario".

La demanda:

Con fundamento en la causal primera, último segmento del artículo 220 del C. de P. P., la recurrente acusa la sentencia de segundo grado de violar en forma indirecta los artículos 247, 248, 301, 302 y 303 del C. de P. P. "...ya que el fallador le ha dado una interpretación y un sentido tal de *certeza* a las pruebas en su apreciación que no la tenían...". Dos son los reproches que abarcan su crítica:

Primero:

Recuerda en primer término el artículo 247 del C. de P. P. y comenta lo que debe entenderse como "certeza" para dictar sentencia condenatoria. En seguida acepta que su representada "...venía padeciendo un trastorno mental...", pero niega que el fallecimiento del menor se hubiese producido "...a consecuencia de la conducta de su progenitora...". Luego evidencia que el Tribunal llegó a dicha conclusión a través de prueba indiciaria, hecho que la motiva a examinar varios testimonios. El primero, el del agente Joaquín Moreno Vargas quien relata la entrega voluntaria de la mujer mientras aseveraba "yo maté a mi hijo", al tiempo que su marido advertía "...que lo había ahogado la mamá...". El segundo, es el de este último, Luis Silva, quien cuenta que su cónyuge lo despertó para contarle que "...ahí le dejo a *Nelsito* que está muerto...", lo que no quiere decir "...que éste haya afirmado que lo había matado...". Finalmente pone de relieve la constancia que se dejara al notificársele a la sindicada de sus derechos, momento en el que afirma "...que no quiere avisarle a su familia porque lo que hizo es algo imperdonable".

Con esta presentación de las pruebas obrantes en contra de su poderdante, comienza a elaborar sus razonamientos. Lo primero que hace es calificar de "supuestas" las afirmaciones que se le atribuyen. Luego, resalta su enajenación para adverar que por esta misma razón "...no pueden tenerse como indicio de que fue ella quien realizó la conducta que terminara con la vida del menor".

Más adelante, rememora otras afirmaciones que establecen la muerte por ahogamiento como la del propio agente Joaquín Moreno Vargas, el informe policial de septiembre 17 de 1989 que deja abierta esta posibilidad, y la historia que lleva la Clínica Santo Tomás sobre la procesada en la que advierte que "...hace quince días tuvo ideaciones de suicidarse y de que su hijo de siete años sufría mucho por ella, por tal motivo decidió asfixiarlo...". No obstante, el protocolo de necropsia indica que el escolar "...fallece en congestión visceral y edema central de causa en estudio...", estableciéndose posteriormente haberse encontrado en su organismo sustancias venenosas (compuestos oxidados derivados del fósforo y organofosforados). Ello la lleva a concluir que no se ha establecido que la acusada "...hubiese estado en capacidad de manipular algunos de estos elementos...", pues in-

cluso ni siquiera manejaba dinero. Por consiguiente, afirma la censora, no se encuentra la certeza que exige el artículo 247 del C. de P. P. a más de llamar la atención sobre la edad del menor (7 años).

Segundo:

En dos cortos párrafos lo expone. En primer lugar habla de la prueba indiciaria desprendida de la auto-acusación que la señora Moreno de Silva hiciera ante su esposo y luego aborda la declaración de éste para resaltar que él sólo le escuchó decir que ahí le dejaba a su hijo "...que está muerto", lo que no quiere decir que lo hubiera matado "...que es lo que posteriormente parece manifestar, según el agente Joaquín Moreno Vargas, pero es que ya se había dado la voz de alarma que una señora le había causado la muerte a su hijo, y es apenas obvio que en su estado de demencia, llegara a asumir lo que seguramente todo el barrio repetía y la acusaba".

Luego hace una referencia a los artículos 301 a 303 del C. de P. P., evidenciando que los elementos constitutivos del hecho indicador no pueden tomarse separadamente como indicadores, "...lo cual sucede si se separan las distintas y supuestas manifestaciones hechas por la sindicada pues estas hacen o constituyen un solo indicio..." aparte de que deben estar probados y examinados de acuerdo con su gravedad, concordancia y convergencia. Por consiguiente, concluye la demandante, el fallador apreció erróneamente las supuestas auto-acusaciones al tomarlas como indicios.

Finaliza su escrito solicitando se case la sentencia y se absuelva a la procesada, "...por no existir *certeza* de que la muerte del menor Nelson Silva Moreno fue ocasionada por su progenitora".

Concepto del Procurador
Tercero Delegado en lo Penal:

Critica en toda su extensión la falta de técnica del libelo, empezando por denunciar coctáneamente la violación de dos normas (arts. 247 y 248 del C. de P. P.) cuya naturaleza impone presupuestos diversos, así como entremezclar sentidos diferentes en un mismo ataque al plantear un error de hecho y otro de derecho, vislumbrándose desde un comienzo el fracaso del escrito.

Respecto al *primer cargo* advierte que la casacionista tenía como alternativa demostrar el yerro respecto del hecho indicador (señalando la distorsión, suposición o la omisión del medio probatorio comprometido en la construcción indiciaria) o reprochar al juzgador por no haber realizado en forma cabal la inferencia lógica, paso que la llevaría al falso juicio de convicción, vía impertinente para sustentar el recurso extraordinario. No obstante, la recurrente desatiende estas preceptivas y se dedica a un planteamiento trivial "...incompleto en la mención

de todos los indicios que avalaron la conclusión del fallador y lo que es más lamentable, desechó su convergencia y concordancia entre sí con el resto del material probatorio consignado en la sentencia que reprueba". Por tales razones la desestimación de la censura es ineludible.

El *segundo cargo*, a juicio del colaborador, tampoco es viable merced a "sus imprecisiones y desatinos". No es cierto —asegura— que las auto-acusaciones hayan fundamentado en forma solitaria la sentencia atacada, pues, además, el Tribunal tuvo en cuenta la idea fija de la muerte y la alienación mental de la procesada. Ahora, "...si lo que enrostra es el de haber sido aquellas (las autoacusaciones) tomadas 'como indicios' nada probó en torno a la posible distorsión sobre la prueba que lo ponía en evidencia y cuyo yerro atribuía al funcionario; tampoco divulgó ni probó si lo que se trataba era de error en la inferencia lógica, camino por el cual, en forma indirecta, llegó el *ad quem* a proferir la sentencia". Además, pone en relieve, la "interesada fragmentación" del fallo pues apenas si se refiere a la prueba testimonial, dejando por fuera los demás elementos de juicio tenidos en cuenta por el fallador, por lo que su escrito queda reducido a "...una simplista afirmación sin respaldo eficaz dentro del proceso aunada a criterios personales dignos de exposición en instancias pero inadmisibles en casación como cuando asevera que es obvio que su patrocinada asumiera para sí lo que seguramente todo el barrio repetía".

Por consiguiente, solicita de la Sala, no casar el fallo materia de la impugnación.

La Corte:

1. Una observación previa antes de entrar en materia. La Delegada advierte en la demanda una concreta falencia al citar las normas presuntamente infringidas por el fallador. No puede proponer coetáneamente —son sus palabras— en sede casacional, los artículos 247 y 248 del C. de P. P. cuya naturaleza impone presupuestos diversos. Tendría razón el Ministerio Público si se tratara del código derogado dado que la primera norma versa sobre la prueba para condenar al tiempo que la segunda trata sobre el *in dubio pro reo*, pues es obvio que por su naturaleza las normas citadas no pueden aplicarse indebidamente en forma simultánea. Sin embargo, la numeración que especifica el libelo es la del estatuto vigente, prueba de lo cual es la transcripción que se hace del primero de ellos, cuya letra corresponde a este compendio. Así las cosas, el reparo no tiene razón de ser dado que aquél habla de la prueba para condenar (como su homólogo derogado), al tiempo que éste versa sobre los medios de prueba. Su proposición coetánea es válida y al respecto no cabe formular ninguna crítica al escrito de casación.

2. No sucede lo propio con el resto del enunciado. Recuérdese que la actora acusa la sentencia de segundo grado de ser violatoria en forma indirecta de la ley sustancial por haberse incurrido en error de hecho toda vez que el fallador concedió a las pruebas un valor probatorio que no tienen. La confusión es evidente. Al tiempo que reclama un yerro de estirpe fáctica (distorsión, omisión o suposición de la prueba) critica el justiprecio dado a las probanzas, falencia que debe proponerse en el marco del error de derecho por falso juicio de convicción. Primer tropiezo que presto anuncia el desquiciamiento del libelo, salvo que en su desarrollo el escrito retome el camino correcto.

3. El *primer cargo* lo edifica la casacionista en torno a la carencia de certeza respecto a la autoría de la conducta. Como quiera que plantea un error de hecho (aunque no aclara el falso juicio que le dio origen) es palmar que debe atacar la prueba indiciaria que sirvió de soporte a la sentencia que objeta, específicamente al hecho o hechos indicadores, señalando la distorsión, suposición u omisión de que fueron objeto.

3.1. Empero, lo primero que hace es presentar una proposición que no es materia de discusión. La acusada padecía trastornos mentales por la época en que sucedieron los acontecimientos pero no por ello puede asegurarse que el menor falleció "...a consecuencia de la conducta de su progenitora". En seguida, advierte que el Tribunal edificó el fallo condenatorio con base en la prueba indiciaria, palabras inanes pues no explica la razón de ser de dicha afirmación aparte de que contradicen la verdad procesal pues también existieron otros elementos de juicio para demostrar la responsabilidad de la encartada.

3.2. Enunciadas estas premisas pasa a desarrollar el ataque centrando su atención en los testimonios del agente de Policía Joaquín Moreno Vargas, el esposo de la encartada, Luis Silva y las manifestaciones que ella hiciera sobre su responsabilidad en el suceso, así como en un informe policial y la historia que se le llevaba en la Clínica Santo Tomás.

¿Qué pretende probar con ello? Respecto del representante del orden resalta el haberle escuchado a la procesada —cuando se entregó— que había matado a su hijo, circunstancia que luego le confirma el esposo, asegurando que al menor lo había ahogado la madre. Autoacusación y causa del fallecimiento revela este testimonio. Más tarde, cuando examina la deposición de Luis Silva, su cónyuge, advierte que Argemira sólo le dijo que ahí le dejaba al niño que se encontraba muerto, pero jamás dijo que lo había matado. Por consiguiente, pone en duda la autoría material de la conducta que se le enrostra a su poderdante. Por último, cuando acomete el estudio del informe policial destaca que en él se indica la asfixia como posible motivo del deceso a tiempo que la historia clínica advierte que la paciente decidió "asfixiar" al menor porque sufría mucho.

Así pues, entremezcla la autoacusación, las perturbaciones mentales y la posible causa del fallecimiento para llegar a la conclusión de que no existe la certeza necesaria para predicar la autoría del hecho en cabeza de su patrocinada. No obstante, hasta el momento —y ya está para terminarse la censura— no se observa cuál fue el hecho indicador que fue objeto del error de hecho anunciado en un comienzo. Tampoco a dónde quiere llegar cuando denuncia que en un primer momento se pensó que el menor había muerto por asfixia, aunque luego se demostrara pericialmente que la razón de su fallecimiento se encuentra en el envenenamiento que sufrió su organismo por elementos derivados del fósforo. Tal vez, la única explicación razonable que se halla es la de pretender señalar que la autoacusación de la mujer era falsa pues llegó hasta el punto de inventar la causa del perecimiento.

3.3. Si tan solo la autoincriminación hubiese sido el fundamento de la decisión de condena, quizás la intención de la demandante —apoyada en un planteo correcto— le habría reportado el beneficio esperado. Sin embargo, su intención no tiene eco al mostrar tan solo una parte de los elementos de juicio que tuvo en cuenta el fallador para proferir la decisión cuestionada.

Obsérvese:

Las autoacusaciones se vieron confirmadas por otros hechos. Lo primero que realizó el sentenciador fue examinar la historia clínica, encontrando el proceso degenerativo que venía sufriendo la paciente, con algunos períodos de lucidez, lo que lo llevó a predicar que el homicidio lo causó "...en un momento de agresividad, motivado por una crisis nerviosa que le impedía comprender la gravedad del hecho". A más de ello tuvo en cuenta las obsesivas ideas del suicidio y la muerte de su hijo, que la venían aquejando. En este sentido, —y esto es muy revelador— puso de presente el manejo que Argemira Moreno de Silva ha hecho de sustancias organofosforadas, que en una oportunidad la llevaron a intentar quemar a su propio descendiente. Más aún, en otra ocasión pretendió arrojarse de una azotea con su hijo en brazos.

Por ello, sustenta su decisión teniendo en cuenta que el menor falleció por habérsele administrado compuestos oxidados de fosforados (totes) y de organofosfatos (plaguicidas), que en la historia clínica se encuentran episodios de intentos de suicidio con ingestión de este tipo de sustancias tóxicas y que la procesada es "...una madre esquizofrénica, con ideas delirantes, alucinaciones auditivas y visuales, que ampliamente ha puesto de presente con su conducta su intención de eliminarse y eliminar a su hijo...".

3.4. La sin razón del cargo, pues, es evidente mayormente cuando presenta una visión parcial del acopio probatorio. No obstante, aún la Sala tiene dos anotaciones más respecto al reproche. La primera, versa

sobre la afirmación de la actora acerca de la imposibilidad que tenía su representada de manejar este tipo de sustancias dado que, incluso, ni siquiera tenía acceso al dinero que pudiera permitirle su adquisición pues ni siquiera compraba los alimentos de la familia. Basten los varios intentos de suicidio con este tipo de elementos químicos para contestarle a la demandante. Es obvio que para atentar contra su vida de alguna manera los consiguió y que su acceso a ello no era difícil lo demuestran las varias coyunturas en que los utilizó para lograr sus propósitos. La segunda inquietud se refiere a la conclusión del ataque. El que deba tenerse en cuenta la edad del infante (siete años) para asegurar que ella "...le permitía rechazar aquello que no fuera de su acostumbrado sabor etc., para ingerir...", es apenas una simple suposición, válida en las instancias, pero ajena al recurso extraordinario en el que se decide únicamente si la decisión del fallador se ajusta a la realidad procesal y normativa y no qué gama de posibilidades se le presentaban al estudiar el acervo probatorio.

El rechazo de la objeción se impone.

4. El *segundo reproche* tampoco tiene vocación de prosperidad. Insistiendo en los argumentos que lo sirvieron de base para la anterior censura, la recurrente persevera en la tesis de que los "indicios de autoacusación" fueron el fundamento de la providencia cuestionada. Baste la respuesta que se le diera en su momento para desvirtuar la tacha.

Ahora bien, como si se tratara de un alegato de instancia presenta a la Corte una posible explicación a la conducta autoincriminadora de Argemira de Silva. Según su parecer, la voz de alarma que se extendió por el barrio sobre la muerte que una señora le había causado a su hijo fue la razón principal para que su poderdante llegara a asumir "...lo que seguramente todo el barrio repetía y la acusaba". ¿El no haber tenido en cuenta esta hipótesis es lo que le endilga al Tribunal? ¿Este es el error de hecho que predica? ¿Si es así, cuál fue la probanza ignorada, supuesta o distorsionada que demostraba esta apreciación? Ninguna, es obvio. Simplemente el criterio del fallador no se compaginó con el de la casacionista y de ahí su inconformidad. Pero como ya se dijo, en sede extraordinaria no está permitida la oposición de discernimientos pues no se trata de demostrar cuál de las tesis es más sugestiva o vigorosa, tarea reservada a las instancias. Únicamente se persigue establecer si el fallo proferido se ajusta a derecho, esto es, si encuentra respaldo en la normatividad y en la verdad procesal.

Por último, el segundo párrafo de su corta censura lo dedica a criticar el que cada una de las diversas manifestaciones de la sindicada se hubiese tomado como hecho indicador, pese a constituir un solo indicio. Su imprecisión es manifiesta. No aclara cuáles fueron exactamente las "manifestaciones", cuáles los hechos indicadores, y a qué indicios les dieron origen, en fin, cuál su trascendencia y de qué manera su presencia alteró desfavorablemente los intereses de su representada.

5. El silencio que guarda sobre estos aspectos, su estrechez argumental al no examinar en conjunto toda la prueba indiciaria y querer reducirla tan solo a las autoacusaciones, y su intención de oponer sus personales apreciaciones a las del Tribunal, son factores que predican la sin razón del ataque. Así lo declara la Sala.

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / APODERADO

Si bien es cierto que el numeral 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil (hoy art. 140) da como causal de nulidad la "indebida representación de las partes", también lo es que el artículo 155 ibídem esclarecía que tal anotación sólo podría impetrarse "por la persona afectada", términos que hoy se repiten en el artículo 140 modificado por el Decreto 2282 que acaba de citarse. / De prosperar reproches por la causal primera, no es la invalidación del rito la solución que corresponde sino el proferimiento de un fallo de reemplazo.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 32.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados *Edilia Sánchez Casellas de Leal y Alvaro Vargas*, en contra de la sentencia de agosto 25 de 1992 del Tribunal Superior de Ibagué, que confirma la de condena emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chaparral, modificándola respecto al pago de los perjuicios materiales y morales cuya responsabilidad fijó de manera solidaria, y no personal e individual como lo había determinado el *a quo*.

A la acusada Sánchez de Leal se le impuso la pena principal de 23 meses y 25 días de prisión como autora del delito de falsedad en documento privado en concurso con el de abuso de confianza, este último a título de cómplice. Al coacusado Alvaro Vargas se le gravó con 27 meses de prisión como autor responsable del delito de abuso de confianza. La pena de multa para cada uno de los implicados se fijó en cinco mil pesos, y las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas en un tiempo igual al de la privación de

libertad. Los perjuicios materiales fueron establecidos en $ 768.385.00 y los morales en el equivalente en moneda nacional a diez gramos oro.

Hechos y actuación procesal:

1. En el mes de agosto de 1988 Jorge Clavijo Buitrago, Jefe de Sucursales y Agencias de la Cooperativa Unión Popular de Crédito Limitada "CUPOCREDITO", formuló denuncia penal en contra de los empleados: Edilia Sánchez Caselles, secretaria; Gloria Piedad Marín, cajera, y Alvaro Vargas director de la Agencia de Chaparral, informando que con motivo de la visita de auditoría practicada a la mencionada oficina, se habían detectado entre los meses de mayo y junio de ese año algunas irregularidades que llegaron a afectar los intereses de la Cooperativa, los cuales cuantificó en $ 1.321.668.00.

Agrega que la revisión estableció la omisión de reportes contables sobre algunas consignaciones efectuadas por los clientes de la Cooperativa, y en otras ocasiones, se hizo figurar la entrega de dineros sin que aparecieran los respectivos comprobantes, hechos que confirmaron las personas cuyos nombres aparecían en los registros de salida. También concedieron sobregiros o pagos en descubierto en cuentas de ahorro y omitieron contabilizar cheques devueltos, para de esa manera beneficiar a algunos parientes de los empleados, culminando en el arqueo de caja de Gloria Piedad Ramírez del 23 de junio de 1988, donde resultó un faltante de $ 12.595.00 del cual no se obtuvo una explicación satisfactoria.

2. Con fundamento en la denuncia, el Juzgado 22 de Instrucción Criminal de esa ciudad ordenó la apertura de la correspondiente investigación y vinculó a los implicados al proceso mediante indagatoria, afectando con medida de aseguramiento de detención preventiva a Piedad Ramírez por el punible de hurto.

Por intermedio de su representante legal Luis Alfonso Perdomo, "CUPOCREDITO" presentó demanda de constitución en parte civil. El poder que la acompañó tenía impreso el sello de la Notaría 22 de Bogotá, no así fecha ni la firma del notario, defecto que no obstó para que el Juzgado Instructor lo acogiera.

Al cierre de la investigación se calificó el mérito del sumario profiriendo en contra de Gloria Piedad Ramírez Peña resolución de acusación por el punible de hurto en concurso con el de falsedad por ocultamiento; Edilia Sánchez Caselles y Alvaro Vargas fueron beneficiados con cesación de procedimiento. Inconforme con la decisión, el defensor de la Ramírez y el representante de la parte civil interpusieron el recurso de apelación, dando lugar a que el Tribunal la revocara, proveyendo en su lugar la reapertura de la investigación para todos los sindicados.

Llegado el momento de la segunda calificación el Juzgado decretó la cesación de procedimiento, y una vez más el representante de la parte civil recurrió de esa providencia, dando lugar a su modificación en la segunda instancia que en contra de Edilia Sánchez Caselles y Alvaro Vargas profirió acusación por el punible de falsedad en documento en concurso con abuso de confianza. La cesación de procedimiento de Gloria Piedad Ramírez Peña fue ratificada.

3. La etapa del juicio debió adelantarla el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chaparral, de donde procede el fallo de condena. Los defensores de los acusados y el Fiscal Primero del Circuito interpusieron el recurso de apelación, y esta vez el Tribunal de Ibagué le impartió confirmación a aquella decisión con las modificaciones atrás mencionadas, providencia ésta última motivo del recurso extraordinario de casación por parte de la defensa.

Las demandas:

1. Escrito a nombre de Edilia Sánchez de Leal. Tres cargos propone el casacionista en este caso al amparo del numeral primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal por violación indirecta de la ley sustancial, y uno más por la vía de la nulidad.

Cargo primero: Para el impugnante la sentencia viola las disposiciones consagradas en los artículos 633, 636 y 2142 del Código Civil, 63 y 65 del Código de Procedimiento Civil y la Ley 79 de 1988 en sus artículos 13, 14 y 15 por error de derecho en la apreciación del *"certificado de personería y representación"* del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, que sirvió al honorable Tribunal Superior de Ibagué —Sala Penal— para tener por demostrada la existencia legal de la "Unión Popular de Crédito Limitada, CUPOCREDITO".

La empresa ofendida es una sociedad de responsabilidad limitada, y por lo tanto lo concerniente con su formación y existencia se halla regulado en la Ley 79 de 1988, artículos 13, 14 y 15 y en cuanto a su representación, por el artículo 77 ordinal 3º del Código de Procedimiento Civil. El certificado aportado carece de la referencia al acta de constitución, número de la resolución aprobatoria de los estatutos, sus reformas y la enumeración de las facultades del gerente. Sin esos requisitos, dice el censor, no puede predicarse su existencia, tampoco que el gerente estuviera autorizado para comparecer en juicio; por lo tanto, CUPOCREDITO no podía tenerse como parte en este proceso.

En el segundo cargo asevera el recurrente que la sentencia, por la misma vía del cargo anterior, violó la ley sustancial en los artículos 630 y 640 del Código Civil y 63, 65.2 y 84 del Código de Procedimiento Civil por error de derecho en la apreciación de la prueba, porque el poder otorgado al profesional del derecho que representó los intereses de la Cooperativa no fue presentado personalmente por el poderdante.

Lo anterior lo deduce de la carencia de la firma del notario, ya que en esa forma, se incumple con lo dispuesto en los artículos 65.2 y 84 del Código de Procedimiento Civil.

Considera que al no estar legalmente presentado el poder, el Tribunal no podía conceder valor ni legitimar la personería de la Cooperativa o de quien actuó en su nombre. Con ello se desequilibró: "Ilegalmente la igualdad de las partes en el proceso, por cuanto el apoderado de la parte civil actuó plenamente, pidiendo pruebas, interviniendo en su práctica, interponiendo recursos", por lo que no es de recibo:

> "...la teoría sostenida en algunos casos por unos Tribunales y aún la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de que no haberse impugnado el auto que reconoció a un apoderado, en un juicio civil, se sanea la nulidad que su presentación irregular o aceptación irregular, origina. Y no puede, en mi concepto aceptarse aquí, por cuanto si bien la parte civil se tiene como de derecho privado, al ejercerla dentro del proceso penal, participa también de la naturaleza jurídica pública del proceso penal en el cual se ventila no sólo el derecho a una posible indemnización, sino la existencia misma de una infracción penal y la responsabilidad penal de los implicados".

Tercer cargo: Al formular esta censura el actor sostiene que la sentencia violó de manera indirecta la ley sustancial —arts. 221 y 222 del Código Penal y 247 del Código de Procedimiento Penal—, por apreciación errónea de la prueba que le sirvió de fundamento al establecer la responsabilidad de su defendida, la cual basó en la mayor categoría que ésta ostentaba. Igualmente, por desconocer que a los dineros tenían acceso el gerente, la secretaria y la cajera.

La investigación no pudo individualizar cuál fue la persona que se apropió de los valores, y si bien cualquiera de los tres denunciados pudo hacerlo, la mayor probabilidad la tenía la cajera en cuyo favor se ordenó la cesación de procedimiento, pues ella debía manejar los depósitos, los retiros, los registros en el kárdex, y la entrega al término de la jornada de los valores al gerente y a la secretaria.

Otro tanto predica de la falsedad de los comprobantes de retiro de fondos de las cuentas de los ahorradores, ya que los talonarios estaban al alcance de la cajera. La decisión del Tribunal al revocar la cesación de procedimiento para todos los implicados —continúa— la hizo sin fundamento probatorio y a su defendida se le endilgó la falsedad por el solo hecho de llevar los libros contables y hacer los registros con base en los comprobantes que le pasaba la cajera. Pero si así hubiese ocurrido, no se había utilizado una sola libreta para efectuar los presuntos retiros.

El cuarto cargo se propone por la vía de la nulidad. Para el caso se acusa la violación de los artículos 140.2,7; 77, 65 y 84 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el certificado sobre "Personería y Representación", al carecer de la mención de la resolución que aprobó los últimos estatutos, y las facultades del gerente, no servía para demostrar la existencia de la Cooperativa Unión Popular de Crédito, CUPOCREDITO, faltando en consecuencia la legitimación en la causa.

Otro tanto se afirma respecto del poder otorgado al profesional que actuó como parte civil al incumplirse el requisito de la presentación personal por omisión de la firma del notario. En esas condiciones considera que no existía autorización para recurrir en apelación el auto que había ordenado la cesación de procedimiento para todos los implicados, generándose un vicio de nulidad que afecta la sentencia.

Una vez transcribe apartes del fallo de mayo 12 de 1977 de la Sala de Casación Penal de la Corte, manifiesta:

> "Considero que al no haberse discutido en juicio la representación de la Cooperativa o de su apoderado, no valida, sanea, una posible nulidad, por tratarse del único apelante de un auto de cesación, por segunda vez, del auto de cesación de procedimiento, que conlleva una situación de máxima importancia, como es la facultad o derecho que tienen los procesados de atenerse a la providencia que los favoreció".

Solicita de la Corte invalide el fallo recurrido, y considere a su defendida inocente como lo hiciera el segundo auto de cesación de procedimiento.

2. Demanda a nombre del acusado Alvaro Vargas.

El casacionista invoca en este caso dos cargos, ambos de nulidad por violación al derecho de defensa.

En el cargo primero el censor recuerda algunos pronunciamientos de la Sala sobre el ejercicio de la defensa técnica para entrar sobre ellos a buscar un parangón con la actuación cumplida en esta causa al afirmar que:

> "Durante toda la etapa del sumario y aún en la del juicio, el señor Alvaro Vargas no tuvo defensa técnica porque su apoderado, por manifiesta inercia, se limitó a ser un pasivo protagonista del trámite procesal y un simple espectador de la suerte del procesado.
>
> "El señor Alvaro Vargas no tuvo representación judicial dinámica, careció de verdadera asistencia jurídica.

"En su nombre no se solicitaron pruebas desgravatorias, ni se aportaron elementos de convicción demostrativos de su ajenidad en los hechos investigados, no se interpuso recurso alguno, ni se presentaron alegaciones de instancia para desvirtuar el fundamento de los cargos y criticar el acervo probatorio, llegando su apoderado al extremo de presentar escrito en el que manifestó 'renuncio al término para alegar' (fl. 217 del c. o.) sin presentar alegato de conclusión alguno controvirtiendo la prueba recaudada y guardar absoluto silencio frente a la impugnación de decisiones favorables de su protegido, como cuando el señor representante de la parte civil apeló (fls. 271 a 290, y, 512 a 523 del c. o.) con el resultado de la resolución de acusación que ahora nos ocupa" (fls. 10 a 33 del c. o., número 3).

Segundo cargo: Para el actor, el Tribunal Superior de Ibagué sostuvo que el implicado era responsable de la sustracción de algunos comprobantes pertenecientes a una de las libretas que la Cooperativa entregaba a sus socios para hacer consignaciones y retiros, los cuales desaparecieron y le sirvieron para imputarle la apropiación de los siguientes dineros: Número 359839 mayo 13 a nombre de Carlos Jiménez cien mil pesos folio 86; número 359832 mayo 17 Jorge Yate cien mil pesos folio 90; número 359831 mayo 24 Jorge Lozada cien mil pesos folio 97; número 359829 mayo 26 Iván Carvajal cien mil pesos folio 100; número 359828 mayo 27 Iván Carvajal ciento cinco mil pesos folio 101; número 359827 junio 7 Juan Castillo cincuenta mil pesos folio 115; número 359826 junio 10 William Ramírez ciento cincuenta mil pesos folio 121; número 359833 junio 16 Alexander Campos folio 129 al parecer la cantidad que se había escrito fue borrada (inspección judicial vista a fl. 118) (fls. 15 y 16, c.o. número 3). Sin embargo, añade:

"Al revisar detenidamente su declaración indagatoria y posterior ampliación de la misma (fls. 81 a 90, 475 a 478 y 484 a 489 del c. o.), se observa que al señor Alvaro Vargas *no se le interrogó por los hechos que tuvo en cuenta el Tribunal para acusarlo por la comisión del delito de abuso de confianza*, desatendiendo lo normado en los artículos 360 y 382, entre otros, del C. de P. P.".

Para reforzar su apreciación transcribe conceptos de tratadistas nacionales y algunos fallos de la Sala Constitucional de la Corte, resaltando que: *"La defensa ha de ser unitaria y continua"* sin que pueda existir un solo momento en que se le restrinja tal garantía al imputado, así posteriormente en otra etapa del proceso se garantice plenamente el contradictorio.

La demanda termina solicitando de esta Corporación se case la sentencia decretando la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de febrero 7 de 1991.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal empieza por referirse al cuarto cargo de la demanda presentada a nombre de la acusada Edilia Sánchez Caselles de Leal, para señalar que no le asiste razón al libelista al invocar la nulidad porque dejó de acreditarse la existencia jurídica de la Cooperativa CUPOCREDITO Ltda., o que el apoderado de dicha entidad ante la falta de la firma del notario en el escrito poder, actuó sin facultades para hacerlo, porque a folio 3 aparece el certificado auténtico expedido por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (DANCOOP) y en él, tal como lo dispone el artículo 18 de la Ley 79 de 1988 se acredita la personería, la representación de la mencionada entidad y el nombre de Luis Alfonso Perdomo como su representante legal.

Respecto del poder otorgado al profesional que asumió la representación de la Cooperativa como parte civil, la Delegada admite que este escrito carece de la firma del notario y que con ello se desatienden las previsiones del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, pero que el Juzgado 22 de Instrucción Criminal al proferir el interlocutorio de abril 19 de 1989 lo legitimó, y con ello facultó al apoderado para actuar sin restricciones dentro del proceso penal. Ese acto según las previsiones del artículo 44 del Código Procesal (hoy art. 50 del Decreto 2700 de 1991), es ley para el proceso hasta su revocatoria directa dentro del mismo; por lo tanto es inadmisible ahora proponer con base en ello nulidades.

Además, los delitos imputados (falsedad y abuso de confianza) eran perseguibles de oficio, y por ende, no era necesaria la intervención del perjudicado para llegar a la culminación del proceso. Reitera que la irregularidad advertida no tenía la sustancialidad que el artículo 305.2 exige para anular la actuación, pues sería desconocer la primacía del derecho sustancial sobre el adjetivo. La indemnización de perjuicios continúa, ha de efectuarse de manera obligatoria y no hace parte del hecho punible en sí mismo, ni de su sanción. Por lo tanto:

> "Si bien el principio de convalidación en el derecho procesal penal es de aplicación restringida, en consideración de esta Delegada y para este caso (falta de presentación personal del poder por parte del poderdante), es dable su aplicación, si se tiene en cuenta que el artículo 144 del C. de P. C. (anterior 156-3) al referirse al saneamiento de las nulidades, las considera subsanadas en los siguientes casos: 1. 'Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente y además ... 4. Cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa...' y así lo ha considerado igualmente la jurisprudencia y doctrina, cuando se afirma que los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento presunto o expreso del sujeto perjudicado

con la actuación ilegal, si no se reclama la anulación del acto irregular en tiempo hábil precluye el derecho a solicitar la nulidad. En efecto en el caso *sub examine* por manera alguna los demás sujetos procesales, entre ellos lógicamente el defensor de la aquí procesada, impugnaron el auto admisorio de la parte civil, con lo que se puede considerar que la irregularidad advertida quedó convalidada".

Las precedentes consideraciones le sirven para señalar la improsperidad del cargo, y de paso pregonar la inadmisibilidad de los dos siguientes, pues comentando sobre los cargos *primero y segundo* de la demanda, la Delegada se refiere —con el fin de reforzar su tesis—, al certificado que aparece en el expediente a folio 3, señalando que en él se determina la existencia de la personería jurídica de la Cooperativa CUPOCREDITO, y quien es el representante legal, requisitos que coinciden con los establecidos en los artículos 18 y 37 de la Ley 79 de 1988. Además, según pronunciamiento del Consejo de Estado:

"La necesidad de que el mandato judicial conste por escrito no toca con la validez intrínseca del contrato, sino con la forma como el mandatario, debe acreditar su calidad ante el funcionario donde ha de cumplir el encargo.

"El mandante debe, ciertamente, suscribir el documento en que conste el poder conferido y el mandatario debe aceptarlo expresamente para que pueda ser reconocido. El requisito de la prueba escrita del mandante ante el juez, o ante otro funcionario público, tampoco atañe a la validez intrínseca del contrato, sino que busca apenas una atestación oficial sobre la identidad del mandante, para evitar posibles suplantaciones de persona en asunto tan delicado como es el promover juicios. Se trata, pues, solamente de establecer que quien suscribe el poder como mandante es la misma persona que comparece ante el funcionario público para que dé testimonio de tal hecho...".

Para el Ministerio Público, lo expuesto constituye argumentación suficiente para desvirtuar los errores de derecho aducidos por el casacionista, agregando finalmente al *tercer cargo* que el censor cuestionó la prueba incriminatoria exponiendo tan solo las siguientes personales apreciaciones: Que la condena de su defendida se basó en la mayor categoría de su cargo dentro de la entidad, desconociendo que los tres denunciados tenían acceso a los dineros; que no se pudo establecer quién falsificó los comprobantes de retiro de fondos; y que se le endilgó la falsedad debido a que era la Sánchez Caselles quien hacía los registros en los libros de contabilidad. Con tal proceder incurrió en desaciertos técnicos que impiden el estudio de fondo pues,

"El demandante no podía ni debía dirigir su esfuerzo a esbozar un nuevo debate sobre la tasación probatoria y

menos a esgrimir apreciaciones personales de juicios de valoración que bien pudieron presentarse con mejores perspectivas en otras sedes pero no en la del recurso extraordinario, donde se debe establecer en concreto los yerros que de manera trascendente y manifiesta perturban el fallo atacado".

Tampoco precisó si la violación indirecta tenía origen en un error de hecho o de derecho, y aunque pareciera aludir a errores fácticos, terminó incursionando en la órbita propia del error de derecho por falso juicio de convicción, el cual no tiene cabida en nuestra legislación ante la carencia de tarifa legal con respecto a los medios de prueba: Artículos 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal. En esas condiciones es partidario de la improsperidad de la censura.

Refiriéndose en seguida a la demanda formulada a nombre de Alvaro Vargas —*primer cargo*—, el Ministerio Público replica señalando que el acusado a lo largo del proceso contó con la debida defensa técnica, pues a partir de la diligencia de indagatoria designó para que lo asistiera hasta su culminación a un abogado, y que si bien éste no solicitó pruebas ni impugnó las decisiones; ninguna de las diligencias practicadas requería incluidiblemente su presencia, produciéndose tan solo en la resolución de acusación una decisión adversa, tal como se desprende del resumen de la actuación procesal:

En febrero 17 el funcionario dispuso dejar a Vargas en libertad con la obligación de presentarse al término de diez días; en el auto que le resolvió su situación jurídica se omitió proferir en su contra medida de aseguramiento, y al calificar el mérito del sumario se le benefició con cesación de procedimiento. Sólo recurrida en apelación la anterior providencia el Tribunal la revocó, y ordenó la reapertura de la investigación. En esta nueva etapa su apoderado solicitó ampliación de la indagatoria, y lo asistió durante diligencia.

Con la segunda calificación nuevamente se le favoreció con cesación de procedimiento, siendo al desatar el recurso de alzada cuando el Tribunal entró a revocar aquella medida para proferir en su contra resolución de acusación. En la etapa del juicio el acusado designó nuevo defensor, que a partir de ese momento lo viene asistiendo activamente al solicitar copias del proceso, interrogar en la diligencia de audiencia pública e invocar nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación. En esa oportunidad el Tribunal despachó desfavorablemente la solicitud con base en las disposiciones constitucionales vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos.

Bajo estas circunstancias, ninguna violación del derecho de defensa pudo darse.

En el *segundo cargo* tampoco le asistiría razón al recurrente según la Delegada, ya que la resolución de acusación proferida por el Tribunal de Ibagué precisa que la acusación en contra de Alvaro Vargas lo

es "por los delitos contra la fe pública, Título VI, Capítulo II y contra el patrimonio económico (abuso de confianza), Título XIV, Capítulo V del Libro 2º del Código Penal, con las circunstancias de agravación indicada en la parte motiva de esta providencia y en concurso homogéneo y heterogéneo de hechos punibles (art. 26 *ibídem*)..."; pero además:

> "A contrario a lo aseverado por el demandante y relacionado con el retiro de dineros de cuentas de ahorros a la vista y pertenecientes a los señores Carlos Jiménez, Jorge Yate, Jorge Lozada, Iván Carvajal, Juan Castillo, William Ramírez y Alexander Campos, en la inicial indagatoria recepcionada al señor Alvaro Vargas se le interrogó '...si se había enterado de algunas situación anómala en cuanto a las cuentas o transacciones comerciales de los antes mencionados en CUPOCREDITO? *Contestó*: Sí, pero de eso no me apersoné porque lo hizo directamente el funcionario de auditoría que detectó la anomalía; tengo entendido que hubo retiros de ahorros a la vista supuestamente efectuados por estos señores. *Preguntado:* Informe al Juzgado por qué razón aparece que de las personas anteriormente nombradas, aparece que de sus cuentas de ahorros a la vista fueron retiradas sumas de dinero, que según manifestación propia de sus cuentas habientes, no fue realizada por ellos? *Contestó:* Pues no sé cómo ocurrió eso, me enteré que ocurrió pero no sé cómo pudieron hacer eso; supongo que si estos señores afirman no haber hecho esos retiros ni haber autorizado a un tercero, alguien usurpó unas libretas de ahorros para hacerlo a nombre de ellos y poder mostrar un soporte que justifique una salida de caja, etc....' (fl. 88 del c. o.)"; y concluye con lo siguiente:
>
> "Es, en consecuencia, la absoluta falta de conocimiento de la imputación y la imposibilidad total de defensa la que genera la nulidad reclamada; toda vez que si, como sucede en este caso, en el auto de proceder se especificaron los cargos, se notificó debidamente esta decisión a los procesados y a sus defensores, es incuestionable que se enteraron concretamente de los delitos atribuidos a su autoría. Prueba de ello lo constituye la dinámica defensa ejercida en relación con el enjuiciamiento, obteniéndose hasta el pronunciamiento de la segunda instancia, interviniendo en la etapa probatoria de la causa, en la audiencia pública en el debate se amplió todos los delitos promoviendo la tesis que la defensa consideró apropiada alegando ante el Tribunal para obtener la absolución de los procesados y luego recurriendo en casación".

Sobre este fundamento la Delegada estima que la demanda no debe prosperar.

Consideraciones de la Corte:

1. La demanda a nombre de la acusada Edilia Sánchez de Leal:

1.1. Por hacerse prioritario su examen, iniciará la Sala su respuesta a este escrito con el análisis de nulidad que invoca en el *cargo cuarto* a saber:

Según el casacionista, siguiendo los artículos 140.2, 7; 77, 65 y 84 del Código de Procedimiento Civil, ni la certificación aportada para demostrar la personería y representación de la Cooperativa afectada con el hecho punible ni el poder otorgado al profesional que asumió como parte civil cumplen con los requisitos de ley: La primera, por no mencionar cuál fue la resolución que aprobó los últimos estatutos, ni las facultades del gerente o representante legal, y con relación al memorial poder, por carecer de la firma del notario ante quien se dice fue presentado.

Al contrario de lo afirmado por el censor y coincidiendo en cambio con las razones expuestas por la Procuraduría Delegada en su concepto, concluirá la Sala en la desestimación de la nulidad que invoca la demanda, pues hay razones que remitidas tanto al proceso como al derecho aplicable impiden su prosperidad.

Revisando en primer término los documentos allegados con la demanda de constitución en parte civil ha de reconocerse que en verdad el memorial poder que otorga Luis Alfonso Perdomo en representación de CUPOCREDITO carece de presentación personal, pues intentada ante el Notario 22 del Círculo de Bogotá se colocaron tan solo los sellos respectivos mas no la indispensable firma del fedatario, pero a su lado se adosó en copia autenticada un certificado expedido por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas sobre personería y representación de la Unión Popular de Crédito Limitada, CUPOCREDITO, con los datos sobre reconocimiento de personería y representación legal en cabeza de Luis Alfonso Perdomo.

La anterior información, tomada del cuaderno del proceso dedicado a la primera intervención de la parte civil, permite colegir en primer término que la existencia de la entidad cooperativa como persona jurídica ofendida se acreditó en debida forma, con lo cual se ha de dar por demostrada la legitimación en la causa litigiosa, requisito al cual se refería el artículo 41 del Decreto 050 de 1987 como condición para el reconocimiento de la titularidad frente a la acción resarcitoria.

Que en la presentación del mandato se hubiese incurrido en un defecto de forma por falta de presentación personal del memorial poder es cuestión que en su lugar atañe con la legitimación en el proceso, mas no por ello generante de nulidad para lo actuado, pues como en forma igualmente clara lo preceptuaba la codificación que

regía en aquel tiempo la actuación —art. 44—, las consecuencias derivadas de la ilegitimidad de la personería del actor sólo abundaban hacia la revocación del auto admisorio de la demanda, y sólo en ellas, siendo evidente que la acción civil dentro del proceso penal no es constitutiva de su esencia sino de un propósito accesorio que bien puede lograrse por fuera de la actuación penal, como también llegar a obtenerse el reconocimiento de indemnización al interior del fallo en lo penal, sin que para ello resulte indispensable la constitución en parte civil por los ofendidos o perjudicados.

Del reconocimiento, entonces, del defecto que en esta oportunidad hace notorio la defensa, no asoma el reconocimiento de la invalidación para lo actuado, y mucho menos si en tiempo oportuno no se hizo de esa falla la connotación debida, ni en las normas del proceso civil ella abunda al fin anulatorio por la invocación que hiciera uno cualquiera de los intervinientes procesales.

Para mejor calificación de la falla sobre la cual se dicute, la remisión al principio de integración indica que ni ante la legislación operante a la fecha de ocurrencia del defecto, ni en Decreto 2282 de 1989 tal informalidad tiene el carácter de vicio insubsanable, ni mucho menos de invocación por cualquiera de los intervinientes procesales, porque si bien es cierto que el numeral 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil (hoy art. 140) da como causal de nulidad la "indebida representación de las partes", también lo es que el artículo 155 *ibídem* esclarecía que tal anulación sólo podría impetrarse "por la persona afectada", términos que hoy se repiten en el artículo 140 modificado por el Decreto 2282 que acaba de citarse, de donde ha de concluirse con el criterio de la jurisprudencia que si

> "...en materia de nulidades de linaje procedimental, hay que distinguir, de una parte, a quiénes la ley les concede la facultad de alegarlas y, de otra, cuál es la oportunidad para invocar el vicio, como quiera que si no se reclama oportunamente, tal circunstancia o conducta puede conducir al saneamiento de la irregularidad cuando así lo acepta el derecho...
>
> "...Resulta de lo anterior que las nulidades por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento no pueden ser invocadas eficazmente sino por la parte mal representada, notificada o emplazada, por ser ella en quien exclusivamente radica el interés indispensable para alegar dichos vicios..." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, marzo 27 de 1981. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero).

Así las cosas, si bien es cierto que en principio pudo existir alguna irregularidad no sustancial con respecto del poder otorgado para constitución de la parte civil, sin que esa informalidad hubiese transgredido el derecho de defensa, y ni siquiera interferido la habilitación

legal que a esa parte se le daba para pedir pruebas, solicitar e interponer recursos, una vez proferido sin contradicción el auto admisorio de la demanda, claro queda que los demás sujetos procesales con su silencio toleraron en su oportunidad la informalidad, sin que resulte de su interés ahora la proposición del vicio como causal de nulidad conforme queda explicado.

No prospera la nulidad que se invoca.

1.2. Al formular el *cargo primero* de la demanda, el censor se atiene a la causal primera de casación para invocar la violación indirecta de la ley por error manifiesto de derecho, acusando la apreciación errónea del certificado de existencia y representación adjunto a la demanda de parte civil. El argumento central para el reproche indica que el juzgador no debió tener en cuenta para admitir a CUPOCREDITO como interviniente en este asunto la certificación del Departamento de Cooperativas, pues en él no se indicaba el número de la resolución aprobatoria de los estatutos.

Con una formulación semejante, que como normas violadas sustanciales da con exclusividad las del Código Civil, que de ninguna manera relaciona el predicado error con la sentencia y que de complemento omite el señalamiento de un *petitum*, lleva notoriamente a su fracaso, pues no solo demuestra que el actor ignora los fines y el objeto del recurso, al pretender que la casación le sirva no para la impugnación del fallo sino del auto admisorio de la parte civil, sino que la formulación se muestra a tal modo defectuosa que deja sin siquiera saber cuál fue el objeto de su proposición.

Si en la formulación de tan precaria impugnación quiso buscar el recurrente la infirmación de la condena que en materia penal recae en contra de su representada, jamás lo dijo ni lo sustentó de modo que pudiera la Sala aproximarse a una respuesta consecuente, impedida como está por el principio de limitación a completar o corregir el escrito de demanda. Si lo que se quería tal vez, era que en materia de perjuicios el fallo se enervara, de pronto porque al faltar la prueba de la legitimación en causa tuviera que absolverse en ese aspecto, no solamente erró el actor al formular un cargo sin la presentación clara y precisa que le exigía como requisito formal el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, sino que aún se equivocó al ignorar que en este aspecto la constitución del ofendido o perjudicado en parte es requisito contingente, pues de manera expresa los artículos 50 y 137 del Decreto 050 de 1987 y hoy los artículos 55 y 180 del Código de Procedimiento Penal obligan a que oficiosamente haga el juzgador la declaración en este punto pertinente.

El cargo formulado no puede prosperar.

1.3. La informalidad y falta de claridad del *cargo segundo* del libelo, amerita las mismas objeciones que en el cargo precedente fueron hechas.

De nuevo el censor critica sobre la violación exclusiva de preceptos de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil. Tampoco se preocupa por indicar de qué manera la demostración del hecho llevaría a la infirmación del fallo recurrido, y mucho menos se aproxima aquí a concretar el breve y precario fundamento en un *petitum* que permita la orientación o interpretación de su crítica.

Peor aún, insinuándose en los breves renglones sobre los cuales plasma la demanda la acusación que se analiza, que la informalidad cometida resultaría insubsanable, pone más bien de bulto el recurrente que mal podía ser la causal primera invocada la que sirviera a su interés de censurar la aceptación de un poder recibido informalmente, pues apuntando a un propuesto error *in procedendo* la solución tendría que ir por la invalidación de lo irregularmente actuado, lo que con claridad demuestra que ni siquiera se acertó en la selección de la causal de casación a invocarse, desentendido el actor del contenido del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, porque de prosperar reproches por la causal primera, no es la invalidación del rito la solución que corresponde sino el proferimiento de un fallo de reemplazo que en la demanda ni se pide ni, por lo mismo, se identifica en su contenido.

En búsqueda de la nulidad por idéntico motivo se formuló el cargo cuarto de la demanda, que por su prelación halló ya la respuesta negativa de la Sala, razones que coinciden para explicar la improsperidad de ésta, tan deficiente e informal censura.

1.4. Por último y en lo que atañe con el *tercer cargo* de la primera demanda que se estudia la réplica de la Sala ha de seguir los pasos de la respuesta que insinúa el Ministerio Público, pues es notoria la deficiente proposición de la censura en cuanto se abstuvo el actor de indicar de la manera clara y precisa que le exigía la ley, si los reparos al fallo los formulaba por la ocurrencia de errores de hecho o de derecho, con el añadido de que si bien sugiere con timidez aquellos cuando pregona con la acusada "ausencia total de prueba de culpabilidad" la posibilidad de un falso juicio de existencia por suposición de la incriminatoria, a la postre concluye en un debate impropio del recurso extraordinario, bajo el cual tan solo se preocupa por ofrecer una interpretación distinta de los medios allegados, renunciando a concretar y lo que es peor, probar, como era su deber, por qué y en dónde se erró en el fallo.

De agregado a las irremediables fallas técnicas se tiene que ni siquiera el censor se preocupó por atender al contenido real de la sentencia haciendo en su lugar una crítica gratuita que a ningún éxito podía conducirle, pues en el fallo se dan explicaciones claras y concretas para significar por qué razón la culpabilidad estaba en la secretaria y el gerente, y no así en la cajera, fundamentos que de ninguna manera rebatió el libelista. Para ejemplo allí se lee:

"Edilia Sánchez de Leal, una vez la cajera Gloria Piedad Ramírez diligenciaba los comprobantes de recibo y entrega de dineros según el caso en las respectivas libretas de los socios y kárdex y se los pasaba a ella para el cuadre de libro de caja diario, los relacionaba. Edilia era la única persona encargada de esta última labor porque era responsabilidad suya, para después pasársela al director Alvaro Vargas. En ese libro fue donde se detectó la falsedad que se le endilga porque se relacionaron ficticiamente varios números de comprobantes desprendidos de una libreta que debía permanecer fuera de servicio en la oficina y con egresos a cargo de varios socios en cantidades que oscilan entre cincuenta y ciento cincuenta mil pesos" (fls. 187 y 188, c. o. número 1).

Y más adelante aún se añade que:

"...tanto el procesado Alvaro Vargas, en su posición de gerente, como la secretaria Edilia Sánchez Caselles, tenían funciones de mando y manejo, que en los manuales de reglamento y ejercicio se concretaban en la disponibilidad jurídica y material de los bienes, dineros y recaudos que diariamente percibía y movía la agencia. Eran, por consiguiente y como se denota en el argot jurídico, piezas todas ellas de un mismo engranaje administrativo, como lo demuestran los arqueos de caja menor y mayor que hacían diariamente, y la aprobación y manejo de créditos, regidos desde luego por ciertos patrones, y el asentamiento del movimiento contable en libros, así como el envío de la información que toda esa actuación reflejaba a la oficina matriz de Bogotá".

Si, pues, daba el Tribunal razones asidas del desempeño funcional, de la oportunidad, del manejo de los dineros y las cuentas por parte de los acusados, de sus deberes de arqueo y control diario, con remisión a las pruebas allegadas y entre ellas a los manuales de funciones y el *modus operandi* de la defraudación, lejos se estaba de presumir o suponer la prueba, como remota es la posibilidad del actor de entrar a rebatirla apenas con la sola proposición de unas alternativas de interpretación distinta, pues su deber, acusando errores de hecho era el de probarlos, como además acreditar su incidencia en la sentencia, al punto que sin ellos, otro distinto hubiese sido el sentido del fallo que se impugna.

No tiene éxito el cargo planteado.

2. Demanda a nombre de Alvaro Vargas.

2.1. No cabe duda, según plantea el casacionista en el *cargo primero* de su escrito impugnatorio, que la ausencia de defensa técnica vicia irremediablemente la actuación, sea que ella provenga de la no

designación de un defensor de oficio o de confianza para que represente al acusado, ora se trate de la inactividad de aquel a quien se le ha asignado esa asistencia.

No obstante, y como con reiteración lo ha dicho la doctrina, no es cualquier inactividad del representante judicial del procesado la que genera el vicio insubsanable, sino tan solo aquella que constituye un abandono a su suerte o una traición de los deberes asumidos, y que para el acusado significa la falta de consejo y orientación oportunos, desatención para sus intereses o pérdida de oportunidades irrepetibles que de haberse utilizado hubieran podido redundar en el reconocimiento de derechos o prerrogativas favorables para su condición adversa.

Coincidiendo con el criterio de la Delegada, ha de decir la Sala que aquellas condiciones de desmejora o de abandono no se dieron, pues acogiendo por veraz la relación cronológica contenida en el concepto rendido ante la Corte, bien se observa que desde la recepción de su injurada y en las distintas oportunidades en que esa versión se vio ampliada, Alvaro Vargas estuvo acompañado y asistido por un defensor de su confianza.

Si de allí en adelante la situación provisional como las dos calificaciones de fondo favorecieron al acusado, no se ve la razón para que hubiese sido necesaria la interposición de recursos, pero ni siquiera una más acentuada solicitud de pruebas —que en todo caso sí las hubo como aparece en escrito del fl. 438—, si bien podía deducirse que eran las allegadas las que fundaban aquel benigno trato.

Si sólo ante la apelación de la segunda calificación adoptada por el Juzgado produjo el Tribunal la resolución acusatoria en contra del procesado, ninguna necesidad efectiva de intervención de la defensa se demuestra con antelación a ese auto, ni menos un detrimento en la situación del acusado como consecuencia de la alegada inactividad. A partir de la apertura del juicio a pruebas expresó el procesado Alvaro Vargas su voluntad de asistirse de un nuevo apoderado, revocando para el efecto el primer mandato y otorgándolo al profesional que hasta hoy le representa, siendo notoria la activa gestión por éste realizada.

No se acredita aquella inasistencia profesional derivativa en perjuicio para la garantía de defensa en el caso del acusado Alvaro Vargas, y como obvia consecuencia ha de advertirse la improsperidad de la censura.

2.2. Por último y en cuanto respecta con el *segundo cargo* contenido en la demanda que se estudia, donde la nulidad se invoca porque al acusado impugnante no se le interrogó sobre la integridad de los hechos sobre los cuales recae la condena, y expresamente por los nombres de los clientes y las sumas respecto de las cuales se presentó

el abuso de confianza, tendrá que responder la Sala que el reproche no se aviene con la realidad, siendo lo sustancial el haber dado al acusado la oportunidad de rendir explicaciones y de probar en su favor respecto de la indebida apropiación que se le imputa, por encima de la indicación, uno por uno, de los nombres de los clientes afectados, fácilmente consultables a lo largo de la actuación procesal.

Como bien lo indica el Ministerio Público, el acusado conocía ya de antemano sobre la existencia de las anomalías que se venían presentando en sus dependencias, según se le informó por la oficina central, y posteriormente con motivo de la visita de la Auditoría de la empresa.

De otra parte, al indagarlo se le dijo —fl. 88 vto.— que el monto de la defraudación investigada ascendía a la suma de un millón trescientos veintiún mil seiscientos sesenta y ocho pesos, e interrogado si conocía la causa respondió: "No podría decir con certeza, pero supongo que debían haber sido por esos retiros al parecer ficticios, pero desconozco a dónde fueron a parar". También reconoció al mismo folio, que era él quien tenía la obligación "de confrontar que las entradas y salidas estuvieran correctamente anotadas, como también que los documentos que soportaban estas entradas o salidas estuvieran bien diligenciadas...".

Parejamente, en el folio 118 reposa la diligencia de inspección donde la funcionaria de instrucción detecta las irregularidades en los registros de las cuentas de Jorge Yate, Carlos Jiménez, Iván Carvajal, Jorge Lozada, William Ramírez, Alexander Campos y Juan Castillo, los mismos que con María Rodríguez y Deli Urrego se tuvieron en cuenta por el *ad quem* al proferir la resolución de acusación folios 19, 20 y 25. Pero del mismo modo aparece que en las diligencias de ampliación de indagatoria —fls. 475 a 478 y 484 a 489 vto.— al indagado se le exhibe el libro de caja número 2 inspeccionado y un sinnúmero de registros de kárdex solicitando sus explicaciones sobre ellos y en general sobre todos aquellos dentro de los cuales se acusaron irregularidades, de modo que del solo hecho de no haberse mencionado en concreto algunos no podría inferirse la violación del derecho a conocer los cargos, en diferentes formas presentados al requerir explicación del procesado, quien no acusa en sus intervenciones confusión alguna, siendo coherente y persistente en sus explicaciones particularmente al advertir que la letra de las anotaciones, cuando no fue la de Edilia Sánchez, Gloria u otras subalternas, ignoraba a quien pertenecía, mas no así de qué clase de imputación estaba respondiendo.

Por lo demás, en la resolución de acusación (fl. 67, c. o. número 2), se especifica el hecho endilgado como su adecuación al tipo del abuso de confianza (fl. 33 del c.o. número 2), la cuantía superior al millón de pesos y el origen de la anomalía, surgida en los registros indebidos de la Secretaría, respecto de los cuales tenía el acusado la obligación

de supervisar y vigilar en cuanto a su realidad, cuantía y soportes, cargo debidamente conocido y debatido en la causa, sobre el cual descansa finalmente el fallo de condena, lo que a todas luces significa tanto el respeto por el debido proceso como por el derecho de contradicción y de defensa que asistía al acusado, quien dentro de los antecedentes advertidos, no podrá válidamente proponerse como sorprendido ni con la imputación ni con las pruebas.

El cargo, por lo advertido, ha de desestimarse.

Bastan las anteriores consideraciones para resolver conforme se anuncia. Con base en ellas 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 a través de sus apoderados, por los acusados: Edilia Sánchez Caselles de Leal y Alvaro Vargas.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Tratándose del cuestionamiento a la prueba de apoyo de un fallo, sea por error de hecho o de derecho —violación indirecta de la ley sustancial—, el casacionista está en el deber de desvirtuar una a una, todas aquellas que son pilares de la decisión; si su ataque deja vigente el alcance y la trascendencia de una sola legalmente producida que tenga eficacia suficiente para sostenerla, obviamente la censura se torna ineficaz.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 032.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la defensa del coprocesado *Luis Fernando Rincón Rojas* contra la sentencia expedida el 27 de agosto de 1992 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la cual, por confirmación de la de primera instancia, se le condena a la pena principal de 23 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, como coautor responsable del delito de hurto agravado por la confianza cometido en detrimento patrimonial del Banco Comercial Antioqueño.

En el mismo fallo se condena a Luis Antonio Sánchez Papagayo a sanciones idénticas por el mismo hecho punible, y a ambos se les impone la obligación civil indemnizatoria en cuantía de 1.700 gramos oro.

Hechos y actuación procesal:

Por denuncia formulada el 9 de marzo de 1990 se puso en conocimiento de la autoridad que durante el lapso comprendido entre mayo de 1989 y enero de 1990, el entonces gerente de la oficina del Banco Comercial Antioqueño de la carrera 11 con calle 94 de Santafé de Bogotá, Luis Fernando Rincón Rojas y el jefe de Cuentas Corrientes de la misma entidad, José Antonio Sánchez Papagayo, incurrieron

en una serie de irregulares manejos de los dineros que por razón de sus funciones administraban, consistentes en trasladar sin soportes contables fondos de las cuentas de algunos cuentacorrentistas a las de otros, cubriendo así extralimitados sobregiros y préstamos y apoderándose del rendimiento de tales sumas por concepto de intereses; facilitamiento de cheques a determinados clientes cuyas cuentas carecían de suficiente provisión de fondos, para lo cual demoraban el ingreso de estas transacciones al sistema contable del Banco, y de paso despojaban a éste de los intereses que le correspondían; omitir debitar de algunas cuentas los cargos por fondos insuficientes y renegociación de remesas; apoderarse de los intereses producidos por sobregiros mediante registros contables inveraces; abrir cuentas corrientes con soportes documentales inexistentes; sustraer planillas de correcciones para utilizarlas en el abusivo traslado de fondos de unas a otras cuentas; cambiar los nombres de los titulares de algunas cuentas corrientes para otorgar préstamos que luego no se recuperaron; y, suministrar información errada a algunos despachos judiciales respecto del estado de algunas cuentas corrientes.

Fueron vinculados a la investigación mediante indagatoria los mencionados empleados del Banco y también la cuentacorrentista Ana Lucía Sánchez Lara, pero al calificarse el mérito del sumario sólo aquellos resultaron comprometidos en juicio —por hurto agravado por la confianza— mientras que respecto de la última se ordenó la cesación de procedimiento. Esta calificación, se mantuvo porque, aunque fue recurrida en reposición y apelación subsidiaria, por la parte civil en cuanto a la cesación y por la defensa de uno de los implicados en relación con el llamamiento a juicio, el Juzgado denegó la reposición y las peticiones de la parte civil y concedió la apelación pero, la defensa desistió del recurso; y, además, el Juez 25 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, al que correspondió adelantar la causa, desechó la solicitud de variación de la calificación presentada por los defensores.

Terminado el rito del juicio se celebró la diligencia de audiencia pública y se profirió el fallo de primera instancia, condenando a los procesados por el mismo hecho punible por el cual se les había llamado a juicio, a las penas relacionadas antes y que fueron íntegramente confirmadas por el Tribunal Superior del Distrito en su fallo, contra el cual se ha interpuesto por el defensor de Rincón Rojas el recurso extraordinario de casación que ocupa la atención de la Sala (fls. 1 y ss., 134, 293-301, 354, 389-406 del cuaderno principal 1; cuaderno 1 del Tribunal; 189 y ss., 288-340 del cuaderno 4 principal; cuaderno 2 del Tribunal).

La demanda:

Con respaldo en la causal 1ª del artículo 220 del C. P. P., un cargo formula el defensor recurrente a la sentencia de segunda instancia.

Es violatoria, dice, de manera indirecta, de la ley sustancial, debido al error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación "de la prueba existente en el plenario" y al valorar "erróneamente otra", lo que determinó la imputación a su patrocinado, del tipo penal de hurto agravado por el cual se le condena, no obstante tratarse de una conducta atípica.

Desarrollando su planteamiento, avala como actividades puramente administrativas del rol bancario, todos y cada uno de los aspectos del comportamiento cumplido por el procesado en su calidad de gerente de la sucursal bancaria aludida en autos y tenidos en cuenta para la formulación de la acusación por el Estado:

El facilitamiento de cheques a determinados clientes, otorgándoles así sobregiros, es un servicio bancario común a los cuentahabientes; pero además, como se les exigió la correspondiente garantía, el patrimonio del Banco no sufrió mengua, ni siquiera estuvo en peligro. Es una práctica vedada por la Superintendencia Bancaria y, tenida simplemente como falta administrativa.

La concesión de sobregiros por el Banco es el otorgamiento de un crédito y, su manejo está regulado por las normas de derecho civil y comercial. Excederse el Banco en la atribución es pues, un acto administrativo y no penal.

El traslado interno de fondos de cuentas de la oficina representada por el implicado, fue un "mecanismo operativo y contable" para ampliar el término del sobregiro a algunos cuentahabientes, en el cual se reversaron las operaciones y se finiquitaron los extractos de los clientes sin ser objetados dentro del término legal para el efecto, es decir, no ocasionó daño alguno al patrimonio del Banco. De igual manera, tampoco se afectó tal patrimonio con la renegociación de remesas y devoluciones al canje por cheque que se efectuaron en la oficina a cargo del implicado, que además, son operaciones normales de la actividad bancaria.

Son también propias de la actividad bancaria "las novedades en cuentas corrientes", causadas a solicitud de los clientes en virtud del contrato de cuenta corriente que suscriben con el Banco.

El otorgamiento de préstamos a familiares de empleados del Banco, es también conducta atípica frente al derecho penal, y es también una actividad sujeta a la reglamentación interna del Banco.

Además, en el proceso se demostró que la desviación de dinero por concepto de los intereses de sobregiro que llegaban al Banco, no fue conducta realizada por el procesado Rincón Rojas.

Con base en estos planteamientos, considera el actor que el Banco bien pudo ejercitar los correctivos administrativos del caso y no promover la acción penal que culminó en las instancias con el fallo impugnado.

Afirma que en el proceso aparecen los comprobantes de consignación demostrativos del pago de los créditos por sobregiros y consta que se exigían las garantías necesarias, vale decir, no existió intención de hurtar al Banco su patrimonio, ni se le ocasionó perjuicio alguno

Refiriéndose al peritaje rendido por el contador judicial en el proceso sobre los diversos aspectos objeto de investigación, destaca que el auxiliar de la justicia precisó que las cuentas corrientes de las cuales se hicieron traslados de fondos a otras sin autorización de sus respectivos titulares, no sufrieron afectación contable porque no se reportó faltante alguno en ellas. No obstante haberse formulado preguntas en tal sentido al perito respecto de seis (6) cuentas, el casacionista sólo individualiza sus respuestas en relación con cinco de ellas, las números 214-01392-2 de BAVARIA S. A., la 214-01555-4 del Fondo Rotatorio de Aduanas, la 214-01838-4 de Carlos E. Pardo Martínez, la 214-01499-5 de Comercializadora Somondoco Ltda., y la 214-01856 de Alberto Guzmán Posada.

Luego, aludiendo a los sobregiros, destaca, del mismo peritaje, la respuesta de su autor en el sentido de que conforme al C. de Co. y la legislación de la Superintendencia Bancaria, ellos no pueden hacerse directamente de los fondos de los clientes, sino a través de la Tesorería General del Banco con el visto bueno del gerente o del subgerente.

En relación con el facilitamiento temporal de cheques de chequeras del Banco a determinados clientes, enfatiza el censor, de la misma experticia, que la revisión de la chequera destinada a tal fin registraba giro de cheques de época en que ya el implicado no desempeñaba sus funciones —octubre de 1991—. Respecto del no oportuno registro de operaciones contables, confirmado por el perito y a la renegociación de las remesas devueltas por fondos insuficientes para cubrir algunos irregulares sobregiros, afirma que aquel no determinó "la persona que originó estas anomalías".

Respecto de la sustracción de intereses por sobregiro, el actor, apoyado en el peritaje de que habla y en el testimonio de Ana Lucía Sánchez, concluye que no siendo posible consignarlos en cuentas por medio diferente a la consignación por planilla, el autor de tal sustracción sólo pudo ser el jefe de cuentas corrientes, que es quien maneja dichas planillas, no su patrocinado como gerente que era del Banco. También, dice, el abono de $ 1.000.000.00, con el consiguiente faltante para el Banco en el rubro de cuentas por cobrar, es atribuible al jefe de cuentas corrientes.

Con fundamento en el mismo peritaje, el profesional insiste en que el Banco no recibió perjuicio por la cartera otorgada por su patrocinado en calidad de gerente de la sucursal afectada, porque los créditos fueron concedidos previo el lleno de los requisitos señalados por normas bancarias e internas de la misma oficina y algunos —que

relaciona con el número de obligación—, habían sido cancelados cuando el perito efectuó su estudio contable. Sobre el particular, comenta, que siendo la actividad propia de los bancos colocar dineros, no puede tomarse como "falta contra el Banco" el incumplimiento de algunos de sus clientes; y que para conjurar esas situaciones existe la jurisdicción civil, que es ante la cual deben responder los deudores, jamás el gerente.

Reiterando la importancia que en su sentir tiene el peritaje aludido, el recurrente dice que el Tribunal no lo apreció "en su preciso alcance", sino que se limitó a comentar las conclusiones del análisis y desconoció que su cliente carecía de responsabilidad en los sucesos estudiados por el experto.

Según esta prueba, dice, los movimientos de algunas cuentas corrientes no fueron "tan ocultos como se dedujo en las sentencias" pues constaban en las planillas del computador de la oficina. Se desconoció el carácter de depósito irregular del contrato de cuenta corriente; que en el fallo "no se valoró correctamente el que por la actividad" de su cliente el Banco "no perdió un solo peso"; que el Tribunal dedujo violación al manual de normas, controles y reglamento interno del Banco y, no apreció la conclusión pericial sobre los intereses de sobregiro sustraídos y su autoría.

Insistiendo en que la apropiación de considerables sumas por concepto de intereses de sobregiros y comisiones no es atribuible al gerente sino al jefe de cuentas corrientes del Banco, el actor se extiende largamente en su escrito, basado tanto en peritaje en mención como en la exposición de Ana Lucía Sánchez Vergara, para arribar a la siguiente reiterativa conclusión:

> "...fue distorsionado el sentido de la prueba y lo que es peor, se apreció conjuntamente para los dos procesados sin tener el cuidado de efectuar un análisis individual que se imponía habida consideración de la diferencia de cargos, labores, funciones y responsabilidades de los procesados, pues sólo así se podía determinar específicamente si los intereses de sobregiro sólo se pueden consignar por planillas y estas eran manejadas exclusivamente por el jefe de cuentas corrientes" y, que además de ser éste quien "manejaba indirectamente las denominadas cuentas puente, pues el autor de la sustracción no fue el gerente de la sucursal. Este hecho constituye inequívocamente, el no tener en cuenta tan trascendentales pruebas, pues si bien menciona el perito —y no hace alusión a la injurada de la señora Sánchez Lora— ninguna referencia hace sobre las respuestas del perito y su valor probatorio, lo que equivale casi a desconocerlas" (fls. 46-47, cuaderno de la Corte).

Después de destacar un párrafo del fallo de segundo grado que según su criterio demuestra las anteriores aserciones, insiste en la trascendencia del peritaje y de la declaración de la señora Sánchez Rojas afirmando que "faltaría la materialidad de la acción y la responsabilidad del procesado" y que por tanto no se dan respecto de su cliente los presupuestos de condenación del artículo 247 del C. P. P. Debe, entonces, sustituirse el fallo de condena por uno absolutorio en cuanto a él concierne.

Retomando la argumentación que debiera preceder a la solicitud antecedente de casación, el actor advierte que en cuanto a los movimientos contables, el otorgamiento de sobregiros en cuantías superiores a las autorizadas para el gerente y la concesión de créditos a familiares de funcionarios del Banco, el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas allegadas a la investigación, porque la conducta del exgerente apenas sí constituyó violación a disposiciones del manual de control y normas del Banco y a su reglamento interno, pero jamás a la ley penal, dedicando largos párrafos a consolidar su opinión.

El Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, considera que la demanda no se allana a básicas exigencias de técnica de la casación, y por tanto, sugiere la desestimación del cargo único que la conforma.

Recuerda que el escrito de sustentación del recurso extraordinario no es de libre construcción, sino que debe allanarse a las pautas de lógica jurídica previstas en el artículo 225 del C. P. P., primordialmente en cuanto concierne a la claridad y precisión; y, basado en esta advertencia encuentra confuso y contradictorio el cuestionamiento a la evaluación probatoria del Tribunal por haber omitido el estudio de la prueba e incurrido en "error en la valoración de otra", pues —dice— confunde las modalidades de error de hecho y de derecho conocida respectivamente como falso juicio de existencia y falso juicio de convicción. Es esta, una "insalvable contradicción" porque el casacionista planteó su censura solamente como error de hecho. Además dice omitió el censor señalar cuáles fueron los medios de prueba sobre los que recayeron los yerros enunciados, y en definitiva termina exponiendo una visión diversa de la del fallador de la conducta del procesado, pues la reduce a actividades meramente administrativas realizadas en exceso.

Interpreta el actor de manera puramente subjetiva, acota el funcionario, el dictamen pericial de que habla en su escrito y, se contradice en el reproche que le dirige a su evaluación judicial; unas veces afirma que fue distorsionado parcial o totalmente y otras, que no fue apreciado en su preciso alcance, con lo que incurre "en doble falta de técnica".

Es también contradictoria la demanda, al aducir que la conducta del exgerente procesado no ocasionó perjuicio al Banco para el cual trabajaba, pero reconoce que sí hubo faltante de intereses según los análisis contables del dictamen pericial. Lo mismo, al afirmar que la declaración en injurada de la procesada en cuyo favor se cesó procedimiento no fue tenida en cuenta, pero más adelante admite que sí lo fue, pero no "en su justa dimensión".

Encuentra que "lo que en el fondo mortifica al censor" es la valoración de la prueba que en conjunto adelantó el Tribunal para ambos procesados, pero recalca que el fallador se limitó a dar certera aplicación al artículo 254 del C. P. P., asumiendo la prueba de conformidad con la sana crítica; y después de reseñar algunas otras inconsistencias de carácter técnico del escrito, en sintéticas palabras pone de manifiesto el ponderado y racional análisis que de los diversos elementos de juicio adelantó el sentenciador para arribar a la conclusión condenatoria.

El alegato apreciatorio de la parte civil:

El apoderado de la parte civil objeta la pretensión del casacionista resaltando, con fundamento en las funciones que el procesado recurrente en casación debía cumplir como gerente de la oficina del Banco Comercial Antioqueño confiada a su cuidado, cómo su conducta, fuera de constituir clara violación al reglamento interno administrativo del Banco, traspasó al campo penal. Repasando los diversos comportamientos del implicado y sus reticentes y disractoras explicaciones para desnaturalizar el verdadero alcance de sus actos, afirma la connivencia de los dos procesados en el *iter* criminoso.

Para refutar la errada apreciación que alega el recurrente, del dictamen rendido por el perito contador de la Policía Judicial advierte que el objetivo de esa prueba era pronunciarse sobre las diversas irregularidades del exgerente procesado, no declarar la responsabilidad penal, porque ello es función del juez; además la prueba no fue objetada por la contraparte. De otro lado, el demandante no estructuró completa la proposición jurídica porque no explicó las razones por las cuales se produjo la violación indirecta de la ley sustancial. Debe, en estas condiciones, desestimarse la demanda, en su sentir.

Consideraciones de la Corte:

No es ciertamente, expresión de mayor claridad y precisión el discurso sustentatorio de la impugnación extraordinaria, pues lo afectan incongruencias de relieve en lo tocante con la lógica que debe presidir el ataque dialéctico a la sentencia que pone fin a las instancias en el proceso, y que motivan acertadamente al Ministerio Público en su sugerencia desestimatoria.

Mas debe advertirse, que no son solamente las falencias de tal índole las que hacen inanes los reproches que conforman la demanda; es también su carencia de fundamento esencial, como se verá luego.

Si se observa que en el escrito se enuncia como censura la no apreciación "de la prueba existente en el plenario" y la errónea valoración de "otra" —que tales son los términos empleados por su autor—, sin especificar a qué "otra" prueba es que se refiere ni cuál su errada valoración que pregona, ni a qué concretas pruebas del plenario se dirige el ataque; pero que también afirma que se distorsionó el sentido de la prueba y que su evaluación fue errada porque se apreció juntamente para los dos acusados sin deslindar las funciones que cada uno cumplía en el Banco y por tanto su responsabilidad en los hechos; y, que, de contera el ataque no se extiende a todas y cada una de las pruebas de cargo que sustentan la sentencia acusada, sino básicamente a uno de los peritajes contables que en el proceso se rindieron, forzoso resulta convenir que, efectivamente, como lo sostiene el Ministerio Público, el escrito carece de claridad y de precisión a la luz de la lógica propia del recurso de casación, pero, que también revela confusión conceptual —la prueba no puede haberse dejado de apreciar y al tiempo, distorsionarse su interpretación—.

Ahora, en tratándose del cuestionamiento a la prueba de apoyo de un fallo, sea por error de hecho o de derecho —violación indirecta de la ley sustancial—, el casacionista está en el deber de desvirtuar una a una, todas aquellas que son pilares de la decisión; si su ataque deja vigente el alcance y la trascendencia de una sola legalmente producida que tenga eficacia suficiente para sostenerla, obviamente la censura se torna ineficaz. Tal es lo que acontece en este caso, en que el actor guarda silencio sobre pruebas contundentes, diferentes de las que cuestiona, dejando así su reclamo incompleto, y por ende, inatendible.

Pero, aún dejando de lado las falencias puramente técnicas, también, como se ha precisado, en lo intrínseco del reclamo, su inconsistencia es evidente.

Sostiene el profesional que los diversos actos cumplidos por su poderdante en calidad de gerente de la sucursal bancaria afectada, no pasaron de ser manifestaciones de la normal actividad administrativa de entidades de tal naturaleza, algunas extralimitadas en sus facultades, pero todas sin excepción, sujetas al reglamento del Banco y al control administrativo de la Superintendencia del ramo, esto es, fueron conductas atípicas frente al régimen penal del país.

Sin embargo de este planteamiento, al referirse a algunos de tales actos, hace precisiones tendientes a cuestionar en varios de sus elementos la estructura del tipo penal de hurto agravado por la confianza que se imputó a su poderdante. Es así como afirma que no hubo intención de hurtar el patrimonio del Banco por parte de su cliente en relación con los sobregiros concedidos, porque ellos fueron cubiertos por los

cuentahabientes beneficiados; que no recibió perjuicio el Banco por razón del traslado de fondos de unas cuentas corrientes a otras de determinados cuentahabientes así favorecidos; que estaba revestido de facultades administrativas para autorizar y ejecutar las operaciones en cuyo desarrollo se tipificó el ilícito; que la autoría de varios de los actos objeto de la investigación recayó en persona distinta de su patrocinado, específicamente en el coprocesado no recurrente, el jefe de cuentas corrientes; que no está probada la materialidad de la acción ni la responsabilidad de su cliente; que no hay prueba para condenarlo de conformidad con el artículo 247 del C. P. P.

Si en la atipicidad se funda el reproche de la demanda, como paladinamente lo advierte el actor, evidentemente están fuera de lugar consideraciones como las anteriores, sobre no intencionalidad dolosa, no causación de perjuicios al Banco por actos del exgerente, falta de prueba para condenar y en general, sobre aspectos que de todas formas, con su hipótesis, se sustraerían, del campo de la jurisdicción penal.

Pero aún más, si se mira a través del sustento probatorio de la sentencia, mejor resalta la inconsistencia del reclamo. Ya se advirtió, cómo el censor omitió cuestionar y desvirtuar el alcance de pruebas de cargo diferentes a la experticia rendida por el contador del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial. Nada dijo el profesional sobre las pruebas de apoyo del fallo de primera instancia, acogido por el Tribunal en plenitud y por tanto integrado al de éste, en el que minuciosamente se estudió el abundante acopio.

El Juzgado 25 Penal del Circuito precisó muy juiciosamente en el estudio que precedió a su decisión:

> "Es de capital importancia denotar que, en esencia, aquellos comportamientos desarrollados por los dos hoy acusados, frente al complejo contable de la entidad bancaria y los cuales constituyen fundamento de la acusación, a más de haber sido aceptados objetivamente por aquellos en sus respectivas injuradas, la prueba documental, en especial, la investigación interna realizada por la Contraloría del Banco por personas especializadas en la contabilidad bancaria y muy concretamente conocedores del régimen interno, como de las funciones de cada uno de los funcionarios adscritos a la entidad afectada; las inspecciones judiciales practicadas sobre dicha contabilidad por el instructor como por este mismo Despacho; los dictámenes sobre minuciosa investigación realizada por los peritos técnicos de Policía Judicial y, el extenso contexto de las múltiples e importantísimas copias auténticas que de las piezas contables se lograron anexar al proceso, de una parte, y de las exposiciones que bajo la gravedad del juramento rindieron Javier Hernán Suárez Gómez —denun-

> ciante—..., Mario Montoya López —auxiliar de cuentas corrientes—... Carlos Arturo Vargas Martínez —controlador de Caja—... Jaime Fajardo Vargas —auxiliar de gerencia—... injurada de Ana Lucía Sánchez Lara —cliente del Banco—... declaración de Miguel Manfredo Blaslchke Kutscher —director de la División Comercial de BAVARIA S. A.—...; todo lo anterior, frente al régimen interno de la entidad, imperante para la época de los hechos, como del Manual de funciones inherentes al gerente, Rincón Rojas y al jefe de Cuentas Corrientes, Sánchez Papagayo, no dejan la menor duda al Despacho de que éstos, hoy acusados, conforme se determinó precedentemente a propósito de cada uno de los cargos, real y definitivamente concurrieron, en forma dolosa en el delito de hurto agravado por la confianza por el cual se les dedujo resolución de acusación, fundadamente..." (fls. 325-326, cuaderno 4 original).

Y a partir de los anteriores supuestos fácticos-procesales, estudió, en análisis global y racional, todos y cada uno de los comportamientos de los implicados, mediante los cuales realizaron la conducta objeto de la condenación.

La atribución de responsabilidad a cada uno de los implicados se hizo sin consideración a las funciones que cumplían, pues lo que la prueba permitió inferir, fue la connivencia de ambos en la consumación del ilícito, el uno como gerente y el otro como jefe de Cuentas Corrientes de la oficina bancaria a su cargo. A este respecto, es importante lo que el Juzgado acotó:

> "Gracias a las minuciosas incursiones investigativas en la contabilidad del Banco, ya precisadas anteriormente, se logró evidenciar todo el complejo de la manipulación contable desarrollado por los vinculados, siendo lo cierto que éstos, por su gran experiencia en esas materias, lograron en el tiempo mantener, con maliciosos sofismas distractivos contables, escondida o disimulada, hábilmente, su ilícita conducta. Muy obviamente que mediante la utilización fraudulenta del contexto documental contable, éstos lograron su despropósito..." (fls. 330-331, cuaderno 4 original).

Evidente pues, que la evaluación probatoria adelantada por los falladores en la sentencia de condena proferida en esta causa, no presenta yerros que ameriten su infirmación, no se accederá a la casación impetrada.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

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

Cúpiese y cúmplase.

Edgar Sauvedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Correño Luengas NC, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

Los requisitos que debe cumplir el escrito por medio del cual se pretende acceder al recurso extraordinario de casación, por la vía excepcional o discrecional del artículo 218 del estatuto procedimental, no sólo debe cumplir con las exigencias propias del instituto sino también con otras adicionales, instituidas por el legislador para permitir su estudio. / Respecto a las primeras se requiere que se intente contra una sentencia de segunda instancia, que se proponga dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de dicha decisión y que el recurso lo impetre el procurador, su delegado o el defensor del imputado. Por consiguiente, los demás sujetos procesales (fiscal, parte civil, tercero civilmente) no pueden hacerlo aunque les es dable expresar su opinión como partes no recurrentes en el momento procesal asignado para tal fin. / De otro lado y como exigencias propias de esta excepcional vía, la controversia que se suscite ha de propender al desarrollo de la jurisprudencia, esto es a enriquecer temas ya tratados, proponiendo otras perspectivas jurídicas, remediando problemas surgidos de anteriores soluciones, en fin dándole al debate nuevas connotaciones que sirvan para exponer razonamientos novedosos hacia el futuro para casos análogos. Cuanto a las garantías fundamentales —piedra angular de nuestro sistema democrático— es evidente, que cualquier conculcación conspira contra él y debe ser corregida por la administración de justicia pues, en su salvaguarda, se encuentra su razón de ser.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 32.

Vistos:

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

Antecedentes:

El dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, confirmó en lo fundamental la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad que condenó a Alvaro de Jesús Jaramillo Palacio como autor del delito de acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. Redujo la Colegiatura el quantum de la pena principal y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, fijándolas en dieciséis (16) meses.

Contra esta decisión el defensor de Jaramillo Palacio, en tiempo la impugnó en casación advirtiendo que no obstante que por el aspecto de la penalidad fijada en la ley para el citado delito, el recurso extraordinario no sería procedente, de todas maneras, dijo, "en sentir de la defensa sí lo es, en garantía de los derechos fundamentales, y según la previsión del inciso 3º del artículo 218 del C. de P. Penal". Agregó a renglón seguido que las razones de la impugnación las expondría en la pertinente demanda de casación.

Por auto de mayo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y tres (1993), el Tribunal concedió la impugnación excepcional ordenando correr los traslados de rigor.

En efecto, el defensor presentó la respectiva demanda. Remitido el expediente a la Corte, la Sala mediante auto de agosto dieciocho (18) de mil novecientos noventa y tres (1993), declaró ajustado a las prescripciones de ley el libelo.

Descorrido el traslado al Ministerio Público, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, impetra la nulidad de la actuación surtida a partir del auto del dieciocho de (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

En criterio del Ministerio Público, carecía el Tribunal de competencia para conceder el recurso en trámite, pues era a la Sala de Casación Penal de la Corte a la que competía de manera privativa decidir sobre la admisibilidad de la impugnación excepcional conforme lo establece el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. Por lo demás, da a entender el Procurador Delegado que el escrito de interposición del recurso no cumple con los requisitos que sobre la novedosa figura de la casación excepcional tiene definidos la jurisprudencia.

La Corte:

1. En varias oportunidades se ha pronunciado la Sala en punto de los requisitos que debe cumplir el escrito por medio del cual se pretende acceder al recurso extraordinario de casación, por la vía excep-

cional o discrecional del artículo 218 del estatuto procedimental. La petición no sólo debe cumplir con las exigencias propias del instituto sino también con otras adicionales, instituidas por el legislador para permitir su estudio pese a que, en principio, se le encuentra vedado su acceso.

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

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

Ahora, cualquiera sea la intención del proponente, vale decir, el desarrollo de la jurisprudencia o la defensa o garantía de los derechos fundamentales, el escrito que así lo intente por este singular medio de la casación excepcional habrá de demostrarle a la Sala el por qué, el caso de la especie amerita su conocimiento en esta sede.

Imprescindible, entonces, que el peticionario presente con precisión y claridad las razones que estime convenientes para uno y otro caso, pues sólo de esta manera puede la Corte examinar la pertinencia de la impugnación. De no ser así, ha reiterado la Sala "bastaría la simple intención del impugnante para transitar la vía casacional, convirtiéndose lo extraordinario en ordinario, perdiéndose la esencia misma del instituto y con ello, contrariándose la voluntad de legislador" (Auto de octubre 13 de 1993, magistrado ponente doctor Valencia Martínez).

Claro es, además, que la función del *ad quem*, una vez verificado que en tiempo se interpuso el recurso, se limita a enviar la actuación original, acompañada del respectivo escrito, única forma de constatar la validez de las razones propuestas por el memorialista para que la Corte pueda dar vía libre al trámite subsiguiente.

3. Pues bien, para el presente caso, no obstante cumplirse con las primeras formalidades a cabalidad, pues se trata de un ataque a sen-

tencia de segunda instancia, la impetración del recurso se hizo dentro de los términos legales y quien intenta la impugnación está legitimado para ello, cierto es también —como lo advierte la Delegada— que el escrito inicial, aquél donde se interponía el recurso, nada dijo respecto a la exigencia de mostrarle a la Corte, siquiera sea en forma sucinta, los motivos que ameritan conocer por vía de casación discrecional el proceso adelantado a Jaramillo Palacio. Apenas se conforma el defensor con aludir que el "concepto de la violación de los derechos fundamentales del procesado originada en la sentencia condenatoria impugnada, se expondrá en la consecuente demanda de casación".

Desde luego que en tales condiciones, era a la Corte a quien competía pronunciarse sobre si el escrito cumplía con el requisito de la argumentación aludida. Pero, como da cuenta la actuación, la adelantó el Tribunal en forma irregular el trámite, atentando contra el debido proceso pues su actividad frente a ese escrito se limitaba a enviarlo junto con la actuación original y no a ordenar el traslado para efectos de la sustentación o presentación propiamente de la demanda, función que, como ha quedado visto —y bien lo puso de presente el Ministerio Público— es de exclusiva atribución de esta Sala.

Así las cosas, visto que ciertamente omitió el defensor exponer en su debida oportunidad las razones de su disenso en tema de las garantías de los derechos fundamentales, obvio es que la impugnación excepcional no debió seguir el curso que hasta ahora se le ha dado. La inadmisibilidad del recurso era la medida y es lo que cumple ahora declarar previo el decreto de nulidad del auto por medio del cual se dispuso en el Tribunal correr traslado al recurrente defensor de Jaramillo Palacio.

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

Resuelve:

Decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto fechado dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993) inclusive, mediante el cual se concedió el recurso excepcional de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, y en su lugar, declarar inadmisibles la impugnación, quedando en firme el fallo.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

SENTENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION

Sin que después del calificatorio ni antes de la sentencia haya previsto el legislador mecanismo alguno para salvar las eventuales inconsistencias del primero, como sí lo establecía la anterior normatividad procesal penal, constituye por tanto, un acto ineludible para el fallador al momento de dictar sentencia, pronunciarse sobre los cargos específicamente imputados en el pliego de cargos.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 32.

Vistos:

Decide la Corte sobre la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó (Chocó) y un Juzgado Regional de Medellín, dentro del proceso adelantado contra *Fredy Sánchez Bedoya,* por los delitos de rebelión, secuestro y homicidio.

Antecedentes:

El primero (1º) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el agente activo de la Policía Nacional Jimi Yuris Murillo Sánchez y el retirado de la misma institución Jaime López Ramos, fueron retenidos por un grupo insurgente cuando se desplazaban por la carretera que del municipio del Carmen del Atrato conduce a Quibdó, capital del Departamento del Chocó. El cuatro (4) de octubre del mismo año fueron encontrados sus cadáveres en el paraje "Bombay" comprensión municipal del Carmen del Atrato.

Las primeras pesquisas en diligenciamiento preliminar, abrieron camino para orientar la investigación penal en contra de Fredy Sánchez Bedoya, de quien se decía formaba parte de una célula guerrillera del

denominado Ejército de Liberación Nacional, con centro de operaciones por aquellos lugares; y además, por ser el individuo que estuvo al frente del operativo, comandando la acción que culminara con la muerte de Murillo Sánchez y López Ramos.

Vinculado a la investigación mediante declaratoria de persona ausente Sánchez Bedoya, y concluido el ciclo instructivo, resolución acusatoria se profirió en su contra como partícipe en los delitos de rebelión, secuestro y homicidio, decisión adoptada por la Fiscalía Delegada Regional de Medellín.

Ejecutoriada la acusación y remitida la actuación a los Juzgados Regionales para el adelantamiento de la causa, el juez, a quien correspondía conocer el asunto, se abstuvo de proferir el fallo, pues "esta jurisdicción no es competente para emitir dicho pronunciamiento". Consideró el funcionario que para el caso de la especie no se tipifica el delito de rebelión, sino apenas el concurso delictual de secuestro y homicidio. Remitió, por tanto, el expediente al Juzgado Penal del Circuito de Istmina (Chocó).

El Juzgado Unico Penal del Circuito de Istmina, aparte de rechazar la competencia que le atribuía por factor funcional el Juzgado Regional de Medellín, devolvió el proceso pues, de todas maneras, consideró, por el factor territorial que le correspondía conocer a los Juzgados Penales del Circuito de Quibdó.

Manteniéndose en la negativa de asumir competencia el Juzgado Regional de Medellín, remitió la actuación a estos últimos, insistiendo que para el presente caso no se configuró el delito de rebelión. Correspondíole, en efecto, al Juzgado Tercero Penal del Circuito, Despacho que también se niega a tramitar lo que falta para dar por terminada la causa adelantada a Sánchez Bedoya.

La colisión propuesta:

El Juzgado Regional de Medellín, al momento de emitir el fallo, se declaró incompetente para conocer del presente asunto. Consideró en lo atinente con el delito de rebelión, que dicho punible no se basta con el solo hecho de que alguien se considere integrante de un movimiento guerrillero, sino que se hace necesario saber si el comportamiento está dirigido específicamente a derrocar al Gobierno, suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. Y, afirma:

"En el caso *sub judice*, los insurgentes que secuestraron y luego les dieron muerte a los occisos de autos, en ningún momento querían derrocar al Gobierno nacional y mucho menos modificar o suprimir la legislación colombiana, por tanto, estamos frente a un concurso de hechos punibles de secuestro y homicidio mas no de rebelión".

El rechazo del Juzgado de Quibdó:

Para el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó, habiendo quedado ejecutoriada la resolución acusatoria por los delitos de rebelión, secuestro y homicidio, es en la sentencia donde debe debatirse conforme al acopio y discusión probatoria, sobre la configuración o no del delito de rebelión. Improcedente es, agrega, el auto de sustanciación mediante el cual se pretendió variar la calificación acusatoria, figura inexistente en el ordenamiento procesal vigente.

La Corte:

1. Trabada como en efecto se encuentra la colisión de competencia para finiquitar la investigación que se ocupó de los hechos por la desaparición y posterior muerte de los exagentes de la Policía Nacional, Murillo Sánchez y López Ramos, a manos de un grupo subversivo en el Departamento del Chocó, debe la Sala desde ya señalar que es al Juzgado Regional de Medellín a quien compete proferir sentencia que ponga término a la primera instancia en este asunto.

La controversia radica en que si para el caso de autos es dable afirmar tipificado o no el delito de rebelión. Para el juez regional no; para el del Circuito Penal sí, independiente de que en el fallo, conforme lo plantee el debate probatorio, se demuestre enteramente su configuración o no en cabeza del inculpado.

2. Del acervo probatorio se tiene que lo ocurrido al entonces agente activo de la Policía Nacional, Jimi Yuris Murillo Sánchez y al retirado de esa misma institución Jaime López Ramos, fue el adelantamiento de un "juicio revolucionario" ordenado por una célula del denominado Ejército de Liberación Nacional, al decir de las afirmaciones testimoniales de Noel Enrique Robledo Perea, profesor y rector del colegio donde el procesado adelantara estudios.

Así se ha venido entendiendo desde el auto que resolvió la situación jurídica y luego cuando se le profirió resolución acusatoria al implicado Sánchez Bedoya, ya que en verdad éste pertenece a un movimiento guerrillero y fue efectivamente quien lideró la operación que terminó con el secuestro y muerte de los infortunados Murillo Sánchez y López Ramos, debiendo de contera responder en juicio por los delitos de rebelión, secuestro y homicidio.

3. Siendo ello así, dos razones se tienen para definir que es al Juzgado Regional de Medellín a quien compete poner término al trámite de la primera instancia en suspenso:

a) Sin que después del calificatorio ni antes de la sentencia haya previsto el legislador mecanismo alguno para salvar las eventuales

inconsistencias del primero, como sí lo establecía la anterior normatividad procesal penal, constituye, por tanto, un acto ineludible para el fallador al momento de dictar sentencia, pronunciarse sobre los cargos específicamente imputados en el pliego de cargos.

Argüir sin consideración probatoria de ninguna índole el colisionante de Medellín, que los hechos no tipifican el delito de rebelión porque según su parecer "los insurgentes" con el secuestro y homicidio de autos "en ningún momento querían derrocar al Gobierno nacional y mucho menos modificar o suprimir la legislación colombiana", es intentar, sin apoyo fáctico ni legal, variar la calificación sumarial ya ejecutoriada, o como acertadamente lo advierte el colisionante de Quibdó, adelantar indebidamente una absolución, desnaturalizándose las claras y precisas funciones que para la Fiscalía y los jueces demarca el nuevo orden constitucional y legal.

b) Ahora, es evidente que si en el pensamiento del Juzgado Regional, el secuestro y muerte de los exagentes de la Policía Nacional, no tenía ningún vínculo con la actividad subversiva que es, en efecto, al parecer lo que intenta relievar con sus pobres argumentaciones, nada impide a éste funcionario adoptar las medidas que sobre el particular considere ajustadas, en la decisión respectiva.

4. No obstante, por lo que refleja el haz probatorio, claro es para la Sala que la acción de la que se dice tomó parte activa y decisiva Sánchez Bedoya, bien puede ser considerada como un acto ligado a los fines que motivan las aspiraciones de cambios políticos en el país según el entendimiento de los movimientos subversivos. Aquí —como lo refiere el testimonio del educador Robledo Pereo— profesor del implicado en tiempos pretéritos, a los "rehenes", a la célula guerrillera al mando de Sánchez Bedoya se le siguió "juicio revolucionario", bajo la imputación de estar al servicio del "sicariato". Nadie ha dicho en el proceso y tampoco hay forma de colegirlo, que el secuestro y muerte de éstos tuvo causa por aconteceres o ambiciones estrictamente personales o aislados a la comprensión de la lucha subversiva. El juicio revolucionario, con pena de muerte para el enemigo, lo fue porque para el frente guerrillero, conforme lo relata igualmente el testigo en cita, de los ajusticiados policiales se tenían "malos antecedentes", según lo revelaban otras fuentes consultadas por los alzados en armas.

5. Así las cosas, esta Colegiatura señala al Juzgado Regional de Medellín, como el funcionario competente para poner término a la primera instancia dentro del presente proceso, lo cual implica su inmediata remisión al mismo, enviándosele copia de esta decisión al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó, para su información.

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

Resuelve:

DIRIMIR el conflicto de competencia planteado en el sentido de atribuir el conocimiento del presente proceso adelantado a Fredy Sánchez Bedoya, por los delitos de rebelión, secuestro y homicidio al Juzgado Regional de Medellín, a quien se le remitirá el expediente para lo de su cargo.

Copia de esta decisión envíese al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó, para su información.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / CONGRESISTA / FUERO / PREVARICATO

Ha precisado la Corporación que los hechos punibles que se imputan a los congresistas son de su exclusiva competencia, háyanse estos cometidos antes o cuando ya se tiene tal investidura. A partir del momento en que el acriminado deja de ser miembro del Congreso "el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas", según la preceptiva del parágrafo del artículo 235 de la Carta Política. / La prórroga de competencia, consecuente a una perdurabilidad de ese fuero constitucional de que gozan los parlamentarios no obstante la pérdida de la investidura, queda ligada exclusivamente a la naturaleza de la infracción investigada. Si por delitos ajenos al ejercicio profesional se procede, aquélla y ésta se pierden; de lo contrario se conservan para todos los segmentos de la investigación que se adelantará hasta su finalización bien se llegue a ella en forma regular (sentencia) o extraordinaria (art. 36 del C. P. P.). / El delito de prevaricato omisivo básicamente se estructura por el incumplimiento de un deber legalmente contemplado, con plurales acciones consistentes en omitir, rehusar, retardar o denegar un acto propio de las funciones. Sin embargo para el incumplimiento de un deber, objetivamente constitutivo de la infracción, llegue a integrar un hecho punible, indispensable resulta que quien tenga a su cargo un determinado deber legal esté consciente de su existencia y aún así, voluntariamente lo omita, retarde o deniegue.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 23.

Vistos:

Decide la Sala si existe o no mérito para abrir investigación penal en este asunto.

Antecedentes:

1. En el mes de octubre de 1988 la Contraloría General llevó a cabo una visita fiscal en el Senado de la República, con el fin de esclarecer presuntas irregularidades presentadas en las contrataciones celebradas por dicha Corporación durante la vigencia fiscal del citado año. Con base en las conclusiones consignadas por los visitadores en el acta respectiva, la jefe de la Sección de Intervención Judicial, División de Investigaciones, puso en conocimiento de los Juzgados de Instrucción Criminal de la ciudad para su respectiva investigación, los siguientes hechos que podían resultar violatorios de la ley penal:

> "Durante la vigencia de 1988 el entonces Ministro de Gobierno, ordenador del gasto, obrando en representación del Senado de la República, suscribió varios contratos de prestación de servicios con profesionales en la Rama del Derecho, Economía, Administración de Empresas, Contaduría, etc., con el fin de prestar asesoría en las diferentes comisiones de la honorable Corporación, como también para representar al Senado en los procesos que cursaran en su contra ante el Consejo de Estado, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Juzgados y demás organismos de la Rama Jurisdiccional.
>
> "Al analizar cada contrato en particular, tendientes a verificar la ejecución de los mismos en torno a lo pactado, se constató que, efectivamente, algunos contratistas cumplieron con el objeto del contrato, otros en forma parcial y por último se encontró que hubo incumplimiento en ciertos casos, presentándose así un cobro fraudulento, por cuanto los cheques girados en principio a sus beneficiarios, fueron retirados en la Pagaduría por personas diferentes a ellos sin mediar un poder que así lo autorizara.
>
> "Es de anotar, que, fiscalmente la responsabilidad se le dejó al señor Hermenegildo Henríquez Castro, en cuantía de $ 3.145.000.00, por cuanto en la época de los hechos se desempeñaba como jefe de la Sección de Pagaduría de la honorable Corporación, correspondiendo dicho valor a la sumatoria de los cheques entregados en forma irregular, sin exigir previamente un poder que autorizara la entrega de cada título valor a un tercero".

2. Los funcionarios de la Contraloría General de la Nación, en relación con algunos beneficiarios de los cheques irregularmente cobrados, encontró que también se había dado incumplimiento del objeto del contrato: Esa afirmación se circunscribió a los contratos celebrados con Fernando Rivera Muñoz, Manuel Alfonso Barreto González, Armando Pérez Araújo, José Iván Martínez, Gilberto Rafael Díaz Herrera, Farid Miguel Turbay Lascar y Fernando de Jesús Torrente Navarro.

3. El entonces Juzgado 47 de Instrucción Criminal inició la correspondiente investigación penal, vinculando mediante indagatoria, tanto al pagador del Senado, Hermenegildo Henríquez Castro, como a los empleados de la misma Corporación que, en definitiva, hicieron efectivos los cheques girados a los profesionales vinculados mediante contrato de prestación de servicios.

4. Luego y frente a algunas referencias que indicaban que la orden de entregar los cheques a persona distinta del beneficiario previo levantamiento del sello restrictivo, había provenido de la Oficina de la Presidencia del Senado, la Fiscalía 134 de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Público, dispuso extender la investigación hacia el expresidente del Senado Pedro Martín Leyes. Posteriormente, al considerar que carecía de competencia por estar incluida en la investigación una persona amparada por fuero constitucional, remitió la totalidad de las diligencias a esta Corporación argumentando, equivocadamente, que la competencia se proyectaba hacia los demás implicados "de acuerdo al inciso 2º del artículo 89 del C. de P. P. que consagra una norma de competencia por razón de la conexidad y el factor subjetivo".

5. La investigación se asumió exclusivamente en relación con el senador Pedro Martín Leyes, único con fuero constitucional que, por su misma estirpe, no puede extenderse a los restantes imputados ni aún por razón de los factores señalados por el fiscal de primera instancia, tal como ha sido criterio reiterado de la Corporación. Las diligencias, en su contra, fueron dejadas en etapa de investigación previa, dentro de la cual se dispuso oírlo en versión sin juramento y practicar las pruebas indispensables para determinar si hay o no lugar al ejercicio de la acción penal.

Sinopsis probatoria:

1. William Armando Sánchez Rodríguez y Julio Gastón Parra, indicaron ante el instructor cuando se los oyó en indagatoria que, efectivamente, en alguna oportunidad Guillermo Gutiérrez, empleado del Senado como ellos, les había solicitado el favor de ayudarle a cambiar unos cheques girados a nombre de terceras personas, los cuales se encontraban debidamente endosados. Según el primero de los mencionados, el dinero fue llevado luego hasta la Presidencia del Senado, sin que pueda explicar de dónde partió la orden para su cobro. Después de indicar que para entonces el doctor Pedro Martín Leyes se desempeñaba como presidente de la Corporación y Armando Mario Madrid Malo como su secretario privado, agrega que este último le manifestó tener en su poder las autorizaciones de las personas que figuraban como beneficiarias en los efectos de comercio cobrados. Según Julio Gastón Parra, una vez cambiados los títulos valores de marras, regresaron a la Secretaría de la Presidencia del Senado, donde Guillermo Gutiérrez, quien recibió la totalidad del dinero, se quedó dialogando con Madrid Malo.

2. Yiris Manuel Abuabara Pérez, acepta haber cobrado algunos cheques del Senado, sin recordar a qué nómina pertenecían. Esto lo hizo por petición de Armando Mario Madrid Malo quien para entonces trabajaba en el Ministerio de Comunicaciones, de quien los recibió y a quien entregó la totalidad del dinero. Es claro en precisar que como los cheques ostentaban las firmas de los beneficiarios, lo único que hizo fue incluir el endoso que le permitió la transacción a la cual no le puso, por ello, reparo alguno.

3. Mayuly Londoño Mazorra, asegura que cuando se desempeñaba como profesional asistente de la Presidencia del Senado, cuyo titular era el doctor Pedro Martín Leyes, pero bajo las órdenes inmediatas de su secretario privado, éste le solicitó el favor de cambiar algunos cheques que recibió debidamente endosados, para entregar el producto de los mismos una vez cumplido el encargo.

4. Por su parte, el expagador del Senado Hermenegildo Henríquez, al explicar ante el Juzgado instructor su comportamiento relacionado con el irregular trámite de los cheques advertido por la Contraloría, inicialmente indicó que ello se había hecho con autorización y orden del presidente del Senado, pero "a solicitud del señor doctor Armando Madrid Malo". Cuando se le pregunta si se exhibieron poderes para ese procedimiento responde negativamente y agrega que todo fue mediante ordenamiento telefónico emanado de la Presidencia "y confirmada por el doctor Armando Mario Madrid Malo".

5. Posteriormente y ya dentro de esta investigación previa, el expagador indica que era práctica inveterada de los senadores o representantes solicitar favores como el aquí referido, esto es, que se levantaran los sellos restrictivos de los cheques y/o se entregaran estos a persona distinta a sus beneficiarios, no habiendo recibido concretamente esta clase de petición de parte del doctor Pedro Martín Leyes, ni en forma directa ni indirecta. En cuanto a la intervención del secretario privado, textualmente refirió:

> "Como lo dije anteriormente, existían o existieron algunos asesores profesionales que prestaron asesorías profesionales al Senado de la República en diferentes dependencias y para que le fueran cancelados sus servicios profesionales conllevaba a que el pago se le hiciera efectivo después de tres o cuatro meses de haber laborado el primer mes, es decir, después de labores les salía el primer pago, entonces como eran profesionales de provincia, éstos me solicitaban le hiciera entrega de estos cheques y levantar el sello restrictivo al jefe de la dependencia o a un recomendado especial en quienes ellos confiaban, en varias ocasiones sucedieron estos casos y fue así como algunos de los asesores profesionales en presencia del doctor Armando Madrid Malo lo autorizaron para que se le hiciera entrega de esos cheques y hacer

efectivo los pagos, pero en ningún momento de que fueran entregados esos dineros al señor presidente del Senado, para ese entonces Pedro Martín Leyes. Con relación a la intervención del doctor Martín Leyes en el recibimiento o entrega del dinero lo mencioné ya que creí que como los asesores profesionales que solicitaron y recomendaron al doctor Armando Mario Madrid Malo eran de Presidencia, pero mas no porque el doctor Pedro Martín haya solicitado que se le entregue dinero para llevarlo a la ciudad de Barranquilla".

6. El deponente Armando Mario Madrid Malo, luego de referir que dentro del reglamento y manual de funciones no tenía adscritas las de revisión de contratos asegura que de hecho tampoco cumplió esa función, porque dentro del organigrama interno del Senado, estaba distribuida en otras oficinas como la Jurídica, la Dirección Administrativa y la Jefatura de Personal. En relación con la cuestionada entrega de cheques, afirma que es falso lo manifestado por el pagador, pues "nunca el presidente de la Corporación ordenó la entrega o levantamiento de sello de los títulos valores citados". Acepta que en alguna oportunidad sí se cambiaron unos cheques previamente endosados, en razón a que tenía poderes que lo facultaban para ello.

7. El expresidente del Senado señaló en su versión sin juramento, que la vinculación contractual de profesionales correspondía en primera instancia a la Dirección Administrativa de la Corporación y luego de establecidas la necesidad del servicio, la idoneidad de los aspirantes y la disponibilidad presupuestal, los contratos se remitían al Ministerio de Gobierno para que el Ministro, como ordenador del gasto, procediera de conformidad, previa autorización de la Presidencia del Senado. Que no obstante figurar en algunos contratos que la vigilancia correspondería a la Presidencia, como en la práctica la Dirección Administrativa asignaba los profesionales así vinculados a distintas dependencias, a los responsables de cada una de éstas competía, en últimas, asignar funciones y vigilar su cumplimiento. En cuanto a los profesionales adscritos directamente a la oficina a su cargo, la vigilancia se cumplía por la Secretaría Privada, dado el tiempo que debía dedicar —como presidente— al manejo, organización y coordinación de la legislatura.

Desconoce el trámite interno para el pago de honorarios de servicios contratados, funciones privativas del pagador, cuyo jefe inmediato era el de la División Financiera, quien a su vez dependía del director administrativo. Ya en cuanto a autorización que hubiera dado para cobro irregular de cheques, es claro en afirmar que nunca intervino ni directa ni personalmente, ni por teléfono, ni por escrito, ni por interpuesta persona en el trámite de pagos o giros de cheques, tampoco recibió dinero alguno y menos queja de los contratados por incumplimiento en los pagos, por lo cual supone que "los profesionales vinculados contractualmente al Senado tramitaron sus pagos a entera satis-

facción y que para ello obviamente debieron cumplir con todas las normas y requisitos estipulados en el reglamento del Senado".

8. En ampliación de versión y en relación con el incumplimiento de los contratos por parte de algunos de los beneficiarios de los cheques irregularmente cancelados, el exsenador precisa que una vez vinculados al servicio los profesionales, éstos eran adscritos por la Dirección Administrativa a diferentes dependencias por lo cual la vigilancia del cumplimiento del objeto en cada caso, correspondía a cada dependencia en particular. Que, en lo relacionado con los profesionales asignados a la Presidencia del Senado, se había delegado en el secretario privado la certificación del desempeño de la labor contratada, como una consecuencia lógica del cúmulo de responsabilidades y actividades que como presidente debía cumplir y en razón a que la mayor parte de su tiempo debía dedicarlo a la organización, coordinación y dirección del proceso legislativo. Aclara que si en algunos casos expidió certificados de cumplimiento, ello ocurrió, "previa revisión y aprobación de la oficina de la Secretaria Privada, cuyo titular era un abogado", lo cual les pudo también haber ocurrido a sus sucesores en dicha presidencia. "Si esta situación casi que de física imposibilidad para certificar y verificar cumplimientos de algunos profesionales que directamente fueron adscritos a la Presidencia del Senado —acota—, qué no podría decir de aquellos que se vincularon o adscribieron a otras dependencias de la Corporación?".

Textualmente se refiere a la situación de autos, de la siguiente manera:

> "Observo que en los diferentes casos de contratos de prestación de servicios que tengo a la vista, se presentaron varios pagos y aunque desconozco la organización y tramitología específica de la pagaduría, supongo que por tratarse de servicios profesionales prestados a una Corporación, las personas contratadas debieron presentar cuenta de cobro, certificación de cumplimiento de las funciones encomendadas por persona autorizada y cualesquiera otros documentos necesarios y que los mismos debieron ser revisados por la división financiera, por la pagaduría y por el auditor de la Contraloría, ya que es apenas lógico suponer que una cuenta de cobro, *per se*, no es un mandato, ni una obligación para el pagador, quien tenía el poder discrecional de pagar o de abstenerse de hacerlo. Por eso he dicho, que como nunca recibí queja de las personas contratadas, exceptuando las relacionadas con las demoras excesivas en los pagos, pero que tarde o temprano recibieron sus honorarios, aunque con atraso, ni tampoco recibí observaciones sobre incumplimiento, y si tomamos en cuenta además que la Pagaduría procedió a efectuar estos pagos, debo suponer, repito, que todos los trámites legales y reglamentarios debieron cumplirse a cabalidad".

Finaliza esta ampliación relievando que ha sido una constante durante el desempeño de sus funciones públicas ser celoso en el cumplimiento de sus obligaciones, de modo que jamás pudo pasar por su mente ser tolerante en materia de vigilancia y si se vio obligado a delegar esta función en la Secretaría Privada, "esto se hizo dentro de la mejor buena fe para garantizar una más efectiva verificación del cumplimiento de funciones que de mi parte eran casi imposibles por el cúmulo de obligaciones a mi cargo y de ninguna manera con el ánimo de eludir responsabilidades o pasar por alto eventuales o presuntos incumplimientos".

9. De la División de Investigaciones se obtuvo la Primera Parte del Acta de Visita Fiscal número 24772, adelantada en dependencias del Senado de la República. De la revisión del acápite intitulado "Contratos incumplidos", se establece que no todos los profesionales contratados por este mecanismo, fueron asignados a la Presidencia del Senado, que tampoco en todos los casos la certificación de prestación del servicio estuvo a cargo del presidente del Senado, pues también lo hicieron los jefes o responsables de las secciones a las que fueron adscritos, como el presidente de la Comisión Sexta, la Secretaría General del Senado, Vicepresidencia y Secretaría de la Comisión Séptima.

10. Obran constancias que acreditan suficientemente no sólo la calidad de senador de Pedro Martín Leyes para la fecha de los hechos aquí referenciados, sino la específica de presidente de esa Corporación (fls. 184 y 185).

La Corte:

1. Los hechos presuntamente punibles endilgados al entonces senador y presidente del Senado, Pedro Martín Leyes, tuvieron ocurrencia durante los meses de junio a agosto de 1988. Como de una y otra investidura hoy carece, impera precisar, en primer término, si se conserva o no competencia para su juzgamiento, aspecto que necesariamente debe dilucidarse con referencia exclusiva a la normatividad constitucional vigente.

Sobre el punto ha precisado la Corporación que los hechos punibles que se imputan a los congresistas son de su exclusiva competencia, háyanse éstos cometido antes o cuando ya se tiene tal investidura. A partir del momento en que el acriminado deja de ser miembro del Congreso "el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas", según la preceptiva del parágrafo del artículo 235 de la Carta Política.

La prórroga de competencia, consecuente a una perdurabilidad de ese fuero constitucional de que gozan los parlamentarios no obstante la pérdida de la investidura, queda ligada exclusivamente a la natu-

raleza de la infracción investigada. Si por delitos ajenos al ejercicio funcional se procede, aquella y éste se pierden, de lo contrario se conservan para todos los segmentos de la investigación que se adelantará hasta su finalización bien se llegue a ella en forma regular (sentencia) o extraordinaria (art. 36 del C. de P. P.).

2. Precisado lo anterior surge sin dificultad que la conducta principal atribuida al exsenador tiene íntima relación con las funciones para entonces desempeñadas, como que en su calidad de presidente del Senado debía ejercer vigilancia sobre el cumplimiento del objeto de los contratos suscritos con profesionales y asesores vinculados a dicha Corporación por este mecanismo. Igual puede predicarse de ese otro comportamiento que se le atribuye, eminentemente accesorio a aquél, que según lo ha evidenciado la investigación, consistió en dar órdenes a Pagaduría para que los cheques fueran entregados a personas distintas a sus titulares, previo levantamiento del sello restrictivo de pago exclusivo al primer beneficiario, que concurrió para que profesionales que presuntamente incumplieron los contratos, hubieran podido obtener el pago de parte de los honorarios pactados. La competencia plena de la Corte, entonces, no se remite a duda.

3. Es bueno reseñar, de una vez, que si bien en relación con las anteriores acciones aparecen involucrados otros funcionarios del Senado de la República, entre ellos, el pagador Hermenegildo Henríquez Castro, el secretario privado de la Presidencia, doctor Armando Mario Madrid Malo y los empleados que cobraron por ventanilla los cheques de marras, la investigación respecto de los mismos continuó su trámite en la Fiscalía 134 de la Unidad de Delitos contra el Patrimonio, en razón a que hacia ellos no podían extenderse, ni siquiera por el fenómeno de la conexidad, las prerrogativas de juzgamiento por parte de esta Colegiatura que entraña el fuero de que goza el exsenador, dada su naturaleza constitucional.

4. Por elementales razones de método, se hará referencia a cada una de las conductas que vienen de referirse en forma separada, comenzando por el posible incumplimiento de la función de vigilancia de las que a su turno debían cumplir los profesionales vinculados contractualmente al Senado de la República, que le había sido dejada al Presidente del Senado, de acuerdo a las cláusulas de los respectivos contratos.

El delito de prevaricato omisivo, que sería la hipótesis delictual que eventualmente podría surgir del comportamiento referido, básicamente se estructura por el incumplimiento de un deber legalmente contemplado, con plurales acciones consistentes en omitir, rehusar, retardar o denegar un acto propio de las funciones. Sin embargo, para que el incumplimiento de un deber, objetivamente constitutivo de la infracción, llegue a integrar un hecho punible, indispensable resulta

que quien tenga a su cargo un determinado deber legal esté consciente de su existencia y aún así, voluntariamente lo omita, rehúse, retarde o deniegue.

5. Ha dicho el exsenador que no todos los profesionales contratados fueron adscritos a la oficina de la Presidencia del Senado, por lo que es simple considerar que era a los responsables de aquellas dependencias a las cuales prestaron sus servicios, a quienes competía la vigilancia del cumplimiento de las funciones asignadas. Que en cuanto a las personas que debían colaborar con la Presidencia del Senado, la vigilancia se delegó en el secretario privado, en razón a que la función legislativa requería de todo su tiempo, resultando casi que un imposible atender funciones administrativas, como aquellas por las que se le ha investigado. Como textualmente lo refiere, "si esta situación casi que de física imposibilidad para certificar y verificar cumplimiento de algunos profesionales que directamente fueron adscritos a la Presidencia del Senado, qué no podría decir de aquellos que se vincularon o adscribieron a otras dependencias de la Corporación?".

También ha referido, que si en algunas oportunidades visó algunas certificaciones o constancias de cumplimiento, ello obedeció a que consideró que, previamente la persona en quien se había delegado la vigilancia, había cumplido el respectivo control que lo habilitaba para imponer su firma sin prevención de ninguna naturaleza, dado de otra parte, que esas funciones las cumplía su secretario privado quien era abogado de profesión.

6. En las anteriores condiciones, esto es, si el expresidente del Senado había delegado la función de vigilancia de cumplimiento de los contratos referidos, tanto en los jefes de las Secciones a las que fueron asignados algunos de los profesionales vinculados al Senado contractualmente y en su secretario privado, respecto de los adscritos al despacho de la Presidencia de dicha Corporación, razonable es deducir que no se estructura hecho punible, pues frente a la delegación de esta específica función, no existía en este punto, deber legal susceptible de ser omitido, rehusado, retardado o denegado por su parte. De igual manera, si en las oportunidades en que visó algunas de las constancias indispensables para el cobro de servicios, lo hizo porque la persona encargada de la vigilancia —su secretario privado— previamente las había revisado y aprobado, esta nueva conducta tampoco puede entrañar vulneración de la ley penal, porque se enmarca jurídicamente dentro de la delegación de la función a que ya se hizo referencia.

7. Apoya la conclusión de que el exsenador materialmente no tuvo que ver en esta conducta y que, por contrario, en su actuar se observa una real diligencia que excluye cualquier comportamiento omisivo, ya que físicamente no podía cumplir esa función, el procurar por medios

idóneos que la misma fuera realizada por los funcionarios administrativos de su dependencia y la de aquellas a las que fueron adscritos los restantes profesionales vinculados al Senado. Por lo demás, es de entender que se trataba más de una función de esa naturaleza —administrativa— susceptible de ser delegada, mayormente cuando interfería con la tarea legislativa que como prioritaria debía enfrentar en condiciones que prácticamente le absorbían su jornada laboral y un poco más. La siguiente manifestación sobre la razón de ser y la finalidad misma de la delegación, aporta sólido sustento a la anterior conclusión. "Esto se hizo —dijo textualmente en ampliación de la versión sin juramento— dentro de la mejor buena fe para garantizar una más efectiva verificación del cumplimiento de funciones que de mi parte eran casi imposibles por el cúmulo de obligaciones a mi cargo y de ninguna manera con el ánimo de eludir responsabilidades o pasar por alto eventuales o presuntos incumplimientos".

8. La situación relacionada con las presuntas órdenes que hubiera dado el exsenador Pedro Martín Leyes para que algunos cheques fueran entregados a personas distintas de sus titulares, previo levantamiento del sello restrictivo para pago exclusivo al primer beneficiario, logró dilucidarse con suficientes elementos de prueba legalmente allegados en esta etapa de investigación previa. En efecto, frente a las iniciales referencias que orientaban la conclusión hacia la especie de que las órdenes en ese sentido habían sido dadas por dicho parlamentario, probatoriamente se fue diluyendo el cargo, hasta el punto de aparecer evidente que si algunas de las llamadas en tal sentido se hacían desde la Presidencia del Senado, ello en modo alguno podía involucrar directamente a su titular, pues de estos menesteres estuvo siempre ajeno, como lo reiteró en su versión sin juramento y lo avalan el mismo pagador del Senado, señor Hermenegildo Henríquez Castro y el secretario privado de la Presidencia, doctor Armando Mario Madrid Malo.

Una segunda conclusión se impone de lo dicho en este acápite y es la de que este comportamiento que se consideró ligado con el incumplimiento de los contratos en razón a que por este medio se hubieran, en definitiva, cancelado servicios no prestados, no fue realmente cumplido por el exsenador.

9. No está de más anotar —como atrás se dijo— que la Fiscalía instructora continuó la investigación respecto del secretario privado del Senado, Armando Mario Madrid Malo, del expagador del mismo, Hermenegildo Henríquez Castro y los empleados que cambiaron por ventanilla los cuestionados cheques, habiéndolos vinculado a ella en calidad de sindicados.

10. Así las cosas, fuerza concluir que ninguno de los comportamientos atribuidos al exsenador Pedro Martín Leyes transciende al ámbito de la ley penal. No hay razón, por consiguiente, para apertura

de un proceso criminal en su contra, apareciendo como consecuencia procesal única la resolución inhibitoria a que se refiere el artículo 327 del C. de P. P. A ello procederá la Corte, sin que sea menester de digresiones adicionales.

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

Resuelve:

Primero. ABSTENERSE de abrir proceso penal en contra del exsenador Pedro Martín Leyes, 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.

ESTAFA / ABUSO DE CONFIANZA

Tanto en la estafa como en el abuso de confianza la entrega del bien es voluntaria, la diferencia radica en que en el primero la voluntad está viciada por un error, mientras que en el segundo la voluntad está libre de todo vicio. Si para la adecuación típica del abuso de confianza fuera suficiente tener en cuenta que el bien llegue a manos del sujeto activo por entrega del sujeto pasivo, sin importar si dicha entrega se debió a la inducción en error o a un acto consciente y libre, prácticamente desaparecería la estafa. / El haber utilizado a la administración de justicia como medio para obtener el provecho ilícito, induciendo un juez en error para que profiriera una sentencia contraria a la ley, podría constituir un fraude procesal en concurso con la estafa, lo cual no constituye error en la denominación jurídica, si no una deficiente calificación que no puede dar lugar a que se compulsen copias, porque se violaría la prohibición contenida en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, haciendo más gravosa la situación del procesado que en este caso es recurrente único, ya que no se trata de hechos que no hubieran sido objeto de la investigación, ni que el juez no los hubiere apreciado, sino simplemente que al formular los cargos no se tuvo en cuenta que lo ocurrido generaba una imputación más. / Es cierto que los fallos de segundo grado no son simple requisito formal, limitados apenas a convalidar las tesis del inferior, en el supuesto de que las comparta. Su misión es la de revisar, el fallo recurrido o consultado, y atender, analizar y responder las tesis de la parte inconforme. Sin embargo, no puede obligarse al fallador, en el evento de que la decisión de primera instancia se encuentre en un todo acorde con la realidad procesal, a repetir sus argumentos para llegar a idénticas conclusiones. En situaciones como éstas, no obstante, debe exponer los motivos de acuerdo con el a quo, es decir, responder con claridad y precisión, el porqué de la decisión de primera instancia se ajusta

a la realidad procesal, y por ende, indicar las razones que lo llevaron a desatender los razonamientos de la parte recurrente, si la hubiere.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 33.

Vistos:

Decide la Corte sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado *Gonzalo Mogollón Morales*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo (2º) Penal del Circuito de Sogamoso que lo halló responsable, a título de autor, de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, condenándolo a purgar la pena principal de dos (2) años de prisión, y a las accesorias de interdicción de derecho y funciones públicas por el mismo lapso, así como al pago en concreto de los perjuicios materiales y morales causados por el delito.

Hechos:

El relato lo hizo con propiedad el Tribunal. La Corte recuerda sus palabras:

> "Demetria de las Mercedes Avendaño Cuervo denunció ante el Juzgado de Instrucción Criminal reparto de la ciudad de Sogamoso a Gonzalo Mogollón Morales en razón a que cuando convivía en unión libre con este señor, adquirieron una casa en el área urbana de aquella ciudad por valor de un millón doscientos mil pesos, monto que dice fue cubierto por la denunciante con préstamo que al efecto les otorgó el B.C.H., y con dineros provenientes de cesantía parcial y parte del sueldo que como empleada del I.S.S. devengaba. Como quiera que Mogollón figuraba en la escritura de aquella compra sin haber contribuido en el pago del valor de la casa, Demetria le pidió la devolución de su derecho y se hizo entonces la escritura respectiva por valor de $ 600.000.00. Al surgir entre ellos una serie de desavenencias, Demetria se mudó de casa y al poco tiempo de hacerlo se enteró que en su contra cursaba un proceso ejecutivo por la suma de dos millones quinientos mil pesos con base en una letra de cambio que por ese valor se hacía figurar como deudora, siendo

que en realidad no debía ese dinero. Puntualizó la denunciante que esa suma la colocó el denunciado en una letra de cambio que tiempo atrás le había firmado en blanco y dada en garantía para unos repuestos de su carro. Como el denunciado le hiciera saber y creer que había destruido esa letra, se desentendió del asunto pero luego fue sorprendida con la ejecución que en su contra se adelantaba en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso con fundamento en la letra de cambio por ella suscrita y por el referido valor. Esta la razón para acudir a la justicia y denunciar penalmente a Mogollón Morales por los punibles ya enunciados...".

Sinopsis procesal:

El compendio pertenece a la Delegada. Con la cita correspondiente se rememoran sus términos:

"Denunciados los anteriores hechos, el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Sogamoso abrió investigación penal en proveído del 28 de noviembre de 1989.

"Evacuadas algunas pruebas y vinculado legalmente el imputado Gonzalo Mogollón Morales a la investigación, se le resolvió su situación jurídica en auto del dos de abril de mil novecientos noventa en el cual se profirió en su contra medida de aseguramiento de caución prendaria, como sindicado de los delitos de falsedad en documento privado y estafa.

"Vencido el término de la instrucción se cerró la investigación y se procedió a calificar su mérito en auto del siete de marzo de mil novecientos noventa y uno con orden de cesar procedimiento a favor del imputado.

"Oportunamente recurrido el auto, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo desató la instancia revocando la decisión impugnada y profiriendo, en su lugar, resolución de acusación en contra de Gonzalo Mogollón Morales por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, providencia que lleva fecha del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y uno.

"Adelantada la etapa del juicio dentro de los cauces legales, se dictó la sentencia de primera instancia que fue recurrida y posteriormente confirmada por el Tribunal respectivo".

La demanda:

Con base en las causales *primera* y *tercera* de casación del artículo 220 del C. de P. P., el recurrente plantea los siguientes reproches:

Primer cargo:

Lo formula en el ámbito de la causal *primera*. Considera que el Tribunal violó la ley sustancial por "...error en la apreciación de las pruebas...", quebrantando con ellos los artículos 26, 221 y 356 del C. P. A renglón seguido fundamenta su aserto precisando que el yerro consistió en considerar "...que los hechos denunciados están plenamente probados cuando la prueba demuestra palmariamente lo contrario...". Luego de recordar las aseveraciones de la denunciante sobre haber pagado la totalidad del inmueble de su propio peculio, haber sido engañada por Mogollón para firmar la escritura en la que él también figuraba como comprador y en iguales circunstancias una letra en blanco a favor del procesado pese a que nunca recibió de él, préstamo alguno, advierte que estas afirmaciones carecen de respaldo probatorio. En cambio, la confesión de Mogollón Morales "...es sincera, lógica y creíble...", pues él sí pagó parte del precio del inmueble, mientras que la letra corresponde a los derechos adquiridos durante la unión marital, entregada voluntariamente porque la relación estaba llegando a su fin. Como probanzas que la sustentan cita la escritura pública mediante la cual le fue comprado el predio a Hernán Fonseca y la copia del pagaré del Banco Central Hipotecario en el que aparece responsabilizándose del crédito. También halla sustento en la declaración del propio Fonseca quien afirma que la negociación la hizo con él mismo. Finalmente, en cuanto a la expedición de la letra, halla la explicación en la escritura pública por medio de la cual le vendió a su compañera Demetria la mitad de la casa.

Concretamente encuentra dos errores de hecho:

a) Supone el Tribunal que los hechos denunciados se encuentran probados, "...al valorar las declaraciones de Briceida de Camargo, Delia de Avella e Ignacia de Domínguez, y el testimonio de la denunciante, dándoles un contenido que no tienen". De la primera transcribe un aparte de su testimonio en el que afirma no constarle nada sobre el título valor concluyendo que "...por lo mismo carece de elementos de convicción...", por lo que el Tribunal "...al tenerla en cuenta, dándole un valor que no tiene, incurre en error grave y trascendente...". En cuanto a Delia de Avella, advierte el censor que se refiere únicamente a lo que le dijo la denunciante, pero directamente nada le consta sobre los hechos. Al igual que la anterior se queja de la atención que le prestó el sentenciador. Lo propio advera respecto de Ignacia de Domínguez, lo que le resta cualquier valor probatorio. En lo que se refiere a la denunciante, señala que la versión proviene de "parte interesada", controvertida por el vendedor de la propiedad quien asegura haberla negociado con Mogollón, así como las constancias de que ambos tramitaron un préstamo ante el Banco Central Hipotecario. Así mismo, tilda sus palabras de mendaces cuando afirma que la escritura la firmó en su casa cuando en el documento se da fe que el acto se realizó en la Notaría y llama la atención de que pese a que habla de

argucias y engaños, nunca precisa en qué consistieron y antes, por el contrario, demuestran que la letra fue entregada a Mogollón;

b) Esta vez la equivocación se produjo por el Tribunal al negarle valor probatorio a elementos de juicio allegados al proceso, como la declaración de Hernán Fonseca quien en todo momento asegura que la negociación la llevó a cabo con Gonzalo Mogollón, pagándose el inmueble, una parte con la cesantía de Demetria, la otra del propio peculio de Mogollón Morales y el saldo merced a un préstamo bancario que realizara con el Banco Central Hipotecario. Asegura el actor que el Tribunal incurrió en un protuberante error de hecho "...al no tener en cuenta, y por lo mismo, restarle toda credibilidad a este testimonio...", pese a que contradice abiertamente las afirmaciones de la quejosa;

c) A seguida se refiere a la escritura pública número 1029 del 21 de julio de 1982, donde aparece que el predio en comento fue adquirido por la denunciante y por el procesado, desmintiendo a la primera. Y pese a que el documento público *"merece toda credibilidad"*, el Tribunal no lo tuvo en cuenta;

d) Luego se refiere al pagaré suscrito por la pareja en favor del Banco Central Hipotecario, que demuestra su responsabilidad de consuno "de parte del precio del inmueble, lo que prueba que no es cierto que la sola denunciante hubiese negociado, comprado y pagado el valor del inmueble...";

e) Tampoco el Tribunal tuvo en consideración la escritura pública número 1372 de septiembre 6 de 1982, por la cual Gonzalo Mogollón vende a Demetria de las Mercedes Avendaño la mitad de la propiedad y que es la causa principal del giro de la letra de parte de ella a favor de su poderdante;

f) Finaliza este aparte con una transcripción extensa de la injurada de su poderdante, concluyendo el casacionista que esta versión es lógica, clara y creíble, por lo que al no tenerla en cuenta el Tribunal no obstante estar corroborada con otras pruebas, incurrió en un error de hecho manifiesto y trascendente.

Termina la exposición de esta primera parte de su escrito con el acápite denominado "demostración del quebranto de la ley", en el que repite que los testigos de cargo son apenas de oídas y que no se puede hablar de "falsificación en documento privado", conducta que no encontró demostración en el proceso y antes, por el contrario, se halla probado que la firma que aparece en la letra de cambio es de Demetria y que fue confeccionado en su totalidad por quien la suscribió "...pues no es común que se entregue una letra en blanco...". En cuanto a la existencia de artificios o engaños, no acepta su realización no sólo porque la denunciante no señala en qué consistieron y, por el contrario acepta que ella entregó el título-valor, "...por lo menos con su firma,

y todo indica que la letra fue entregada para garantizar el valor de la mitad de la casa". En lo que se refiere a la violación del artículo 26 del C. P. advierte sobre su vulneración por no haberse cometido ni la falsedad ni la estafa imputadas. Igualmente se quebrantaron los artículos 27 y 28 del C. P. que hablan de la regulación de la pena y del límite aplicable en el concurso. Así mismo, los artículos 41 y 42 de la misma obra al aplicar las penas principal y accesoria. Y de la misma manera, los artículos 106 y 168, *ibidem*.

Segundo cargo:

Lo desarrolla en el ámbito de la causal tercera. Luego de recordar las versiones de la denunciante y del condenado en lo atinente a la suscripción del instrumento, el casacionista advierte que de ellas se desprende una verdad meridiana, esto es, que el efecto de comercio fue entregado en forma voluntaria, y si se le da credibilidad a lo afirmado por Demetria, entonces Mogollón estaría incurso en un delito de abuso de confianza. Por consiguiente, al llamar a juicio por falsedad en documento privado y estafa, el Tribunal incurrió en nulidad al haber errado en la denominación jurídica de la infracción, lo que presupone dejar sin valor toda actuación a partir del auto de proceder, inclusive.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Se refiere en primer término al cargo de nulidad, poniendo de presente que los argumentos del censor se reducen a criticar el que se le haya dado mayor credibilidad al dicho de la denunciante en detrimento de la versión de su patrocinado, pero no se ocupa de analizar los medios de convicción que obran en el expediente, determinantes de la adecuación típica adoptada en el proceso. Al respecto, recuerda las palabras del Tribunal que detallan los ardides utilizados por el acusado como el fingir que destruía el documento en presencia de la denunciante para luego utilizarlo en la demanda ejecutiva que instaurara en su contra ante el Juzgado Primero (1º) Civil del Circuito de Sogamoso. En este aspecto, por tanto, considera el colaborador del Ministerio Público que la demanda es insuficiente para derribar la calificación que se le diera a los hechos punibles.

En lo que atañe a la violación indirecta de la ley resalta que su inconformidad se reduce a descalificar la valoración probatoria que hiciera el sentenciador, con lo cual traslada la impugnación al ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, inadmisible hoy en día ante la inexistencia de tarifa legal para calificar las pruebas, las cuales se examinan y justiprecian de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Además, cuando denuncia hipotéticos errores de hecho por suposición de pruebas, "...no atina más que a señalar criterios

generales que pueden influir en su valoración pero que, en modo alguno responden a su propósito inicial...", pues no muestra cuáles fueron las pruebas supuestas por el fallador, basando su aserto en las existentes en el proceso. Así las cosas, considera que debe desestimarse el libelo.

Por último y teniendo en cuenta la potestad de la Sala de casar oficiosamente cuando se halle presente una nulidad durante el estudio de una demanda de casación, la Delegada habla sobre el tema de la motivación de los proveídos, en especial de la sentencia de segundo grado. Al respecto advierte que la que impugnara la demanda de casación "...se limitó a afirmar la demostración de los hechos investigados y la responsabilidad del acusado, pero no penetró en el análisis de las pruebas ni otorgó espacio alguno, así fuera por decoro, a contestar los fundamentos de la impugnación...". Al no existir el análisis y valoración jurídica de las pruebas en que se funda la decisión, considera que se violó el artículo 29 de la Constitución Nacional, así como el 180 del C. de P. P. Por consiguiente, encontrándose afectada por el vicio únicamente la sentencia de segunda instancia, impetra de la Corporación proceda a casarla, dictando en su lugar la que corresponda.

Alegación de la parte civil:

Respecto al *primer cargo* asegura que no existe error alguno por parte del Tribunal pues las deposiciones que demerita el demandante son serias, rendidas bajo juramento ante la administración de justicia, en la que dan cuenta que "...ellas tuvieron conocimiento de que doña Mercedes Avendaño le había firmado una letra en blanco a Gonzalo Mogollón y que éste había hecho el truco de romperla, sin ser cierto". En lo que se refiere al resultado negativo del examen grafológico arguye que Mogollón "...tuvo el tiempo necesario y la oportunidad para buscar la máquina de escribir y llenar la letra".

Luego pone de presente las fechas de vencimiento del título para resaltar la mala fe del procesado pues ello se produjo cuando Mercedes se había retirado de su lado. Resalta, además, que era imposible para ella comprometerse a pagar una suma considerable cuando sólo contaba con su sueldo y sus prestaciones para pagar el inmueble que adquirió. Por consiguiente, tilda de mendaz la confesión de Mogollón y de honestas y responsables a las deponentes que infirman su dicho, pese a ser de "oídas", criticando el que se les pretenda negar toda validez sin que norma alguna así lo contemple. Luego se pregunta por la razón de creerle a Mogollón y negarle valor probatorio a la versión de la denunciante. Termina esta porción de su alegato advirtiendo que lo único probado es el cobro fraudulento de la letra en comento, amén de que la considera "...falsa en cuanto a su hechura y contenido por tratarse de una letra en blanco y firmada en confianza...".

En cuanto al *segundo error de hecho* considera que no le asiste razón al censor debido a que el testimonio que cita, o sea, el de Hernán Fonseca no da ninguna luz en torno al documento. Además, el que Mogollón hubiese invertido algún dinero en la compra del inmueble se encuentra dilucidado en la escritura número 1372, en la cual acepta haber recibido su dinero a satisfacción, calificando su dicho como "irrelevante, increíble, rebuscado, preparado calculadamente".

En lo que se refiere a los "quebrantos de la ley", estima el memorialista que tampoco tiene razón en este aspecto el actor. Aunque acepta que la letra fue firmada por la denunciante, también pone de presente que le fue entregada en blanco y aunque su falsedad material no pudo establecerse su uso es constitutivo de delito. De otra parte, exterioriza que no es común que se entregue un documento de este tipo en blanco pero la excepción confirma la regla. Todo se debió a la confianza que la víctima tenía en Mogollón.

En lo atinente al delito de estafa, considera que existe la certeza de que el acusado indujo a su representada en el error de que el documento que rompía era la letra que había firmado para respaldar unos repuestos. "Ese fue el artificio que utilizó", asegura, pero en realidad la guardó para utilizarla en el momento oportuno.

En seguida advierte que la demanda no logra desvirtuar los cargos formulados contra Mogollón. "La prueba directa y la indiciaria es sin duda indicativa de la responsabilidad penal del encartado quien inclusive aportó la escritura número 1372 del 6 de septiembre de 1982, en la cual acepta que recibió el precio de la venta. Luego doña Mercedes no tenía ningún motivo para firmarle letras respaldando deudas inexistentes". Tampoco hubo violación a los artículos 41 y 42 del C. de P. P. ni de los artículos 106 y 108 del C. P. "por cuanto el Tribunal cumplió a cabalidad la filosofía de dichas normas. Otra cosa bien distinta es que no se hubiera dado cumplimiento a dichos mandatos. Pero el solo hecho de no mencionarlos en la sentencia, jamás puede predicarse como violaciones esenciales por parte del juzgador, máxime cuando en la parte resolutiva se está refiriendo tácitamente a esas normas".

Finalmente, examina el *segundo reproche* formulado en el ámbito de la *causal tercera*. Le resta valor a las argumentaciones del casacionista debido a que Mogollón no pudo desvirtuar los cargos que se le formularon en su contra, sosteniendo que sí se tipifica un delito de estafa merced al ardid al que se refiriera renglones atrás pues sólo merced a esa simulación de romper la letra fue que logró silenciar los continuos reclamos de su compañera para que se la devolviera. A continuación recuerda nuevamente que este documento fue firmado por la denunciante para que sirviera de garantía por la compra de unos repuestos. Culmina su intervención, manifestando que los delitos demostrados son los de falsedad y estafa y no el de abuso de confianza.

Solicita, por consiguiente, se declare que la sentencia impugnada es ajustada a derecho "...y por consiguiente reitero mi pedimento de que *casen* (?) dicha sentencia".

La Corte:

En observancia al orden de prelación que para su estudio tienen las causales de casación, la Sala aborda en primer término el análisis del último reproche, cuyo ámbito es el de la causal tercera.

Segundo cargo:

Según el casacionista, el Tribunal incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción, al llamar a juicio a su defendido por falsedad y estafa en vez de abuso de confianza que es el comportamiento que se tipifica, teniendo en cuenta que el juzgador admitió que fue voluntaria la entrega que la denunciante hiciera de la letra a Gonzalo Mogollón. Al no mediar el artificio o engaño no se configura la conducta descrita en el artículo 356 del Código Penal.

La primera observación que amerita este cargo es la falta de demostración, ya que el libelista en lugar de controvertir la fundamentación que contiene la providencia calificatoria, se limita a hacer afirmaciones que no responden en su integridad a la verdad procesal, apoyándose en la credibilidad que le otorga a la disculpa ofrecida por el acusado.

En el llamamiento a juicio el Tribunal Superior estima probados los siguientes hechos: a) No es verdad que Demetria de las Mercedes le hubiera girado la letra de cambio a Gonzalo Mogollón para pagarle el valor de la mitad del inmueble que le compró, pues hay suficiente evidencia de que ese pago fue hecho cuando se firmó la escritura pública; b) La letra que la denunciante firmó en blanco años atrás fue para respaldar a Mogollón en la compra de algunos repuestos para su carro, y éste la indujo en error al hacerle creer que en su presencia la destruía, cuando realmente fue el título que llenó por valor de dos millones quinientos mil pesos ($ 2.500.000.00), y lo utilizó para obtener un provecho ilícito, mediante la demanda ejecutiva adelantada en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso.

Es una verdad a medias decir, como lo hace el demandante, que la ofendida entregó voluntariamente la letra, ya que lo cierto es que lo hizo pero creyendo que de esa forma estaba respaldando la compra de unos repuestos, no pensando que con ella podía posteriormente ser demandada, no obstante que se le hizo creer que había sido destruida. Tanto en la estafa como en el abuso de confianza la entrega del bien es voluntaria, la diferencia radica en que en el primero la voluntad está viciada por un error, mientras que en el segundo la voluntad está libre de todo vicio. Si para la adecuación típica del abuso de confianza

fuera suficiente tener en cuenta que el bien llegue a manos del sujeto activo por entrega del sujeto pasivo, sin importar si dicha entrega se debió a la inducción en error o a un acto consciente y libre, prácticamente desaparecería la estafa. En este punto radica la equivocación del libelista y lo inaceptable de su argumentación.

Ahora, en cuanto a la falsedad, no tiene ningún fundamento serio decir que no existió, pues si bien Demetria admite que suscribió la letra, también es indiscutible que esta fue llenada sin justificación alguna por una cifra que la hace aparecer como deudora de Mogollón cuando eso no se compadece con la realidad.

Tampoco es de recibo el sofístico razonamiento de que no hay falsedad porque nadie ha dicho que el título valor hubiese sido modificado, cambiado o alterado en su contenido, pues como ya se dijo, lo que en este caso configura la falsedad es haberse aprovechado de que fue firmado en blanco para introducirle un contenido ajeno a la verdad.

Desde un punto de vista técnico es oportuno destacar la contradicción que contiene el ataque, pues parte de la afirmación de que no existió la falsedad, evento en el cual ha debido formular el reproche en capítulo aparte, para luego concluir que sí existió, pero que de admitirse la tipificación del abuso de confianza quedaría comprendida dentro de este punible.

La Sala no ve cómo podría constituir abuso de confianza obtener un provecho ilícito utilizando para ello un documento falsificado, ni el impugnante lo demuestra, vacío que se suma a las demás falencias anotadas y que conducen a la desestimación de la censura.

El haber utilizado a la administración de justicia como medio para obtener el provecho ilícito, induciendo a un juez en error para que profiriera una sentencia contraria a la ley, podría constituir un fraude procesal en concurso con la estafa, lo cual no constituye error en la denominación jurídica, sino una deficiente calificación que no puede dar lugar a que se compulsen copias, porque se violaría la prohibición contenida en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, haciendo más gravosa la situación del procesado que en este caso es recurrente único, ya que no se trata de hechos que no hubieran sido objeto de la investigación, ni que el juez no los hubiere apreciado, sino simplemente que al formular los cargos no se tuvo en cuenta que lo ocurrido generaba una imputación más.

Violación indirecta:

1º Lo subdivide en dos errores de hecho. De entrada, en escrito común a ambos, lanza una frase preocupante. El yerro se cometió a consecuencia de error en el justiprecio de las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso. El desacierto técnico es indudable pues

coloca las falencias en el terreno del error de derecho por falso juicio de convicción, ataque estéril en este caso por la carencia de tarifa legal y por la observancia del juzgador respecto de las reglas de la sana crítica.

No es un *lapsus calami*. Las líneas posteriores confirman el tropiezo del casacionista quien después de anunciar que no es cierto que los hechos denunciados estén plenamente probados, asegura que "...no sólo son presentados en forma increíble e ilógica, sino que, no hay una sola prueba que los demuestre, ni siquiera que haga pensar, que son ciertas las afirmaciones de la denunciante". Palabras dicientes de sus intenciones: Restarle credibilidad a la versión de su contradictora y, por ende, rechazar el justiprecio que el Tribunal le otorgara.

Los renglones prosiguen y con ellos la falencia anotada. Luego de recordar la versión de Demetria dirige su atención a restarles trascendencia a los testigos de cargo, lildándolos "de oídas", pues apenas refieren lo que les dijera la denunciante. Y como si lo anterior fuera poco, ensalza la injurada de su patrocinado, calificándola de "sincera, lógica y creíble", rememorando a su paso todos los pormenores de su relato, al tiempo que trae a colación varias probanzas que, según su parecer, respaldan su aserto: Copia del pagaré del Banco Central Hipotecario que demuestra la deuda en cabeza de la pareja, la declaración testimonial de quien les vendió el inmueble y la escritura pública por la cual Mogollón le vendió la mitad del inmueble a Demetria, terminando esta parte de su escrito con una hipótesis propia que, como tal, queda al nivel de la simple opinión, al carecer de respaldo probatorio: Si la denunciante firmó la letra, es lógico "que también la haya llenado pues no es común que alguien entregue una letra en blanco...". Con este debate de estirpe instancial, dada la exhibición de tesis y su personal interpretación de los hechos, culmina la presentación genérica de los tropiezos del Tribunal.

El desacierto que esboza, formalmente pretende repararlo al anunciar la existencia de dos errores de hecho, cada uno de los cuales lo formula por separado.

2º La presentación del primer error de hecho es contradictoria. Según sus palabras el yerro se produjo al valorarse la prueba testimonial de cargo y el dicho de la denunciante "dándoles un contenido que no tienen". Apenas tres renglones y ya el tropiezo anunciado fracasa irremediablemente. La denuncia simultánea sobre un mismo elemento de juicio, de un error de hecho y otro de derecho, provocan la violación del principio de no contradicción. Incontables son las ocasiones en las que la Corte ha llamado la atención sobre el tema, rechazando tal presentación, dadas las diferencias excluyentes de los dos yerros, disímiles tanto en su naturaleza como en sus efectos.

A más de ello —y como se expresó en párrafos anteriores— su intento de cuestionar la credibilidad de la prueba testimonial de cargo,

implica un debate en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, alegación que no es de recibo ante la inexistencia de tarifa legal para evaluar las pruebas. Este terreno jamás lo abandona. Una a una las versiones son demeritadas, como "carentes de sentido", "mentirosas", "provenientes de parte interesada", etc. No sorprende, entonces, que para sacar avante sus tesis culmine su estudio del dicho de Demetria con la afirmación de que "no es posible, sin cometer error grave, tener como cierta esta declaración". Y pese a que cita otras probanzas como evidencias capaces de desvirtuar la prueba de cargo, aquí tampoco es afortunado el recurrente, pues aparte de mencionarlas, se abstiene de analizarlas y señalar respecto de ellas qué falencia se cometió, es decir, si fueron ignoradas o distorsionadas por el sentenciador.

La dilogía que plantea, y el silencio que guarda sobre los posibles yerros cometidos en las pruebas de descargo, provocan el desquiciamiento de la censura.

3º El segundo error de hecho sigue el mismo curso argumental de su antecesor, olvidando su esencia. El casacionista insiste en seguir el derrotero del error de derecho por falso juicio de convicción pues la razón de su inconformidad radica en habérsele negado "el valor probatorio a elementos de juicio allegados al proceso...". Pero incluso, tampoco le guarda fidelidad a este último ámbito. Luego de analizar la declaración de Hernán Fonseca vuelve sus ojos hacia el error de hecho por falso juicio de existencia aunque sin abandonar el de convicción. Según su parecer "el Tribunal incurrió en la falencia técnica al no tener en cuenta y por lo mismo restarle toda credibilidad a este testimonio...", refutación conceptual que termina por restarle toda seriedad al ataque. Contradice la lógica considerar que se ignoró una prueba pero al mismo tiempo se le valoró. Similar tropiezo comete al referirse a la escritura 1029, y mencionar que la ignoró pese a merecer "toda credibilidad".

El desarrollo de la objeción prosigue y con él, los desaciertos. El pagaré suscrito por la pareja a favor del Banco Central Hipotecario y la escritura 1372 (venta de Mogollón a Demetria) son señalados como probanzas ignoradas por el sentenciador. Sobre el particular razón le asiste a la Delegada cuando advera en relación a estos falsos juicios de existencia, que si bien es cierto el Tribunal no alude a ellas, el actor olvida "...que las sentencias de primera y segunda instancias conforman una unidad inescindible para los efectos de la decisión, finalmente cuestionada, y apoyado en la evidente omisión del sentenciador de segundo grado en cuanto a aquella prueba (se refiere a la escritura 1372) pretende obtener beneficios que no alcanza a especificar por cuanto no determinan en qué medida la apreciación de tal medio de convicción podría desvirtuar el fallo cuestionado".

En este orden de ideas se tiene que el *a quo* analizó con suficiencia estas probanzas, desechándolas por no encontrarlas acorde con la rea-

lidad procesal, pues, al sopesarlas, las encontró débiles frente a la fortaleza de la prueba de cargo. A su turno, el Tribunal no le formuló ninguna objeción al análisis y por ello tácitamente lo aprobó. El desenfoque del demandante es evidente y provoca la desestimación de sus razones.

Al final de la objeción no mejora su suerte. Luego de una fatigosa transcripción de la indagatoria, se limita a comentar que es "lógica, clara y creíble" y a continuación tilda las explicaciones de "indubitables". Opinión personal, como tal respetable, pero por completa inocua en sede de casación pues no contribuye a demostrar el yerro del Tribunal con base en el acervo probatorio.

El fracaso del cargo es su medida y así lo declara la Sala.

4. Pero la Corte aún no termina su tarea. La Delegada, basándose en la facultad oficiosa que le asiste a esta Colegiatura respecto de la causal tercera, solicita se declare sin valor la sentencia de segunda instancia por carecer de la motivación suficiente, apoyando sus palabras en el artículo 29 de la Carta y el 180 del C. de P. P. No admite que se pretenda restarle importancia a esta evidente nulidad pretendiendo que se supla la deficiencia "...con la simple referencia a actuaciones pasadas o a valoraciones y respuestas dadas por funcionarios de menor jerarquía, pues de procederse así, se estaría desconociendo, de paso, otro principio fundamental del debido proceso, el de la doble instancia...".

A renglón seguido, pone en relieve la Delegada que no bastan las consideraciones genéricas y abstractas ni de que se compartan los planteamientos del inferior "pues un tal proceder deslegitima la administración de justicia y hace perder toda fuerza moral a las decisiones judiciales". Más adelante, luego de rememorar los requisitos para la redacción de las sentencias, concluye que la verdad procesal no se puede establecer sino "a través del examen concienzudo y pormenorizado de lo acaecido en el plenario, con la exposición de las razones que dan validez a las conclusiones del fallador y le restan esa misma validez a los argumentos expuestos por la defensa". Por consiguiente, al *ad quem* también le es exigible "la concreción de las razones de su decisión y, por lo tanto, el análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión y los demás requisitos de la sentencia". Luego, la Delegada cita la porción de las consideraciones del Tribunal, parca en su presentación, sintiéndose la ausencia del análisis y valoración jurídica de las pruebas. Por consiguiente, solicita de la Sala casar la sentencia y dictar la que en derecho corresponda.

Es cierto —como lo sugiere la Delegada— que los fallos de segundo grado no son un simple requisito formal, limitados apenas a convalidar las tesis del inferior, en el supuesto de que las comparta. Su misión es la de revisar, el fallo recurrido o consultado, y atender,

analizar y responder las tesis de la parte inconforme. Sin embargo, no puede obligarse al fallador, en el evento de que la decisión de primera instancia se encuentre en un todo acorde con la realidad procesal, a repetir sus argumentos para llegar a idénticas conclusiones. En situaciones como estas, no obstante, debe exponer los motivos de su acuerdo con el *a quo*, es decir, responder con claridad y precisión, el porqué la decisión de primera instancia se ajusta a la realidad procesal y, por ende, indicar las razones que lo llevaron a desatender los razonamientos de la parte recurrente, si la hubiere.

En el caso de la especie y en un parco escrito, el defensor de Mogollón se limita a agitar como argumentos en favor de su poderdante la existencia de dos versiones en el proceso (denunciante y sindicado) cuyo único punto de divergencia es sobre la persona que la llenó, resaltando que así lo hubiese hecho el imputado, estaba facultado para ello por el Código de Comercio. Si la llenó por una suma diferente a la acordada considera que cometió otra infracción pero no un delito de falsedad. De otro lado advierte sobre la inexistencia de prueba idónea que respalde la exégesis de la denunciante, destacando su intención de engañar a la administración de justicia cuando advierte que ella fue la única compradora del inmueble y que sólo vino a darse cuenta de que Mogollón figuraba en la escritura después de su elaboración. Esto no es cierto —dice - y le resta credibilidad a sus palabras ya que el vendedor del predio aclara que la negociación la llevó a cabo con el propio imputado.

La obligación del Tribunal, por consiguiente, era repasar el recaudo probatorio junto con la sentencia apelada y las alegaciones de las partes para proferir su decisión. Así lo hizo. Aunque el fallo no puede considerarse como una pieza ejemplar de análisis, el proveído cumple con las preceptivas legales. Luego de rememorar los hechos materia de investigación así como los antecedentes procesales y los fundamentos de la sentencia, dedica un espacio a los motivos de impugnación.

A continuación hace un recuento de los elementos de juicio aportados al proceso, dando cuenta de la prueba testimonial y precisando la calificación jurídica de los hechos y la situación del procesado. En este punto es donde radicaría la controversia si se le mirara insularmente pues apenas se limita a revalidar las tesis del *a quo*, dando por demostrados los sucesos denunciados, sin mayores aclaraciones. Sin embargo, si se analizan sus palabras anteriores y la poquedad argumental de la defensa, unida todo a la sentencia de primera instancia, se encuentra la motivación suficiente que exige la ley.

No niega la Sala que el Tribunal hubiese podido profundizar más en el asunto, agregar nuevos tópicos de análisis, escudriñar mejor el suceso criminoso, en fin, ser prolijo en las argumentaciones y detallista en grado sumo al momento de tratar las pruebas y sus implicaciones. Si así lo hubiese hecho, seguramente el proveimiento merecería los

más altos elogios. Pero apenas se limitó a cumplir con su deber, dentro de los lindes mínimos que le exige la normatividad. De todas maneras, la motivación es suficiente y no comporta vicio que afecte su estructura.

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 NO. *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz* NO. *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez,* salvo mi voto.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ESTAFA / FALSEDAD
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

La actividad creadora en un documento no es conducta que afecte el bien jurídico de la fe pública y sí presupuesto del delito de la estafa. Si la imitatio —que es parte integral del tipo de falsedad— no se da en el caso penal, el hecho deriva hacia formas comunes de fraude. En esta específica ocurrencia donde el documento falsificado se inventa o se crea —sin asumir imitación de lo verdadero— no es relevante el quehacer falsario y en todo caso el hecho no se acondiciona a esta tipicidad.

Cualquiera que sea el error de mis preocupaciones tengo para mí que los autos apuntan a demostrar la presencia de dos títulos penales: Estafa y fraude procesal. Es lo que yo apercibo con toda nitidez, lamentando, de verdad, que el criterio de la Sala no haya logrado convencerme y así, digo:

a) La historia procesal muestra con claridad dos etapas perfectamente diferenciables. La primera acaece cuando el procesado convence a su concubina de firmarle una letra de cambio supuestamente para servir de garantía a la compra de unos repuestos con destino a un automotor. La segunda, cuando la llena a su acomodo, haciéndola aparecer como deudora suya de una suma importante de dinero y acude con el título circulatorio ante la jurisdicción civil para su cobro coactivo.

En lo que se refiere al primer comportamiento, meridiano resulta su encuadramiento dentro del tipo penal de la estafa. El primero de sus elementos estructurales es el despliegue que hace el sujeto activo de artificios, engaños y trapisondas destinados a hacer caer en error a la víctima. Como quiera que Mogollón para la época del suceso criminoso manejaba un automóvil de su propiedad, le solicitó a Demetria Avendaño que le colaborara para ponerlo en funcionamiento, mediante la firma de una letra de cambio, como respaldo o garantía de la compra de los repuestos necesarios. Como Mogollón aparentaba no contar con el dinero suficiente para ello, Demetria aceptó la petición y firmó el documento, estructurándose el segundo elemento del delito: El error o falso juicio de quien sufre el engaño, determinado por el ardid. Sin embargo, su amante no obtuvo el provecho ilícito esperado pues aun-

que intentó su cobro por medio de la administración de justicia, su intento se vio frustrado por la denuncia que llevó a revelar la verdad de su comportamiento, pese a que consiguió embargar el inmueble de Demetria, pero sin lograr el cobro efectivo de la letra en referencia. Así las cosas, esta conducta, al no realizarse este tercer elemento del ilícito, convierte la estafa en tentada;

b) Con relación a la restante conducta, es de ver que ya en posesión del documento, Mogollón Morales acude ante un juez de la República para obtener su cobro. Razón le asiste a la Sala cuando afirma —y en esto la acompaño— que la utilización que hiciera el procesado de la administración de justicia para conseguir sus proclives fines determina un fraude procesal. Es claro que con el falseamiento de la verdad perseguía engañar al fallador para que dictara una sentencia injusta y contraria a derecho;

c) La razón de mi inconformidad versa sobre la tipificación que hace la Sala de un delito de falsedad. No creo en la realidad ónfica de este delito-tipo. La firma de Demetria es la legítima y auténtica. El sujeto de la conducta ni remedó, ni imitó, ni creó la firma libradora por cuanto —como bien se conoce— la mujer, bajo los engaños y trapisondas conocidas, había firmado con antelación la letra de cambio. He creído siempre que la actividad creadora en un documento no es conducta que afecte el bien jurídico de la fe pública y sí presupuesto del delito de la estafa. Si la *imitatio* —que es parte integral del tipo de falsedad— no se da en el caso penal, el hecho deriva hacia formas comunes de fraude. En esta específica ocurrencia donde el documento falsificado se inventa o se crea —sin asumir imitación de lo verdadero— no es relevante el quehacer falsario y en todo caso el hecho no se acondiciona a esta tipicidad. Creo, entonces, que esa "delincuencia falsaria" al estar en función del plan o modo de actuación de Mogollón Morales apenas constituyó en el recorrido del *inter criminis* una acción precursora de la conducta pergeñada en el tipo del artículo 183 del C. P. Nada más. Debió, pues, la Sala decretar la nulidad de la actuación por errónea calificación de las conductas.

Con mi pensamiento propio he expuesto lo que considero sea la situación del caso. Por cierto que observo que los planteos de aquí o de allá tienen la virtud de permitir algunas reflexiones y cálculos, así mis opiniones lleven las de perder.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra*.

INDICIO / ERROR DE HECHO

Tiene sentado la jurisprudencia que si la valoración del indicio es lo que se ataca en sede de casación, se debe acudir al ERROR DE HECHO.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 34.

Vistos:

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el 8 de abril de 1992, condenó a *Fernando Pérez Peña, Janeth Ortiz Díaz* y *Hugo Hernán León Rodríguez* a la pena principal de *dieciocho (18) meses de prisión*, a las accesorias de ley y al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, como coautores del delito de *falsedad en documento privado*. Y, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, el 1º de octubre del año inmediatamente anterior le impartió integral confirmación. Fue contra esta última determinación que se interpuso recurso de casación por parte de los abogados de los dos últimos condenados arriba mencionados, siendo concedida la impugnación por auto de noviembre 6 de 1992 y declaradas ajustadas las demandas formalmente a los requisitos de ley el 11 de mayo del año en curso.

De los hechos y de la actuación procesal:

Los primeros se refieren a que en el mes de agosto de mil novecientos ochenta y seis, de las oficinas del Banco de Bogotá, sucursal San Diego, y de la chequera destinada a la gerencia, fueron sustraídos los formatos correspondientes a los números 4794894, 4794898 y 4794880, de los cuales los dos primeros fueron cobrados por ventanilla, el 19 y 27 de agosto, respectivamente y por valor de $ 840.000.00 y $ 960.000.00, que habían sido girados a nombre de Jaime Martínez Echeverry y Marco Tulio Rojas Lozano y que tenían por fecha de giro la de 15 y 26 de agosto. El tercero de los instrumentos negociables no alcanzó a

hacerse efectivo porque el mismo 27 de agosto, cuando la auxiliar de cuentas corrientes, Maritza Ulloa Dueñas, pretendió girar un cheque, descubrió la falta de uno de ellos, y puestos en las indagaciones de rigor, se estableció que los sustraídos habían sido tres (3).

Y, sobre la *actuación procesal*, se tiene que fue el Juzgado Sesenta y Uno de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá el funcionario que dispuso indagación preliminar y, luego, sin mayor actuación, ordenó la apertura de investigación penal (auto de octubre 1º de 1986). Escuchó, entonces, la injurada de Fernando Padilla Villalobos, Janeth Ortiz Díaz y Fernando Pérez Peña, resolviéndoles su situación jurídica (diciembre 22 de 1986), con restricción de la libertad únicamente para el último de los mencionados, por los delitos de falsedad en documento privado y estafa.

Al comenzar la vigencia del estatuto de procedimiento penal de 1987, el Juzgado 22 Superior de Santafé de Bogotá que venía conociendo del asunto, ordenó la remisión del expediente al Juzgado de Instrucción Criminal, *reparto*, por competencia, correspondiéndole al Cincuenta y Cinco. Y, ante petición que formalizara ante su despacho el agente del Ministerio Público, revocó la medida de aseguramiento que pesaba contra Pérez Peña, a quien en su lugar cobijó con la de caución prendaria.

Por auto de abril 8 de 1988, el Juzgado Sesenta y Uno de Instrucción, a donde había regresado el expediente, dispuso la vinculación procesal de Jaime Martínez Echeverry y Marco Tulio Rojas Lozano, presuntos beneficiarios de los cheques materia de la investigación, para lo cual hubo de librar órdenes de captura. Y, como así no se logró su aprehensión, previo su emplazamiento por el término legal, se les declaró personas ausentes, designándoseles un defensor de oficio (auto de septiembre 8 de 1988).

Enterado del asunto que se adelantaba en su contra, Jaime Martínez Echeverry se presentó a rendir indagatoria y el Juzgado Instructor (ahora el Cuarenta de Instrucción) le resolvió su situación jurídica absteniéndose de decretar medida de aseguramiento en su contra. Y, el 1º de abril de 1989, se profirió a su favor cesación de procedimiento.

La investigación se declaró "cerrada" por auto de abril 25 de 1989, calificándose el 12 de junio del mismo año, con reapertura de la averiguación. El 18 de julio de 1989, se recepcionó la indagatoria de Martha Lucía Valencia de Coba y, por auto de agosto 2, la vinculación procesal de Hugo Hernán León Gutiérrez y Luis Alberto Mesa Torres, escuchándoseles la correspondiente injurada.

Marco Tulio Rojas Lozano, enterado de que se le requería penalmente, se presentó a rendir indagatoria y, cumplida esta diligencia, fue dejado en libertad (auto de agosto 2 de 1989). Fue el 8 de agosto del mismo año cuando se cumplió la injurada de Maritza Ulloa Dueñas.

Y, el 27 de septiembre siguiente, nuevamente se declaró cerrada la investigación, calificándose el mérito del sumario el 20 de febrero de 1990, con *resolución de acusación* en contra de Fernando Pérez Peña, Janeth Ortiz Díaz, Hugo Hernán León Gutiérrez, Martha Lucía Valencia de Coba, Fernando Padilla Villalobos y Luis Alberto Mesa Torres, como coautores materiales de los delitos de *falsedad en documento privado y estafa*; también se dispuso la cesación de procedimiento a favor de Maritza Ulloa Dueñas y Marco Tulio Rojas Lozano. Apelado, oportunamente, el calificatorio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, desató la instancia, el 27 de mayo de 1991, confirmando la resolución de acusación proferida en contra de Fernando Pérez Peña, Janeth Ortiz Díaz, Hugo Hernán León Gutiérrez y Luis Alberto Mesa Torres, "reformándola en el sentido de que procede por falsificación documental únicamente (en concurso homogéneo sucesivo) y no por estafa" y revocando la misma decisión, así como las medidas de aseguramiento, en relación con los procesados Martha Lucía Valencia y Fernando Padilla Villalobos. En firme la resolución de acusación, el proceso llegó al Juzgado Quinto Penal del Circuito, funcionario este que avocó su conocimiento el 11 de julio de 1991. Agotada la etapa del juicio, se profirió sentencia de primera instancia (abril 8 de 1992), condenando a Fernando Pérez Peña, Janeth Ortiz Díaz y Hugo Hernán León Gutiérrez, según quedó visto, y absolviendo a Luis Alberto Mesa Torres.

De las demandas de casación:

1. Demanda formulada a nombre de Janeth Ortiz Díaz.

Causal primera. Cargo primero. Violación *directa* de la ley sustancial (art. 221 del Código Penal), por indebida aplicación. Falló el Tribunal al adecuar la conducta de Ortiz D. en el tipo de la falsedad en documento privado, pues es innegable que "de la apreciación conjunta de todos y cada uno de los elementos probatorios allegados al proceso, a la luz de los parámetros de la sana crítica, se demostró fehacientemente que mi representada *no fue la autora material de la falsificación de dichos instrumentos negociables*, pues las pruebas técnicas y periciales establecieron que ninguna de las muestras escriturales tomadas a aquella, corresponden grafológicamente a las rúbricas tanto de firmas autorizadas como de endosos que aparecen en los títulos falsificados".

Se sostiene en la sentencia atacada que la conducta de Ortiz D. está referida es al *uso* que a los títulos espurios se les dio, uso que se encuentra comprobado con la presentación de los mismos para su pago, lo que en efecto se logró. El Tribunal fundamenta la adecuación típica en jurisprudencia que afirma que: "El nuevo Código Penal solamente describe como *falsedad en documento privado* que pueda servir de prueba, su falsificación *cuando el agente lo usa* (art. 221). La codificación punitiva ha creado, pues, un tipo de dos actos, el de falsi-

ficación de documento privado y el de su posterior uso, *de tal manera que sin la realización de ambas acciones sucesivamente ejecutadas por el mismo agente, tal comportamiento no se adecuara al nuevo tipo penal*" (C. S. J. Sala de Casación Penal, auto de julio 7 de 1981). "Discrepo con obsecuencia del planteamiento expuesto por el Tribunal en la sentencia atacada, pues es claro que del texto e interpretación acertada que ha de dársele a la norma que prevé tal hecho punible, así como a la citada jurisprudencia, de ello se desprende con diáfana claridad que la *acción de pago* no se la puede tomar ni adecuar al segundo acto —el de uso— previsto en el artículo 221 del Estatuto Penal Sustantivo, pues es en verdad imprescindible que dicho acto sea ejecutado por el mismo y único agente —no otro— que haya realizado la conducta de la falsificación del documento.

"De lo anterior se coligo y en el caso *sub lite* que la *acción de cobro* es la que se ajusta a la acción de uso y no la inversa, esto es, la acción de pago, toda vez que esta acción —*pago*— fue realizada por persona diferente —valga decir mi representada— al agente autor de la falsificación de los instrumentos negociables, quien para dicho cobro estaba realizando el segundo acto del tipo penal en comento, es decir, estaba usando el documento falsificado...".

El comportamiento, pues, de Ortiz D., es *atípico*. Y, la Corte, en su Sala de Casación Penal, debe casar la sentencia acusada y, en su lugar, disponer su *absolución*.

Causal primera, cargo segundo. Violación *indirecta* de la ley sustancial (art. 221, C. P.) por errónea valoración de la prueba indirecta. Se incurrió en manifiesto error de hecho al valorar erradamente el indicio de *oportunidad para delinquir*, "cargo este que por ser excluyente frente al cargo primero, propongo de manera *subsidiaria*".

"Deduce la sentencia del Tribunal que por el hecho de ser mi representada cajera auxiliar número tres (3) de la sucursal bancaria, sólo de ella dependía que se pudiera dar uso al cheque de gerencia falsificado, pues dada su experiencia, el monto del mismo y las instrucciones recibidas, fácilmente si ella hubiera sido ajena a los hechos, habría podido detectar las irregularidades de dicho instrumento".

La conclusión del Tribunal ha de "desvertebrarse" por cuando Ortiz Díaz actuó de conformidad a las instrucciones de su jefe inmediato y *observó los procedimientos establecidos por el banco* y si ciertamente ella hubiera estado comprometida en la empresa delictiva, otro habría sido su comportamiento. Se sigue, entonces, la buena fe con que obró "mi representada, y si bien es cierto subsisten dentro del proceso algunas suposiciones, en manera alguna éstas pueden conducir a la certeza sobre la responsabilidad en cabeza de ésta. Por tanto es equivocado y contra derecho seguir sosteniendo el valor que erradamente el Tribunal ha predicado del cargo desempeñado por mi procurada y, por lo mismo, tomar tal labor como indicio grave en su contra,

...,reviviendo de esta manera el ya nefasto y abolido *peligrosismo*, esto es, juzgando por lo que se és y no por lo que se hace, desconociendo de tajo el sabio principio de la presunción de inocencia, así como la individualidad e indivisibilidad de los actos, al decir de ésta que utilizó su cargo para que se diera el uso del instrumento negociable falsificado, cuando en verdad nada sabía ella sobre la procedencia ilícita del dicho título, y que si lo pagó, ello no entraña participación en el reato, pues *tan solo cumplía con su deber* y más tratándose de un cheque de gerencia de la misma sucursal bancaria lo que conlleva confiabilidad para el cajero". En consecuencia, se debe casar la sentencia y, en su lugar, disponer la absolución de Janeth Ortiz Díaz.

Causal primera. Cargo tercero. Incurre también la sentencia de segunda instancia atacada, en violación *indirecta* del artículo *221* del Código Penal, por manifiesto error de hecho al *valorar erradamente* el alcance de la prueba indirecta de las *huellas materiales del delito*, "pues la misma carece de las formalidades legales, tal y como lo norma el artículo 246 del C. P. P., concordante con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional. Cargo este que así como el anterior, por ser excluyente frente al *cargo primero*, propongo *de manera subsidiaria*".

Si bien es cierto las diversas pruebas técnicas fueron decretadas en oportunidad por el funciario competente, una vez practicadas, *sus resultados no fueron colocados a disposición de las partes por el término legal*, tal como lo manda el ordenamiento legal, para que los sujetos procesales pudieran ejercer el principio de contradicción de la prueba.

"...En consecuencia, el Tribunal en su providencia no ha debido darle a dichos estudios técnicos o dictámenes periciales el valor y alcance probatorio del que en verdad carecen, al predicar como indicio grave en contra de mi representada, el hecho de que la foto que ésta tomó al cobrador del instrumento por ella pagado, haya quedado desenfocada y con subexposición, ni predicar frente a la impresión dactilar su imposibilidad de identificar al cobrador del título valor, ni predicar que el mismo se encontraba enmendado, endilgándole de suyo el uso de éste, basando su decisión en los dictámenes aludidos, a más de la posterior declaración del perito fotógrafo, los que como ha quedado dicho carecen de las formalidades de ley para su valoración, aunado a ello su virtual *nulidad* conforme así lo reza el precepto constitucional atrás citado".

Se debe, pues, casar la sentencia y, en su lugar, disponer la absolución de Janeth Ortiz Díaz.

2. Demanda formulada a nombre de Hugo Hernán León Gutiérrez.

"La causal de casación que invoco es la primera de las consagradas en el artículo *220* del C. de P. Penal. *Primer cargo:* La sentencia impugnada *viola indirectamente* por aplicación indebida, el artículo *221*

del Código Penal que estatuye que quien falsifique un documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años. Aplicación indebida de dicha norma sustantiva en relación con los artículos *36* del mismo estatuto penal que se aplicó indebidamente, así como con los artículos *266* a *277* del C. de P. P., especialmente el artículo *276* del mismo estatuto de procedimiento, *relacionado con el conocimiento del dictamen que se dejó de aplicarlo*, debiendo ser aplicado. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes en los autos, provenientes de *equivocada apreciación de los elementos probatorios*".

a) El indicio de la oportunidad para delinquir.

Este indicio no tiene la "entidad, gravedad o seriedad" que le concedió el Tribunal, "empezando por la circunstancia de que si mi representado se encontraba en la oportunidad de cometer el reato, ello se debió a que era empleado del banco y en cumplimiento de sus funciones estaba obligado a entregar y a recibir en custodia las chequeras de todas las secciones. De otro lado, no es menos cierto que a la chequera de la cual se sustrajeron los tres formatos, dos de los cuales se utilizaron en la comisión del ilícito, *tenían acceso diferente personas . . .*", tal como se aprecia en la correspondiente *prueba testimonial que no fue valorada por el Tribunal*. Así, Maritza Ulloa Dueñas, a quien su jefe inmediato, indebidamente, le delegó el manejo de la chequera de gerencia de la sección de cuentas corrientes, y de la que se sustrajeron los tres formatos de marras. Y, era a ella a quien más se le facilitaba la sustracción de los cheques por lo ya indicado, "pues quién podía pensar que ejecutaba labores distintas a las que le habían asignado". Ulloa D., además, recibía diariamente de manos de Hugo Hernán León Gutiérrez los señalados formatos en sobre "cocido con grapas", sin que en momento alguno haya denunciado la violación de las pocas seguridades que se le imponían al sobre respectivo y que, a su turno, de ella misma había recibido el día anterior para su custodia, con las precisadas protecciones. La Ulloa tampoco ejercía control alguno respecto de los talonarios que recibía o entregaba, pese a que estaba advertida de que en otra oficina se había extraviado ya un talonario similar.

Luis Alberto Mesa Torres, también sindicado dentro del presente proceso, comentó del desorden con el que se manejaban los formatos de cheques de gerencia, sin seguridad alguna y que, inclusive, él mismo había tenido acceso, en algunas oportunidades, a ellos. Ruby Doris Acosta, señaló que a la chequera de gerencia tenían acceso muchas personas. Según el informe de la Superintendencia Bancaria, la misma Maritza Ulloa, refirió que "la chequera permanecía en su escritorio, el cual era cerrado únicamente a la hora de su almuerzo". José Iván Matallana declaró que con base en la investigación administrativa que adelantó el banco, se concluyó que "había responsabilidad por parte de Maritza Ulloa Dueñas por no tener las debidas seguridades y bajo

un control directo, tanto el reconteo como la custodia del talonario de chequeras de gerencia, facilitando la comisión del hecho punible...".

De todas las anteriores pruebas se impone concluir —acota el censor— que "el indicio de *oportunidad para delinquir* señala a tantas personas que *es osado calificarlo de carácter grave*" y "no pasa de ser un indicio leve, más concretamente es una simple sospecha". Constituye entonces un error manifiesto del Tribunal aseverar que el hecho indicado sea que León Gutiérrez se sustrajo los multicitados títulos para los conocidos fines delictivos.

b) El indicio de la tenencia de objetos con que se haya cometido el hecho punible.

El error evidente de hecho del Tribunal está "en dar por demostrado, sin estarlo, este indicio". Ello se demuestra así: El Tribunal señala como hechos indicadores, en este caso, la "presencia del sello de levantamiento de canje en uno de los cheques dubitados, según concluyó el experticio técnico", y el manejo exclusivo que de tal sello tenía el procesado León Gutiérrez. Pero, "respecto a la presencia del sello para el levantamiento del cruce y proceder al pago por ventanilla, observo que según consta en comunicación documental que luego precisaré, el Banco sucursal San Diego entregó catorce (14) sellos que utilizaba dicha entidad bancaria para el levantamiento del cruce para pagar los cheques por caja". Pero, el gerente de la sucursal no identifica cuál de los sellos es el correspondiente a la sección fiduciaria. Y, los técnicos expresaron que sólo dos de ellos podían ser analizados, dado el deterioro que presentan, entintado y empastado, pero sin que en forma alguna se concluyera que uno de ellos era de la sección fiduciaria. Con todo, *el Tribunal aseveró que el sello que figura al reverso del cheque 4794898, es el de la sección fiduciaria*. Esto constituye un error manifiesto. Y, el Tribunal, como consideró que el informe de la DIJIN era un dictamen "debía haberlo puesto en conocimiento de las partes para su debate y contradicción como lo preceptúan los artículos 266 a 277 del C. P. P. vigente en ese entonces, especialmente el artículo 270 que lo señaló como violado indirectamente".

De otra parte, Maritza Ulloa Dueñas, en su indagatoria, refirió que el jefe de Fiducia dejaba encima de su escritorio el sello que él exclusivamente manejaba; luego es de concluirse —señala el censor— que *cualquier empleado de la sucursal bancaria podía utilizar ilícitamente el precitado sello*. El oficio que la Superintendencia Bancaria remitió al funcionario instructor, precisa también que el sello de levantamiento del cruce restrictivo era operado tanto por el jefe de la sección fiduciaria como por su auxiliar. Existe, entonces, un ostensible error al afirmarse que León Gutiérrez era quien manejaba el citado implemento *con exclusividad*.

Para el demandante, el auxiliar de sección fiduciaria, Amaya Laverde, declaró en el sentido de que el sello *era utilizado indistintamente*

por él o por su jefe; pero que el Tribunal no tuvo en cuenta este testimonio y de ahí las conclusiones a que arribó. Entonces, si está demostrado que varias personas tenían oportunidad de usar el multicitado sello, el indicio analizado adquiere un carácter leve que, equivocadamente, no le dio el sentenciador.

Los indicios, aún correlacionados, según el impugnante, no dan la certeza requerida sobre la "conducta típica y antijurídica y culpable". Si a lo anterior se agrega el concepto favorable del Ministerio Público en las instancias, es de esperarse que el cargo sea despachado favorablemente.

Segundo cargo. "La sentencia impugnada *viola indirectamente* el artículo *221* del C. P. debido a equivocada apreciación de las pruebas que recayeron sobre los elementos constitutivos del delito, violación que se hizo en relación de los artículos *35* y *36* del mismo estatuto sustantivo, que, en su orden, se dejó de aplicar y se aplicó indebidamente".

El censor señala tres errores evidentes, en los cuales el Tribunal dio por demostrados, sin estarlo, hechos que fueron fundamento de la sentencia. Así, *a)* Que Hugo Hernán León Gutiérrez fue coparticipe de la falsificación de los conocidos formatos; *b)* Que el mismo procesado hizo uso de los dos instrumentos falsos, y *c)* Que actuó dolosamente en complicidad con los demás sentenciados.

El Tribunal, al sostener que la conducta de León Gutiérrez se adecúa tipo penal de la falsedad en documento privado, erró ostensiblemente. La verdad es que *nada existe que indique, así sea levemente, que León G. participó en la falsificación de tales instrumentos negociables*, directa o indirectamente, en cooperación o participación con los cajeros pagadores Fernando Pérez Peña y Janeth Ortiz Díaz. Del experticio realizado sobre los manuscritos que obran en los cheques, se concluye que los signos gráficos allí estampados son diferentes a los que impone Hugo Hernán León Gutiérrez. De otro lado, que, éste, *no hurtó los cheques* se demuestra, con la injurada de Maritza Ulloa Dueñas y las declaraciones de Luis Alberto Mesa Torres y Ruby Doris Acosta, de cuyos contenidos resalta que muchas personas tenían acceso a la chequera de gerencia y de ahí que el indicio de *oportunidad para delinquir* sea de carácter leve y no grave como lo consideró el sentenciador.

En cuanto al segundo error señalado, según los cajeros pagadores del banco, se tiene que quienes cobraron los cheques espurios fueron Jaime Martínez Echeverry y Marco Tulio Rojas Lozano, siendo León Gutiérrez *totalmente ajeno al cobro o uso de los cheques*.

Entonces, si León G., ni sustrajo los formatos de los cheques, ni menos intervino en su falsificación, ni usó los elementos con los que se perpetró el reato de falsedad en documento privado, constituye un

error manifiesto asegurar que está incurso en esta ilicitud, pues ni el tipo plasmado en el artículo 221 lo permite, ni la jurisprudencia en la que apoya el Tribunal su fallo.

Finalmente, respecto del sello que se dice ser de la sección fiduciaria, se debe colocar de presente que *los dictámenes* practicados durante el proceso (fls. 744 y sucesivos del cuaderno número 1 y fls. 46 y sucesivos del cuaderno de la parte civil) *no fueron puestos a disposición de los sujetos procesales*, por lo que no existió contradicción sobre ellos, tal como lo ordenan los artículos 270 del C. P. P. vigente y el *276* del anterior estatuto "y que debía aplicarse inexorablemente por ser norma vigente en ese entonces".

Se reitera la atipicidad de la conducta, por lo ya expresado y se remata concretando el "tercer error", en el sentido de que, demostrado como están los errores 1 y 2, "no puede concluirse lógicamente que (León Gutiérrez) obró dolosamente, esto es, que conoció el hecho punible de la falsificación del documento privado y quiso su realización".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada:

1. Sobre la demanda presentada a nombre de Janeth Ortiz Díaz. Primer cargo.

Ha sostenido la Corte:

> "...La doctrina se muestra pacífica en señalar que, *cuando se pretende un debate probatorio, no es dable invocar la violación directa*, ya que en esta clase de censura se respetan las valoraciones fácticas o los hechos, tales como vienen dados por el Tribunal, centrándose la controversia en los aspectos jurídicos, 'ya porque la norma no tiene existencia jurídica, o tiene plena vigencia jurídica pero se la desconoce, o cuando se deja de aplicar el precepto que corresponde porque objetiva o subjetivamente se ignora, no se sabe o no se quiere saber de su existencia *(aspecto de la falta de aplicación o exclusión evidente)* o porque existe equivocación en el proceso de selección de la norma aplicable al caso en examen por no ser la que lo contempla o subsume. Hay un error de «*diagnosis jurídica*». Se deja de aplicar la norma adecuada para utilizar la que no corresponde al caso juzgado, pero que tiene existencia *(aplicación indebida)*. ... En la *interpretación errónea* hay simplemente un error de «sentido» de hermenéutica porque el juzgador acierta en la selección de la norma sustancial aplicable, pero le da un sentido y alcance equivocados, contrarios a la voluntad del legislador' ..." (Magistrado ponente doctor Carreño Luengas, Casación septiembre 26 de 1989).

Y, bien, no obstante anunciar el censor una violación *directa* de la ley sustancial, lo que desarrolla es una *indirecta*, pues no hace cosa distinta que criticar el enfoque, interpretación o significación que a la realidad probatoria o a los hechos le dio el sentenciador, ya que mientras para éste obra asaz probada la materialidad de la infracción de la falsedad en documento privado, para el demandante lo que la prueba demuestra es todo lo contrario, pues lo que se comprobó fue que "mi representada no fue la autora material de la falsificación de dichos instrumentos negociables". El asunto termina, pues, en un enfrentamiento del personalísimo criterio del actor con el del juzgador y, en caso tal, es verdad conocida sobradamente que se impone la opinión plasmada en la sentencia, pues que goza de la doble presunción de acierto y de legalidad.

De otra parte, acierta la Delegada cuando enfatiza que la jurisprudencia que, citada en la sentencia, remembra ahora el demandante para predicar que fue el fundamento del juzgador para señalar la perfecta armonía entre la conducta juzgada y la norma penal *(tipicidad)*, en verdad se trajo a colación exclusivamente en apoyo de las razones del *ad quem*, que partieron ellas de las pruebas recaudadas y a las que no se refiere el recurrente. Efectivamente, antes de la referencia a la citada doctrina el sentenciador había pormenorizado las diversas pruebas técnicas que se cumplieron sobre los documentos dubitados y su confrontación con las muestras caligráficas y de impresión (los indubitados), para arribar así a la irrebatible conclusión de que los cheques de gerencia de autos, ciertamente, eran el producto de una falsificación de sellos y firmas. Y de allí que hubiera asegurado:

"...Las pruebas reseñadas permiten concluir que los formatos de los instrumentos negociables en cuestión fueron tomados de la chequera de gerencia de la sección de cuentas corrientes; que sobre los mismos se produjo alteración de la verdad documental por imitación y reproducción de signos, firmas y endosos de los instrumentos...".

La jurisprudencia de marras se citó, pues, con posterioridad a lo ya especificado y sólo después también de apuntar otros señalamientos doctrinarios sobre el particular. Bien alejado, entonces, de la realidad que es sostener que aquella, *per se*, fue la base de la demostrada tipicidad de la conducta de Janeth Ortiz Díaz.

El demandante también señala que la *acción de pago* fue la única en la que participó su representada y que la *acción de cobro* que fue cumplida por un tercero es la que se ajusta a la "*acción de uso*"; que, ese tercero, estaba así realizando el segundo acto del tipo penal de que se trata, esto es, "estaba usando el documento falsificado". Luego —concluye el censor—, Ortiz Díaz no verificó ninguna conducta típica, pues ni falsificó los documentos, ni los usó, lo que se desprende inclusive de la cita de la jurisprudencia que se cumplió en la sentencia.

Olvida el censor que el fallo en ningún momento derivó la culpabilidad de Janeth Ortiz Díaz del hecho de haber considerado la circunstancia del pago del instrumento falso como el uso del mismo; ni sostuvo que ese pago, aisladamente considerado, constituyera la tipicidad del hecho delictivo por el que se condenó a Ortiz D. No, lo que sí se precisó fue que los condenados habían obrado dentro del fenómeno de la *coparticipación* criminal, con plena distribución previa de acciones delictivas a cumplirse. Por ello atina la Delegada, cuando sobre este tópico precisa que se operó en *coautoría*, "entendida esta como la participación en el delito *propio*, que no ajeno, en razón a que los actos realizados permiten ampliar la incriminación más allá de los simples autores materiales. No se requiere dentro de esta perspectiva, en consecuencia, que la mencionada procesada haya intervenido materialmente en la creación del documento falso, pero tampoco que haya utilizado directamente el instrumento. Lo que da pie para fundamentar la acusación en su contra es que todo el proceso falsario y defraudador se planeó y ejecutó por un grupo de personas que se repartieron las labores necesarias para la consumación del ilícito, algunas de las cuales correspondió ejecutar a la Ortiz Díaz, siendo una de ellas la de pagar uno de los cheques sin someterlo a los controles establecidos previamente por las autoridades bancarias".

Y agrega la Corte, lo que el caudal probatorio arroja es que si no se hubiera obrado con esa distribución de acciones delictivas para los empleados bancarios, el delito no hubiera nunca llegado a agotarse, esto es, que los cheques de gerencia espurios jamás habrían sido cobrados y quienes estarían ahora con el *iuri* de condenados no serían los que aquí resultaron siéndolo, sino aquellos que hubieran pretendido hacerlos efectivos, pues que entonces la seguridad bancaria que, en el evento *sub examine* se quebró por el querer y participación de sus empleados, sin duda habría tenido plena operancia.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Quedó visto que se formula contra la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial (art. *221*), proveniente de un *error de hecho* en la *apreciación del indicio* de la *oportunidad para delinquir*.

Tiene sentado la jurisprudencia que si la valoración del indicio es lo que se ataca en sede de casación, se debe acudir al *error de hecho*.

> "...debe impugnarse por *error de hecho*, ya que la construcción del indicio 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 el 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

qué se busca establecer por este camino indirecto. Si el juzgador equivoca o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 300 del C. de P. P. al definir qué es el indicio, es claro que falla en el juicio de identidad o de adecuación, que repítese, conforma un error de *hecho*. ..." (Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Enero 30 de 1991).

Según el censor, el error del Tribunal está en que no consideró que la Ortiz Díaz "actuó de conformidad con su jefe inmediato y observó los procedimientos establecidos por el banco" y, por contrario modo, de la mera circunstancia de su cargo de cajera y de que hubiera pagado el cheque de gerencia de marras, cuando "tan solo cumplía con su deber", derivó en su contra el indicio de la oportunidad para delinquir.

La sentencia de segunda instancia, enfocó así el asunto:

"*Como hechos indicadores tenemos:* a) Está probado al proceso que Ortiz Díaz y Pérez Peña se desempeñaban como cajeros tres y uno respectivamente de la oficina San Diego del Banco de Bogotá, para el mes de agosto de 1986;

"b) Dentro del reglamento interno de la entidad bancaria se señala que corresponde a los cajeros pagar los cheques, entre ellos los de gerencia, instruyéndoseles sobre el procedimiento a seguir para tal efecto (fl. 138), recalcándose que cuando sean de mayor cuantía deben pasarse a visación, debe obtenerse la correspondiente autorización (f. 139) y luego, ajustándose a las normas de seguridad establecidas, corresponde tomar la huella dactilar y emplear la máquina fotoidentificadora;

"c) Está probado en la investigación que los cheques de marras no fueron sometidos a visación ni autorización de la contraloría de la entidad bancaria (Informe de la Superintendencia Bancaria);

"d) Está demostrado al proceso que Ortiz Díaz, cajero número tres pagó el cheque espurio número 4794894, por valor de $ 840.000.00 y que Pérez Peña, cajero número uno, pagó el cheque falsificado número 4794898, por valor de $ 960.000.00...

"El *hecho indicado* es que los cajeros facilitaron el uso de los documentos que ellos sabían eran espurios, al proceder al pago de los mismos, conociendo que los mismos no llenaban los requisitos bancarios,...

"*La relación causal o conexión lógica* es porque los cajeros sabían que en virtud del cargo que desempeñaban, sólo de ellos dependía que se pudiera dar uso a los cheques falsificados, pues dada su experiencia, el monto de los títulos y las instrucciones recibidas, fácilmente, si fuesen ajenos a la *empresa criminal*, hubiesen podido detectar las irre-

gularidades de los instrumentos y comunicarlas. Pero no lo hicieron, precisamente porque el cargo en el que laboraban les daba la oportunidad de participar con éxito en la empresa criminal que previamente conocían, por lo que facilitaron el pago de los cheques espurios".

Es, pues, en extremo desacertado aseverar que Ortiz Díaz observó los procedimientos establecidos por el banco y la Corte no puede menos de extrañar un tal aserto que riñe en su totalidad con la realidad procesal. Lo patente es que esta cajera no cumplió con su deber cuando pagó el cheque de gerencia número 4794894 y, es más, lo suyo fue tan ladino que quiso hacer creer que había respetado los reglamentos del banco sobre el particular, pues que, ciertamente, tomó la huella dactilar y la fotografía de quien cobró el falso título valor, pero, inteligentemente, manipuló los aparatos propios para aquellos fines y en forma tal que fue imposible identificar a su socio de aventuras delictivas.

Ahora, que "obró de conformidad a las instrucciones de su jefe inmediato"; la verdad es que ella sobradamente sabía que debía agotar todas las medidas de seguridad cuando se trataba de pagar un título valor y más si era de gerencia. Esas eran las precisas instrucciones que tenía de las directivas del banco y si alguien, por acaso, le pedía obrar en contrario lo primero que de ella debía esperarse era que sospechara de quien así se apartaba del cumplimiento del deber. Y, de otra parte, ese "jefe inmediato" al que ella alude, no se olvide que es, precisamente, el otro cajero *condenado*. Luego el asunto no es más que un frívolo ardid de defensa.

A la Ortiz se le condenó por lo que hizo y por lo que no hizo. Lo primero, por cuanto entró en indebidos arreglos que la condujeron a hacer parte de una empresa *criminal* y, lo segundo, por haber omitido el cumplimiento de sus específicos y conocidos deberes en el banco, cuando se trataba del pago de un título valor de gerencia, y ello para dar satisfacción a aquello que se había comprometido a realizar dentro del designio comunitario delictivo, y de ahí que se hubiera logrado hacer efectivo el espurio instrumento negociable. De quien condene a quien así procede, mal puede predicarse que asume un criterio *peligrosista*, mandado a recoger.

La sentencia de primera instancia que, sabido es, conforma un solo todo con la de segunda, cuando ésta no ha verificado ninguna salvedad, tinosamente sobre el particular, señaló:

> "Y, como se había referido antes, la prueba incriminatoria es indirecta, porque surge del conocimiento claro de las funciones que correspondían a cada uno, según los reglamentos internos, y según las declaraciones juradas como la del señor denunciante Juan Antonio Montoya Uricoechea, que hacen saber quién manejaba la chequera, quiénes pagaron los cheques y cómo se evitó el pago del dejado de cobrar.

"...Esos elementos de juicio que son innegables en el informativo, son los que permiten inferir que no fue casual, sino preconcebido, que al pagar los instrumentos-cheques, los cajeros Pérez y Ortiz *hubieran dejado de aplicar las medidas de seguridad más elementales*, dada la naturaleza de los mismos, de gerencia, que obligaban de manera directa e incondicional a la entidad a la que prestaban sus servicios.

"Ninguna verosimilitud ofrece que se haya incurrido en esa conducta por simple error, por inexperiencia o por confianza, cuando resultan desconocidas tantas obligaciones por parte de los cajeros, más aún, cuando es tan notoria la enmendadura que se observa en el cheque pagado por la señorita Ortiz, en el año de emisión, lo cual, como lo hizo ver la señora Ulloa Dueñas al folio 4 del cuaderno 2, ese solo hecho daba lugar a impagarlo".

Es indudable, pues, que, por este aspecto, ningún error y menos manifiesto es predicable del sentenciador. El cargo no prospera.

Tercer cargo. Recuérdese que se alega una *violación indirecta* del artículo 221, por manifiesto error de hecho al *valorar erradamente el alcance de las huellas materiales del delito*. Así comienza el cargo, mas luego se desvía para asegurar que se trata de que los dictámenes no fueron aducidos debidamente ni fueron colocados a disposición de las partes por el término legal.

El demandante, entonces, alega un error de hecho y desarrolla, indebidamente, un error de derecho, para terminar presentando una presunta *nulidad*. Todo un atentado contra la técnica que aún exige este recurso extraordinario. De ahí que la Delegada asegure que: "Esta forma de proponer la censura no le aporta más que falta de precisión, lo que a su vez determina un fundamento adicional para pedir su desestimación.

"..., si bien el recurrente denunció un vicio de legalidad en la aportación de la prueba pericial, no demostró en modo alguno su trascendencia sobre la sentencia impugnada ni analizó en qué forma la virtual observancia de las normas que cita habría podido cambiar el contenido del fallo.

"..., se tiene que si el contenido de los informes de los peritos acreditan, como lo aceptaron los juzgadores de instancia, que las grafías manuscritas que obran en los cheques materia de investigación no fueron puestas allí por la procesada, su puesta a disposición del recurrente, como ahora lo pretende, no cumpliría propósito diverso al de satisfacer la formalidad por la formalidad misma, pues en tales condiciones resulta obvio que ningún interés puede abrigar el casacionista en su objeción, aclaración o adición, dada su característica de ser particularmente favorable a su prohijada".

Se insiste, la confusión que se crea en el cargo es enorme porque, unas veces, el censor alude al artículo 246 como el vulnerado por aquello de no haber sido puestos a disposición de los sujetos procesales los dictámenes, cuando se trata de norma que se refiere a que "toda decisión debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso". Pero, así la disposición hubiera sido debidamente citada, la realidad es que *no* se está frente a un vicio de adución o de legalidad en la introducción de la prueba al proceso, pues que sobre ello se satisficieron todos los requisitos, sino de una presunta *nulidad*, que, tampoco en manera alguna se presenta, por cuanto así formalmente el requisito que plasmaba el artículo 276 del anterior C. de P. P. no se hubiera cumplido, en cuanto que, efectivamente, no se pusieron en conocimiento de los sujetos procesales los dictámenes, ello no significó que la estructura fundamental del proceso se hubiera resquebrajado o cosa parecida ya que los mismos fueron conocidos por las partes y sobre ellos opinaron y sin embargo, *no* hicieron uso de la facultad que consagraba el artículo 277 y en el sentido de que podían ser objetados en cualquier tiempo, pero antes de que el asunto entrara al despacho del juez para sentencia.

Por ningún lado, entonces, que se mire el asunto, se está ante un error manifiesto, ni ante una nulidad. Corolario irremediable de lo señalado lo constituye la improcedencia del cargo.

2. Sobre la demanda presentada a nombre de Hugo Hernán León Gutiérrez.

Primer cargo.

Luego de señalar el demandante que se está frente a una violación indirecta por aplicación indebida, concreta que "la violación se produjo a consecuencia de errores evidentes en los autos, provenientes de equivocada apreciación de los elementos probatorios". No precisó, pues, el impugnante, en ningún momento, si se trataba de un error de hecho o de derecho, así la Delegada entienda que "invade los predios del falso juicio de convicción, en tanto que no considera acertada la posición del Tribunal al darle el carácter de grave a los indicios de oportunidad para delinquir y tenencia de objetos con que se haya cometido el delito".

Para la Corte el cargo así planteado arroja indecisión y oscuridad, pero, de todas maneras, deja abierta la posibilidad del error de hecho, como quiera que podría entenderse que el sentenciador se equivocó o desvió en la inferencia lógica al darle a los referidos indicios el carácter de graves, cuando, simplemente, eran *leves*, o sea que se falló, como lo precisó la Sala en la providencia que se citó *ab initio* de ésta, en el juicio de identidad o de adecuación.

Pero donde el censor, sin vacilaciones, se equivoca definitivamente es en cuanto obligado como estaba a demostrar un *error manifiesto*,

simplemente se quedó en la presentación de su personal opinión, para enfrentarla a la señalada por los sentenciadores. En efecto, se trata de la mera contraposición de criterios, pues si para el impugnante los indicios son leves, para los juzgadores son *graves*. Se reitera, la comprobación de lo *patente* de ese presunto error se quedó sólo en el pregón enunciativo.

No se puede desconocer (ni es necesario para la conclusión a la que debe, por imperio del derecho, arribar la Corte) que de otras personas, también es dable sostener que se daba el indicio de la oportunidad para delinquir, entendido éste, como así lo hizo el *ad quem*, "en la especial situación en que se encontraban los procesados en razón de sus condiciones personales o de su relación con otras personas o cosas, situación que facilitaba la comisión del delito". Pero, si para esas otras personas en puridad de verdad este indicio no podía alcanzar jamás el carácter de *grave* y constituía sólo una circunstancia *leve* sobre posible comprometimiento en los hechos delictivos (por aquello de que la ocasión delictiva se presentaba por muy breve tiempo y era de muy difícil aprovechamiento), para el aquí condenado no podía menos de merecer el primero de los calificativos, pues que contaba con mucho más tiempo para realizar la sustracción de los cheques de gerencia, siéndole la ocasión mucho más propicia en orden a tal cometido.

Ciertamente, existió una sola persona que estuvo en similar o mejor ocasión de realizar la sustracción de los multicitados cheques y ella fue Maritza Ulloa Dueñas, a quien, con acierto, se cobijó con una cesación de procedimiento, precisamente porque fue quien detectó y denunció los delictivos acontecimientos y porque quedó demostrado que no intervino en ninguna de las dolosas tramitaciones a que fueron sometidos los títulos valores, ni en su elaboración espuria.

No fue, pues, arbitraria o gratuitamente que el sentenciador le concedió el carácter de grave al indicio que se comenta; ello obedeció a que el estado procesal de las cosas, así lo permitía. Por ello la Delegada afirma que "respecto de quienes se emitió sentencia de condena, el indicio toma fuerza en la formación del juicio del sentenciador, no por sí mismo, sino en virtud de su estrecha relación con los demás medios probatorios a los que se hizo específica mención y análisis en las sentencias de primera y segunda instancias".

Ahora, sobre el indicio de la tenencia de objetos con que se haya cometido el delito, recuérdese que el impugnante asegura que, sin fundamento ninguno "el Tribunal aseveró que el sello que figura al reverso del cheque 4794898, es el de la Sección Fiduciaria", lo que constituye un error manifiesto. Que el cheque en cuestión contenía en la parte indicada el sello del levantamiento del cruce restrictivo de tal sección, no fue predicamento primigenio del Tribunal sino del Juzgado

Cuarenta de Instrucción Criminal que, en el auto que calificó por primera vez el mérito del sumario, disponiendo la reapertura de la investigación, precisó:

"*Pruebas recaudadas*. ...60. ...61. ...62. Fotocopias auténticas de la investigación administrativa adelantada por funcionarios de seguridad bancaria; obra dentro de ésta un dictamen pericial en que se determinó que las firmas que aparecen en los cheques son imitación servil; el sello del jefe de revisores no es el mismo que éste utilizaba; el levante —*sic*— del cruce del cheque 4794894 es el de giros y remesas y el del cheque 4794898 es el de la Sección Fiduciaria".

Y, luego, del mismo Juzgado, cuando calificó por segunda vez la averiguación, disponiendo la resolución de acusación para algunos de los procesados y la cesación de procedimiento, para otros, señaló, al momento de estudiar la situación jurídica de Hugo Hernán León Gutiérrez, lo siguiente:

"...Además de lo anterior, el cheque de gerencia número 4794898 detenta en su dorso el sello utilizado por la Sección de Fiduciaria, y según el dictamen del perito en documentos Jaime G. Moreno Mora, plasmado en el *estudio grafológico y grafotécnico*, caso número 29786 del 22 de septiembre de 1986, "*...el sello que reposa al respaldo del cheque número 4794898 se identifica con el patrón utilizado por la SECCION DE FIDUCIA*'".

No fue, pues, mediante la creación de prueba falsa, o, fruto del capricho o violentando la lógica o la realidad procesal, que el Tribunal aseguró la existencia del hecho indicador de "la presencia del sello de levantamiento de canje en uno de los cheques dubitados, según concluyó el experticio técnico" y que ese sello correspondía al legítimo utilizado por la Sección de Fiducia, para de ahí concluir que en cabeza de León Gutiérrez, que tenía el uso exclusivo del mismo se consolidaba el indicio de la tenencia de objetos con que se ha cometido el delito.

Ahora, sobre el sello para el levantamiento del cruce restrictivo y la *exclusividad* de su uso, sostiene el impugnante que otros también tenían acceso al mismo, según se desprende del testimonio de Ulloa Dueñas, en el sentido de que León Gutiérrez lo dejaba encima de su escritorio y, entonces, remata el demandante, cualquiera podría utilizarlo; también porque su representado contaba con un auxiliar, luego, es obvio que éste también podía hacer uso del sello de marras.

La verdad es que sobre este tópico es el mismo Hugo Hernán León Gutiérrez quien se encarga de refutar a su defensor, pues se presenta, en la indagatoria, como una persona en extremo cuidadosa, bien responsable en el cumplimiento de sus deberes en el banco, hasta el punto de que sería ir contra lo que él manifiesta ser (a la gente hay que creerle mientras otra prueba no desdibuje su aserto) considerar que si, ocasionalmente y por breves instantes dejaba el sello en su escri-

torio, ello acontecía cuando sobre el mismo no estaba ejerciendo una estrecha y cabal vigilancia; y, sobre su auxiliar no puede menos de pensarse que, diligente como era el condenado cuando se trataba de dar cumplimiento a sus funciones, mantenía a su dependiente bajo control, o, simplemente, no le permitía ejercer actos que eran de su exclusiva competencia y, si acaso alguna vez lo hizo, ello debió suceder cuando podía someterlo a su más inmediata y efectiva inspección.

Así, pues, el impugnante que, dentro de los requerimientos del recurso, debía demostrar lo evidente del error en la inferencia lógica, es patente que se quedó corto en esa obligada comprobación. El cargo no prospera.

Segundo cargo. Aquí la censura refiere que el acervo probatorio no permite asegurar que Hugo Hernán León Gutiérrez subsumió su conducta en el tipo penal plasmado en el artículo 221 del C. de P. Penal (falsedad en documento privado) como quiera que no sustrajo los cheques de gerencia materia de investigación, ni participó en la falsificación de los mismos, ni usó los documentos espurios.

El recurrente señala una verdad a medias y así es como pretende obtener conclusiones favorables a su representado. Si, en concreto e individualmente, de León Gutiérrez no puede pregonarse que realizó exclusivamente la totalidad de los elementos integradores del tipo penal por el que se le condenó, de ahí no se sigue que los sentenciadores se equivocaron, pues lo que éstos predicaron fue que aquél se concertó con otros para constituir una *empresa criminal*, en la cual, como bien lo precisa el Ministerio Público, "a cada uno de los partícipes correspondía la ejecución de una o varias conductas particulares todas ellas tendientes a la obtención del propósito ilícito común.

"Ya lo había mencionado la Delegada, y ahora lo repite, que el Tribunal, al igual que el Juzgado de primera instancia, consideraron que los encausados actuaron en la forma mencionada, tal como se dejó consignado a través, entre otras, de las siguientes expresiones:

> "'Así, de la actuación cumplida en desarrollo de la investigación se establece la intervención de los sindicados arriba mencionados dentro del proceso de falsificación de los cheques. de allí que no cabe duda que haber suministrado los títulos, los sellos legítimos y los actos de pagar los mismos, dentro del contexto de la alteración documentaria, constituye participación en términos de coautoría de la falsedad'.

"Así, pues, es vano el esfuerzo del casacionista cuando trata de desvirtuar la participación material de su prohijado en los actos de falsificación y uso de los títulos valores, pues sabido se tiene que en términos de coautoría no puede exigirse a cada uno de los intervinientes en el hecho el desarrollo de toda la conducta tipificada, sino que basta con que en ellos concurra conocimiento y el propósito

delictivo y que, en función de ellos, realicen actos que, examinados en conjunto, permiten la obtención del resultado común propuesto...".

Ahora, es verdad innegable que Gutiérrez sí tuvo que ver directamente en la sustracción de los documentos privados —cheques— y también participó en la falsificación, al menos, de uno de ellos. Pero se reitera, si lo que se verificó fue —como así, con fuerza de certeza, se infiere del proceso— una verdadera repartición o distribución de funciones ilícitas, o, dicho de otro modo, una asignación específica de "trabajo delictivo", dentro de un *todo* concertado que todos asumían como propio con consciencia y voluntad, o, como dice conocido autor, con un "cooperar querido, consciente y con división de trabajo de varios autores para la consecución de un resultado típico", no es lo propio, jurídicamente, que a cada uno de los coautores se le exija la realización total y pormenorizada y exclusiva del evento ilícito y ello más bien constituiría una invitación a transitar por la contravía del absurdo.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado, ya señalado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* NO, *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana. Secretario.

REO AUSENTE / DERECHO DE DEFENSA

Es verdar que cuando el sindicado como principal protagonista de los hechos investigados elude a todo trance la acción de la justicia, porque no se presenta ante el juez a responder por sus actos ni a ofrecer las explicaciones del caso, dificulta en grado sumo su propia defensa, al extremo de privar al funcionario instructor o al juez de conocimiento de una versión diferente de lo ocurrido, o de la alegación de una situación de inimputabilidad, distintas de las que emergen de las pruebas del proceso. / No basta alegar en sede de casación la falta de defensa, sino que es necesario señallar, que hubiera podido hacerse y no se hizo; es decir demostrar que una asesoría habría logrado la declaración de inocencia del inculpado o una condenación más benigna.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., siete de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 34, abril 7 de 1994.

Vistos:

Agotado el trámite de rigor, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Alvaro Roberto Martínez* contra la sentencia del 15 de junio de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior de Pasto confirmó la dictada por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad, condenándolo a la pena principal de 19 años de prisión como autor material del delito de homicidio agravado, a las sanciones accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y, al pago en concreto de los perjuicios causados.

Hechos y actuación procesal:

A eso de las dos de la tarde del 6 de agosto de 1989 en momentos en que el señor José de los Ríos Rodríguez salía de visitar a su madre

de una residencia ubicada en el barrio "Avenida de las Américas" de la ciudad de Pasto, abordando un vehículo de su propiedad que se encontraba allí parqueado, se le acercó un sujeto y le hizo un disparo con arma de fuego que le impactó el pómulo izquierdo causándole la muerte en forma inmediata.

El agresor emprendió la huida en compañía de otro individuo que lo esperaba en una motocicleta a corta distancia del lugar de los hechos.

Iniciada la investigación por el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Pasto, se oyó en declaración bajo juramento al menor Juan Carlos Narváez Narváez, testigo ocular de los hechos, quien hizo una descripción aproximada de los rasgos físicos y de las prendas de vestir que usaba el sujeto que disparó contra el occiso, lo mismo que del que lo esperaba en una motocicleta, identificando dicho vehículo.

El Grupo Técnico de Policía Judicial de Pasto —SIJIN— hizo llegar al funcionario instructor el informe de las averiguaciones adelantadas en relación con la muerte violenta de José de los Ríos Rodríguez junto con copia de la versión libre y espontánea rendida ante esas dependencias por la mujer Lilián del Rosario Paredes Martínez (fls. 80 y ss. del cuaderno número 1) la que en forma categórica señaló a Alvaro Roberto Martínez, su amante, y a César Guillermo Estupiñán Rosero, alias "Mateo" como los autores materiales del homicidio por precio convenido con Campo Elías Rodríguez López o de los Ríos, a quien distingue como el determinador o autor intelectual del delito detallando las prendas con las cuales aquellos iban vestidos, las que entregó a las autoridades en prueba de su aserto, indicando que César Guillermo accionó el arma de fuego mientras Alvaro Roberto lo esperaba junto a la motocicleta.

Definida la situación jurídica de los incriminados con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio agravado en los términos del ordinal 4º del artículo 324 en armonía con el 323 del Código Penal, la que sólo logró hacerse efectiva respecto a Martínez y Estupiñán Rosero y recaudadas otras pruebas se clausuró la etapa investigativa procediéndose por el Juzgado de Instrucción Criminal a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los nombrados como autores materiales del homicidio y de Campo Elías Rodríguez López o de los Ríos, juzgado en ausencia como determinador o autor intelectual del delito.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Tercero Superior de Pasto puso fin a la instancia condenando a Alvaro Roberto Martínez, César Guillermo Estupiñán Rosero y Campo Elías Rodríguez López o de los Ríos, los dos primeros a 19 años de prisión cada uno, y el tercero a 17 años de la misma pena, a las sanciones accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y al pago en concreto de los perjuicios

causados; fallo apelado por la defensa y confirmado sin ninguna modificación por el Tribunal Superior de Pasto, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Acogiéndose el recurrente a la causal primera de casación, acusa la sentencia de ser violatoria en forma indirecta de los artículos 323 y 324 del Código Penal, por errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En desarrollo de la censura afirma que el Tribunal Superior incurrió en error de hecho por suposición del testimonio rendido por Lilián del Rosario Paredes Martínez, prueba que en su opinión es jurídicamente inexistente por ausencia de requisitos para su validez; yerro que es manifiesto "pues basta leer la declaración de la mentada deponente ante la SIJIN, para darse cuenta de la falta de requisitos, no fue tomada por autoridad competente y sin apoderado, ni se daban las exigencias para que se pueda tomar. Como no se puede convalidar por ningún medio la inexistencia afecta informes de la SIJIN, declaraciones de Policía, y el testamonio por ésta ante juez competente".

Luego, expresa que hubo error de hecho por errónea apreciación de dicho testimonio "pues basta el ejercicio mental de borrar el 'testimonio' de esta señora y todo lo que de él se deriba (sic) para demostrar la ausencia de la acusación en contra de mi patrocinado Alvaro Roberto Martínez".

Agrega que el error consistió en haberse apreciado tal testimonio a pesar de encontrarse demostrado científicamente que la testigo es persona sicótica inclinada a odiar a su examante por miedo a las amenazas de que fue objeto o por enemistad hacia él.

Finalmente aduce que hubo error de hecho por suposición de prueba al darse por demostrado, sin estarlo, que el menor Juan Carlos Narváez identificó al procesado Alvaro Roberto Martínez como uno de los homicidas.

Explica el censor que de las manifestaciones del mencionado deponente no puede inferirse, como lo hizo el sentenciador, la responsabilidad de su representado porque no hubo ningún reconocimiento por parte de aquél y existen marcadas diferencias entre lo relatado por él y lo dicho por la testigo Lilián del Rosario Paredes, como el color de la motocicleta en que se desplazaron los acusados después de cometido el delito, no pudiéndose cotejar la declaración del menor con la de Lilián del Rosario por ser ésta inexistente jurídicamente.

Por lo demás, la versión rendida por esta última en la Policía Judicial lo fue cuando la investigación ya estaba en curso, quebrantándose de tal manera el debido proceso.

Consecuente con ese modo de pensar solicita casar la sentencia impugnada y proferir una de carácter absolutorio en favor de su asistido.

Alegaciones de los sujetos procesales no recurrentes:

El defensor del procesado ausente Campo Elías Rodríguez López o de los Ríos, pide la invalidación del proceso, toda vez que su acudido no contó con una defensa técnica y eficaz durante el sumario, como tuvo oportunidad de alegarlo ante los juzgadores de instancia aunque con resultados negativos, y porque el funcionario instructor omitió la práctica de pruebas fundamentales como el examen psiquiátrico de los tres procesados en razón de la gravedad y características del hecho punible, lo que los podría ubicar en el terreno de la inimputabilidad, recordando sobre el particular que Campo Elías Rodríguez fue recluido en dos ocasiones en un hospital psiquiátrico de la ciudad de Pasto y todo hace suponer que el móvil del delito fueron los celos patológicos hacia su primo, el occiso José de los Ríos Rodríguez, por supuestas relaciones extramatrimoniales con su esposa.

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones del actor porque el libelo adolece de protuberantes fallas en su concepción que lo convierten en un escrito sustancialmente inepto a los fines del recurso, no sin antes referirse al alegato del defensor del procesado Campo Elías Rodríguez el que considera desavenido porque rebasa los límites o derroteros trazados en la demanda.

Sin embargo, por razón de la oficiosidad del recurso de casación en materia de nulidad del proceso, se ocupa de examinar el cargo formulado por violación al derecho de defensa del procesado para desecharlo, puesto que "el funcionario instructor estuvo siempre pendiente de proveer lo necesario para que la defensa del imputado se realizara dentro de las normas legales de su protección, designando defensor oficioso cada vez que le fue necesario, sin ánimo alguno de obstaculizar o vulnerar los derechos del procesado".

Invocando el mismo principio de oficiosidad reclama la infirmación parcial del fallo a fin de que se restablezcan las garantías fundamentales que les fueron desconocidas a los tres procesados por quebranto del principio de legalidad de las penas, toda vez que la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a que fueron condenados, desborda el límite de diez años previsto en el artículo 44 del Código Penal.

Consideraciones de la Corte:

Por fuerza de los principios de logicidad y oficiocidad que gobiernan el recurso extraordinario de casación, la Sala dará prelación

al examen de la nulidad esbozada por el defensor del procesado ausente Campo Elías Rodríguez López, pese a que en su condición de sujeto procesal no recurrente su intervención se limitaba exclusivamente a coadyuvar o impugnar los reproches contenidos en la demanda, no pudiendo salirse de dicho marco impugnatorio, como anota el Procurador Delegado.

La acusación no es otra cosa que la reiteración de planteamientos atinentes a la supuesta violación del derecho a la defensa del mencionado procesado porque durante la etapa de instrucción del proceso no contó con defensor que abogara en su favor, puesto que los designados de oficio por el juez, simplemente se excusaron de ejercer el cargo por contar con otras defensas de oficio.

El Juzgado Tercero Superior de Pasto ante el cual se formuló por el mismo sentenciado idéntica solicitud de nulidad, la negó argumentando que si bien es cierto que la defensa material ha estado ausente del proceso por voluntad del propio sindicado que se ha negado a comparecer ante la justicia a responder por su conducta, no acontece lo mismo con la defensa técnica, pues la judicatura se esmeró por designarle defensor de oficio hasta cuando Rodríguez López nombró defensor de confianza al profesional que lo representa en esta sede, mediante poder presentado personalmente ante la Notaría Dieciocho del Círculo de esta ciudad capital.

Es verdad que cuando el sindicado como principal protagonista de los hechos investigados elude a todo trance la acción de la justicia, porque no se presenta ante el juez a responder por sus actos ni a ofrecer las explicaciones del caso, dificulta en grado sumo su propia defensa, al extremo de privar al funcionario instructor o al juez del conocimiento de una versión diferente de lo ocurrido, o de la alegación de una situación de inimputabilidad, distintas de las que emergen de las pruebas del proceso.

De modo que si el procesado Campo Elías Rodríguez López o de los Ríos, se ha mostrado renuente a colaborar con la justicia, mal puede quejarse de haber sido afectado o limitado en su derecho a la defensa, máxime si dentro de las limitaciones por él mismo impuestas, ha gozado de todas las prerrogativas inherentes a dicha garantía, no pudiendo calificarse como negación de la misma el silencio observado por los defensores de oficio que tuvo durante la instrucción del proceso, sino más bien como estrategia defensiva, dada la gravedad de las pruebas que lo comprometen en la comisión del delito.

No basta alegar en sede de casación la falta de defensa, sino que es necesario señalar, qué hubiera podido hacerse y no se hizo; es decir, demostrar que una asesoría habría logrado la declaración de inocencia del inculpado o una condenación más benigna.

La ausencia de examen psiquiátrico del procesado, ha sido considerada como motivo de nulidad por inobservancia del debido proceso

y consecuente violación del derecho a la defensa, cuando existen válidos y atendibles elementos de convicción que permiten suponer fundadamente, que éste se encontraba al momento de la comisión del hecho en situación de inimputabilidad, que le impedía comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez psicológica o trastorno mental (art. 31 del Código Penal).

En el presente caso, dicha posibilidad no cuenta con datos o antecedentes serios y verosímiles que propicien la nulidad del proceso, para que los acusados fueran sometidos a examen psiquiátrico con el fin de determinar su estado de salud mental al momento de la consumación del ilícito, sino que todo se reduce a la opinión personal del demandante, basada en la gravedad y circunstancias que rodearon el hecho y a los comentarios que sobre el particular brotaron de labios de parientes y allegados del acusado; factores de suyo insuficientes para retrotraer la actuación.

No prospera la nulidad incoada.

Ahora bien, en lo que respecta al cargo formulado a la sentencia por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, cabe advertir que el ataque se limitó a un desacertado y tibio cuestionamiento de la credibilidad otorgada por los juzgadores de instancia a los testimonios vertidos por la mujer Lilián del Rosario Paredes Martínez y el menor Juan Carlos Narváez, pruebas tenidas como soporte del fallo de condena, olvidando el censor que la casación no es una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con el valor asignado a determinado medio de convicción, cuando éste carece de específico valor y la crítica se base en la apreciación personal y subjetiva del libelista.

La falta de claridad y precisión en el planteamiento y fundamentación del cargo hace pensar que tiene el carácter de único, lo que desautoriza la formulación de argumentaciones excluyentes y contradictorias como la negación del testimonio de Lilián del Rosario por considerarlo prueba inexistente, seguida de su aceptación, aunque no con la credibilidad reconocida por el fallador.

No es verdad que el Tribunal Superior haya dado por demostrado que el menor Juan Carlos Narváez identificó a Alvaro Roberto Martínez como uno de los homicidas. Aconteció sí, que cotejados dichos testimonios con los demás elementos de juicio obrantes en autos, de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia, arribó el juzgador a una inferencia lógica respecto a la participación del acusado en la comisión del hecho punible.

La sentencia recurrida se apoya en una serie de hechos indiciarios, que valorados en su gravedad y correspondencia, llevan forzosamente a la certeza del homicidio y la culpabilidad que tuvo el procesado Alvaro Roberto Martínez; indicios que no pueden ser parcelados al

arbitrio del impugnador, ni atacados con éxito en sede de casación, porque se corre el riesgo de contraponer a la apreciación del juzgador la personal y subjetiva estimación del impugnador.

Una vez más, se hace necesario recordar que el nivel de credibilidad que el juez otorga a determinado medio de persuasión, siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, no puede ser objetado como error de hecho porque dicha evaluación escapa a las hipótesis generadoras de tal yerro: Omisión, suposición o desfiguración inexcusables de la prueba o del hecho por ella revelado.

Como en el caso *sub examine*, el recurrente no probó ninguna de las mencionadas hipótesis ni tampoco demostró que la exposición de la deponente Lilián del Rosario Paredes, rendida ante funcionarios de la Policía Judicial de Pasto, careciera de los requisitos legales exigidos para su validez, porque toda la argumentación se reduce a simples enunciados; deducese que el cargo formulado a la sentencia, en sus diferentes facetas, no está llamado a prosperar.

Aún en el supuesto de resultar probado el falso juicio de legalidad endilgado a la versión rendida en la SIJIN, lo que desplazaría el cargo a un posible error de derecho, tal yerro no tendría ninguna incidencia en la sentencia de condena, porque la deponente se presentó posteriormente ante el funcionario instructor repitiendo bajo la gravedad de juramento las incriminaciones que había formulado ante la Policía Judicial (fls. 103 y ss. del cuaderno número 1); testimonio en el cual se apoyó el Tribunal Superior para sustentar el fallo impugnado y respecto al cual ninguna objeción o reparo le merece al impugnador.

Pero lo anterior no es obstáculo para que la Corte, a instancias del señor Procurador Delegado, y obrando en forma oficiosa como lo prevé el artículo 228 del C. de P. P., proceda a casar parcialmente la sentencia recurrida por aparecer de modo ostensible que ella atenta contra una de las garantías fundamentales del juzgamiento, como es la concerniente a la legalidad de la pena (arts. 29 de la C. N. y 1º de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal), pues no se remite a dudas que los falladores de instancia se excedieron en la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a los sentenciados, desbordando en mucho el límite de diez (10) años contemplado en el artículo 44 del Código Penal.

El camino a seguir no es otro que el de enmendar el agravio inferido a los tres sentenciados, atemperando los rigores de la sanción accesoria a los límites fijados por la ley.

Decisión:

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, declarando que la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que le corresponde a cada uno de los procesados Alvaro Alberto Martínez, César Guillermo Estupiñán Rosero y Campo Elías Rodríguez López es hasta por diez (10) años, y no por un tiempo igual al de la pena principal a ellos impuesta.

Las demás decisiones adoptadas en la sentencia impugnada no sufren ninguna modificación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* NO, *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / CONCUSION

El hecho de que durante el trámite procesal se haya concedido libertad provisional con fundamento en el numeral 1º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la eventual concesión de la condena de ejecución condicional, no impide que el juez al dictar la sentencia niegue el otorgamiento del subrogado, si en ese momento advierte que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 68 del Código Penal. / Es verdad que el tipo que describe la concusión señala como sujeto activo al mencionado empleado oficial sin hacer distinción respecto a qué entidad pertenece, pero ello no significa que el juez no esté obligado a apreciar ese factor, sino que es de especial importancia, para determinar entre otros, las modalidades del hecho y su gravedad.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 34.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado *Gustavo Ramírez Wilches*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual impuso al acusado la pena de dos (2) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por un (1) año, como autor del delito de concusión.

I. Hechos y actuación procesal:

Los primeros los resume el Tribunal en el fallo así:

"1º Hechos. En horas de la mañana del día 5 de febrero de 1990, el ciudadano José de Jesús Rodríguez Martínez, propietario del esta-

blecimiento comercial 'Distribuidora de Combustibles al por Mayor', situada en la diagonal 2ªB número 70-34, fue visitado por los siguientes empleados oficiales: Gustavo Ramírez Wilches (agente especial al servicio del Procurador General de la Nación), Eduardo Rincón Gómez (conductor de la misma entidad) y José Gilberto Martínez Guzmán (subteniente de la Policía), quienes le aseveraron llevar orden de sellamiento del establecimiento por falta de licencia de funcionamiento y lo amenazaron con someterlo a la pena de prisión por supuestas conductas ilícitas. Bajo este apremio le exigieron la suma de $ 500.000.00 y además le prometieron ayudarlo para la consecución de la licencia, suma de la cual el ofendido les entregó $ 100.000.00, conviniéndose el pago de la suma restante al tercer día.

"Avisada la autoridad y previa preparación de un paquete simulándose la entrega del saldo en mención, concurrió a la cita el imputado Eduardo Rincón Gómez, quien sin embargo entrando en sospecha del operativo que lo colocaba en evidencia, se negó a recibir el paquete".

La Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría remitió copias de las diligencias practicadas al Juez Especializado de Reparto, correspondiendo el asunto al Tercero, quien avocó el conocimiento, pero acto seguido envió el expediente por competencia al reparto de los Juzgados de Instrucción Criminal, en donde fue asignado al Octavo, Despacho que compulsó copias con destino a la Justicia Penal Militar para que se ocupara de lo relacionado con el subteniente de la Policía José Gilberto Martínez Guzmán; oyó en indagatoria a Eduardo Rincón Gómez y declaró persona ausente a Gustavo Ramírez, imponiendo a los dos medida de aseguramiento de detención preventiva.

Perfeccionada en lo posible la investigación, el instructor calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los implicados por el delito de concusión, punible por el cual impartió sentencia condenatoria el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito, a quien correspondió la tramitación de la etapa del juicio. La pena impuesta fue de dos (2) años de prisión sin condena de ejecución condicional e interdicción de derechos y funciones públicas por un (1) año.

El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados, confirmó integralmente el fallo impugnado.

II. La demanda:

El libelista expresa su inconformidad así: "Se formula un único cargo con base en el artículo 220-1 del C. de P. P., que consiste en acusar la sentencia pronunciada por el honorable Tribunal por considerar que en ella se interpretó erróneamente el artículo 68 del Código Penal, a consecuencia de lo cual no se otorgó a Gustavo Ramírez Wilches la condena de ejecución condicional a la cual tiene derecho".

Dice que la negativa del otorgamiento del subrogado penal lo basa el Tribunal en la naturaleza y modalidades del hecho punible, con lo que de admitirse esas tesis no procedería el beneficio para ninguno de los delitos contra la administración pública, puesto que las conductas tipificadas requieren especiales calidades del agente y comportamientos específicos.

De los mismos acontecimientos que constituyen el hecho punible no se puede deducir que el agente requiere de tratamiento penitenciario, o por lo menos ese solo aspecto no origina tal necesidad, por tratarse de una persona sin antecedentes no proclive al delito.

Agrega que la norma que consagra la concusión habla de empleado oficial sin distinción para hacer más o menos gravosa la situación por pertenecer a cualquiera de ellas.

No acepta la afirmación de que su cliente muestra con lo ocurrido una personalidad no sujeta a frenos morales, y afirma que eso no puede deducirse tomando uno solo de sus actos, el cual además no reviste la gravedad que se le ha querido dar. Además, si bien la restitución del dinero exigido no podía tomarse como diminuente de la pena, sí es una actitud que demuestra arrepentimiento y ha debido ser valorada para efectos del subrogado.

Considera que no es cierta la afirmación del Tribunal, en el sentido de que para precisar si una persona requiere o no de tratamiento penitenciario debe haber estado recluida en un establecimiento de esa naturaleza, ya que esa condición no se encuentra contemplada en ninguna ley sustancial o procedimental.

Para terminar cita dos decisiones de la Corte sobre el tema de la condena de ejecución condicional.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia, con apoyo en los siguientes planteamientos:

a) Aunque el demandante no concreta la modalidad de la violación de la ley sustancial, el Delegado entiende que se trata de la vía directa, lo cual determina que la argumentación del libelista se sujete estrictamente a derecho, pero éste, erróneamente trae a colación aspectos relacionados directamente con la prueba, lo que pone en evidencia un desacierto técnico;

b) Pero no sólo se va a la violación indirecta cuando cuestiona que las consideraciones del Tribunal "no se compadecen ni con la realidad procesal ni mucho menos con la realidad social", o que se "estima sin ninguna incidencia el hecho de que Ramírez Wilches haya

restituido la suma exigida", sino que también entremezcla los supuestos del error de hecho con los de derecho, al cuestionar las pruebas y la valoración que el sentenciador hizo de ellas;

c) El censor no demuestra de qué forma el juzgador erró en la interpretación del artículo 68 del C. P., y en una tímida crítica probatoria y un personal desacuerdo con las consideraciones del Tribunal, termina dándole al libelo un matiz de alegato de instancia;

d) Sobre las apreciaciones del impugnante respecto a la sustentación de la negativa del subrogado por parte del Tribunal, el Ministerio Público sostiene que no se ajustan a la verdad de la sentencia y mucho menos a la realidad jurídica. Al respecto agrega:

"En primer lugar, debe quedar claro que la naturaleza y modalidades del hecho punible surgen del particular e individual comportamiento delictual y no de la descripción típica que de él hace la ley, pues el tipo penal hace una descripción abstracta y genérica de la conducta, siendo al juez a quien le corresponde realizar el necesario análisis de los hechos (naturaleza y modalidades), una vez cumplido el requisito objetivo que establece el artículo 68 del C. P.

"Y es precisamente de los hechos de donde surgen los elementos de juicio que ofrecen las pruebas para evaluar el grado de gravedad del comportamiento juzgado, emanando de allí —del *factum*— las múltiples y disímiles circunstancias que en últimas adjetivizan la naturaleza y modalidades del hecho punible.

"Por consiguiente, resulta un equívoco flagrante insinuar que de todos los procesos de estructuración típica respecto de un determinado hecho punible surgen idénticos patrones modales y circunstanciales. Pensar así es llegar a considerar en el imposible de que todas las conductas delictuales son iguales. Por el contrario, son diferentes los aspectos circunstanciales, modales y naturales en su ejecución lo cual hace que unas difieran de otras sin que deje de configurarse, por ejemplo, un mismo injusto típico, siendo precisamente ese específico tópico el que ofrece válidos elementos de juicio para que el sentenciador proceda, dentro del marco de la sana crítica, a estudiar la viabilidad de la concesión o no de la condena de ejecución condicional.

"Fue entonces, sujeto en los precedentes parámetros, que el Tribunal fundó sus razones: Bajo el libre análisis de los hechos, del contexto de la prueba, de las funciones que laboralmente cumplía el procesado y la entidad para la que trabajaba, sin dejar a un lado los ineludibles 'principios y valores morales', el sentenciador valoró y calificó la gravedad de la conducta juzgada y la personalidad del acusado, concluyendo razonablemente en la no concesión del subrogado penal peticionado";

e) Si bien es cierto que la ley no hace distinción respecto a la institución a la que pertenezca el procesado, ello no es obstáculo para

que el juez, teniendo en cuenta que hay unas de mayor preeminencia, lo que implica ejemplo ante la sociedad y pilar de credibilidad pública, como es el caso de la Procuraduría General de la Nación, pueda considerar ese factor a efectos de analizar la aplicabilidad del artículo 68 en mención.

IV. Consideraciones de la Sala:

1º Desde el punto de vista de la precisión que en todos sus aspectos debe contener la demanda, es evidente que la que ocupa la atención de la Sala falla en ese aspecto, pues invoca la causal primera, pero no dice si se refiere a la violación directa o a la indirecta.

Pese a lo anterior, el criterio jurisprudencial es hoy muy elástico, de modo que considera que la falla se subsana si del desarrollo del cargo se puede inferir a cuál de los sentidos de la violación se refiere el recurrente.

Coincidiendo con el Procurador Delegado, aquí todo indica que la inconformidad está formulada por la vía directa, pues el punto que el libelista anuncia que va a demostrar es que el Tribunal realizó una interpretación errónea del artículo 68 del Código Penal, razón por la cual omitió su aplicación.

Corresponde entonces confrontar la tarea interpretativa cumplida por el *ad quem*, con las observaciones del impugnante, para establecer si existió el error que aduce.

2º Para negar el subrogado en comento, el juzgador de segundo grado se apoyó en la siguiente motivación:

> "Por último, acertado también estuvo el señor Juez 38 Penal del Circuito al negar el otorgamiento del subrogado penal del artículo 68 del C. P. que con vehemencia demandan los mismos apelantes, tópico sobre el que considera la Sala: No siempre que el monto de la pena impuesta es inferior a los tres años la justicia debe ser generosa otorgando el sustituto penal, pues imperativamente debe mirarse el requisito subjetivo de la norma que dice relación no sólo a la personalidad del condenado sino a 'la naturaleza y modalidades del hecho punible' que para el caso *sub judice* no es favorable a los dos procesados: En la pérdida de los principios y valores morales de buena parte de quienes llegan a servir al aparato estatal y la avidez acentuada en los últimos tiempos de enriquecimiento ilícito en no pocos de ellos, es mucho mayor el reproche social y jurídico de tal línea de conducta en los miembros de entidades llamadas a dar ejemplo de rectitud

y probidad en el ejercicio de sus funciones. Tal es el caso de la Procuraduría General de la Nación, instituida para velar por el cumplimiento de la Constitución y de la ley, guardián de la conducta funcional de los empleados oficiales y estrecha colaboradora de la administración de justicia del país.

"Ver a dos de sus miembros acompañados de un suboficial de la Policía exigiendo dinero a un ciudadano bajo la amenaza de inferirle perjuicio, es de lleno deleznable entre otras razones por el desprestigio de la institución, la pérdida de fe en tan importante pilar de la vida social; por esta connotación la infracción recibe el carácter de grave. Pero además, no es que se esté obrando con criterio de teoría positivista como lo critica uno de los defensores, sino que al traicionar el sujeto agente el sagrado deber de fidelidad para con la institución que le ha depositado toda su confianza como la Procuraduría, está poniendo de presente una 'personalidad' no sujeta a frenos morales y, en este sentido surge claro que por este otro aspecto tampoco se satisface el segundo de los presupuestos de la norma penal invocada.

"Proferir un fallo de condena por hechos de tal gravedad con otorgamiento del sustituto penal invocado es tornar la administración de justicia en burla para la sociedad, mayormente cuando los responsables no han estado ni un solo día privados de su libertad con demostración que no ameritan tratamiento penitenciario".

Como se acaba de ver, el Tribunal encuentra acertada la decisión del juez al negar el subrogado, y coincide en que atendiendo a la naturaleza y modalidades del hecho punible cometido y la personalidad del recurrente, requiere de tratamiento penitenciario, conclusión que obtiene luego del análisis de las pruebas recaudadas por la investigación.

El ataque del demandante se refiere a varios puntos así: a) Los mecanismos utilizados para cometer el delito son llevados valorativamente más allá de los normalmente empleados para obtener el resultado propuesto; b) No comparto la conclusión de que Gustavo Ramírez muestra una personalidad no sujeta a frenos morales, ya que se han debido tener en cuenta sus antecedentes familiares, sociales y sicológicos; c) El hecho de haber restituido la suma exigida debió tomarse como una actitud que demuestra arrepentimiento y por consiguiente ser valorada para el otorgamiento del subrogado penal; y d) Estima que no es cierto, que para precisar si una persona requiere o no de tratamiento penitenciario debe haber estado recluida.

La observación de lo relacionado en los literales a), b) y c), enseña con toda claridad que el impugnante se desvía, y en lugar de demostrar que la norma fue interpretada erróneamente, lo que hace es mani-

festar su desacuerdo con la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas y con los hechos que declaró probados, aspectos estos que no podía controvertir en razón a que escogió como camino para su ataque la violación directa. Es más, no podía atacar la valoración probatoria, como lo hace cuando se refiere a la restitución del dinero ilícitamente obtenido.

En cuanto a lo anotado en el punto "d", no es cierto que el sentenciador haya sostenido que para saber si el acusado requiere de tratamiento penitenciario debe haber estado detenido, lo que allí se dice es que un fallo de condena por hechos tan graves con otorgamiento de la condena de ejecución condicional, se convierte en una burla para la sociedad.

En realidad la redacción no es muy afortunada, pero del contexto se entiende la idea que se quiso expresar.

Si el Tribunal hubiera tenido el criterio que le atribuye el demandante, no habría elaborado la motivación que expuso para negar el subrogado, y le hubiera bastado apoyarse en ese argumento para no concederlo. Es evidente que el censor incurre en un error al apreciar la sentencia, y en este tema específico tergiversa lo dicho por el *ad quem*.

Ahora, el hecho de que durante el trámite procesal se haya concedido libertad provisional con fundamento en el numeral 1º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la eventual concesión de la condena de ejecución condicional, no impide que el juez al dictar la sentencia niegue el otorgamiento del subrogado, si en ese momento advierte que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 68 del Código Penal.

3º Al margen de lo anterior, suficiente para desestimar la censura, es oportuno anotar que el libelista confunde "el verbo rector" con "la naturaleza y modalidades del hecho", y cree que la conducta descrita sólo es posible realizarla de una sola manera, de ahí que se pregunte: "Se habla de obligar al quejoso bajo una amenaza...a entregar una suma de dinero ... y acaso en qué consiste entonces el constreñir...? ... Qué mecanismos diferentes han de emplearse para que la conducta constreñir sea desarollada...?".

En el caso concreto del delito que nos ocupa, la conducta típica imputada es constreñir, pero no hay duda de que ella puede ejecutarse de diversas formas, unas más reprochables que otras, labor valorativa que corresponde al fallador, y que aquí cumplieron con buen tino los sentenciadores de instancia.

El análisis del Tribunal no tiene nada de romántico ni de utópico, todo lo contrario, es ajustado a la realidad, pues es indiscutible que el ilícito cometido por los dos funcionarios de la Procuraduría y el oficial de la Policía, abusando del hecho de pertenecer a entidades con

poder coercitivo, afecta gravemente el prestigio de las instituciones, produce un grave daño social y refleja una personalidad proclive al delito, que hace aconsejable el tratamiento penitenciario.

Es verdad que el tipo que describe la concusión señala como sujeto activo al empleado oficial sin hacer distinción respecto a qué entidad pertenece, pero ello no significa que el juez no esté obligado a apreciar ese factor, que es de especial importancia, para determinar, entre otros, las modalidades del hecho y su gravedad.

También es conveniente aclarar, que aunque en la sentencia se menciona que el hecho investigado es grave, no es esa la razón para negar el subrogado, sino las que consagra el artículo 68 del estatuto penal, esto es, la personalidad y la naturaleza y modalidades del hecho punible.

También advierte la Sala, que el actor se equivoca al citar la jurisprudencia, uno de cuyos párrafos transcribe, porque allí se refiere a la causal primera de libertad provisional (art. 439 del Decreto 050 de 1987), en donde se excluye el factor subjetivo, pero obviamente eso no es aplicable en la sentencia para definir si se otorga o no la condena de ejecución condicional.

Las consideraciones expuestas son suficientes para concluir que el cargo se debe desestimar.

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 y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas NO, *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz* NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA

El fallador de las instancias cuenta con la facultad de apreciación de la prueba conforme a los principios de la sana crítica, que no puede el juez de la casación desconocer para imponer su propio criterio, pues su facultad infirmatoria reposa exclusivamente en la demostración plena de los errores susceptibles de casación que hubieran determinado la sentencia equivocada.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 034.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado *Dagoberto Bonilla Perdomo* contra la sentencia dictada el 1º de marzo de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila), mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se le condena a la pena principal de 68 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado en la persona de Marco Aurelio Bonilla y porte ilegal de armas de defensa personal cometidos en concurso de hechos punibles. Así mismo, se le impone obligación civil indemnizatoria en favor de "los herederos o causahabientes" del occiso.

Hechos y actuación procesal:

Hallándose Marco Aurelio Bonilla a punto de abordar un bus de servicio público que del municipio de Tesalia lo llevaría al de La Plata el 29 de diciembre de 1991 en horas del medio día, fue atacado por su sobrino Dagoberto Bonilla Perdomo con una pistola cuya carga entera le disparó en dos oportunidades, produciéndole el deceso en forma inmediata.

Iniciada la investigación de rigor se vinculó mediante indagatoria tanto al ejecutor de los hechos reseñados como a sus hermanos Arcesio, Farith e Ismael; pero al calificarse el mérito sumarial sólo los dos

primeros fueron llamados a juicio en resolución acusatoria en que a ambos se les imputó el delito de homicidio con las causales de agravación 6ª y 7ª del artículo 324 del C. P. y al primero también el de porte ilegal de arma de defensa personal. Respecto de los demás se ordenó cesar procedimiento.

Al conocer por apelación la resolución calificatoria —recurso que se surtió ya en vigencia del actual C. P. P.— la Fiscalía Delegada ante el Tribunal confirmó las medidas en favor de Farith e Israel de preclusión de la investigación, y la revocó parcialmente al extender este mismo beneficio a Arcesio Bonilla Perdomo, de manera que el compromiso penal permaneció sólo para Dagoberto.

Cumplido el rito de la causa, el *a quo* en su sentencia de condena mantuvo la imputación concursal al procesado, pero suprimió una de las agravantes del homicidio dejándole sólo la de aprovechamiento de la indefensión de la víctima (art. 324-7), a la vez que reconoció en su favor la atenuante de la ira prevista en el artículo 60 del C. P. Consecuente con ello, adoptó las resoluciones antes mencionadas, que el Tribunal Superior del Distrito confirmó en la sentencia que ha sido recurrida en casación (fls. 6, 113, 118 y ss., 168, 227-228, 324, 334 y ss., cuaderno principal 1; cuaderno del fiscal; cuaderno del Tribunal).

La demanda:

Cinco cargos formula el defensor del procesado contra el fallo de segunda instancia así:

Primero. Es violatorio del artículo 29, numeral 4º del C. P., debido a la falta de apreciación de la indagatoria y de varios testimonios.

En su injurada el procesado relató tener la firme convicción de que su tío, el occiso Marco Antonio Bonilla, fue quien años atrás había ordenado matar a su padre —Florentino Perdomo—; que además era él el único enemigo de éste, quien le había advertido que si aparecía muerto el responsable sería Marco Antonio; que él mismo había recibido amenazas directas y reiteradas contra su vida y la de los miembros de su familia, específicamente contra su hermano Arcesio que justamente el día de los hechos le confió que éste lo había mandado matar, siendo todas estas las razones por las cuales él llegó a la convicción de que "tenía que defenderse".

Esas amenazas constantes, graves y reiteradas, fueron confirmadas por los testigos Arcesio Bonilla —hermano del procesado—, Saúl Mayorga, José Orlando Chimbaco que refirió haber sabido de un disparo hecho a otro de los hermanos Bonilla Perdomo sin precisar la autoría y, Justino Ramírez.

Todos los rumores de amenazas del occiso, nacidas en razones de orden patrimonial que se remontan a la venta al padre del procesado

de un predio por parte de la madre común del primero y del segundo, negociación con la que nunca estuvo de acuerdo aquél llegando, según la creencia del procesado y de sus hermanos a dar muerte por medio de un sicario al hermano beneficiado, amenazas conocidas en el ámbito del implicado, le crearon la convicción de que su tío Marco Aurelio tenía preparada la muerte también de cualquiera de los hijos o de la esposa del hermano años atrás muerto para apoderarse de todo o de parte de la finca de la aludida negociación, y que esa muerte se realizaría también a traición.

Y no siendo suficiente para eliminar el riesgo informar del caso a la autoridad, dada la peligrosidad de quien así procedía, se acrecentó en el procesado la creencia de que existía un peligro actual e inminente, del cual debía defenderse.

El Tribunal, afirma el censor, no analizó las pruebas reseñadas y por ello no les dio eficacia probatoria; de haberlo hecho, habría reconocido que el procesado actuó bajo la circunstancia justificante de la legítima defensa.

Segundo. Este cargo se presenta como subsidiario del anterior. La sentencia es violatoria del artículo 40, numeral 3º del C. P.

Se sustenta en los mismos antecedentes históricos y probatorios del cargo anterior, pero con el enfoque jurídico de que el procesado actuó con la convicción errada e invencible de que estaba amparado por una causal de justificación: La necesidad de defenderse y defender a su madre y sus hermanos.

Si se considera que realmente no existió agresión física por parte de la víctima hacia el procesado o sus parientes, "al menos hay que aceptar" —dice— que todos los antecedentes que mediaron sí constituyeron peligro en el mundo síquico del procesado, por la convicción que tenía de que en cualquier momento su tío materializaría sus amenazas.

Con cita doctrinaria afirma que su cliente creyó seriamente "en la inminencia del peligro de la agresión" y esa creencia fue para él absolutamente verosímil dada la seguridad que lo asistía sobre el comportamiento pretérito de su tío y su capacidad de continuar sus agresiones, empeñado como estaba en apoderarse de tierras que no le pertenecían.

Si el Tribunal hubiera apreciado la indagatoria y los testimonios referidos en el primer reproche, habría reconocido la excluyente de culpabilidad a favor del implicado.

Tercero. Cargo también subsidiario del primero. La sentencia es violatoria del artículo 60 del C. P., por indebida apreciación de las versiones del indagado que reflejan claramente el verdadero estado de su vida afectiva.

En su indagatoria, la ampliación y el interrogatorio que absolvió en la audiencia pública, el procesado expresó el estado de desequilibrio sicológico en que quedó a raíz de la muerte de su padre —que él presenció— y que fundadas razones le permitían atribuir a su tío Marco Antonio; también de esa convicción participaban sus hermanos. Su psiquis estaba ya de largo tiempo perturbada por su callado dolor moral. Tal dolor "permanente, intenso, grave e injustamente provocado" se convirtió en ira cuando volvió a ver a su tío, lo que le impidió la "oportunidad psíquica para hacer sufrir a la víctima", es decir, para actuar con sevicia y aprovechar su indefensión. Hallándose en tan obnubilado estado, su único objetivo era eliminar de inmediato a su víctima.

Debió entonces el Tribunal razonar de esta manera, y no atribuirle el agravante de aprovechamiento de la indefensión.

El yerro apreciativo del Tribunal estribó —dice— en considerar que en el estado de ira en que obró el procesado —dolo de ímpetu que lo privó de la "oportunidad psicológica" de captar en su mente la indefensión de la víctima y aprovecharla—, pudo premeditar y preparar ponderadamente el delito y cometerlo en la circunstancia agravante 7ª del artículo 324 del C. P. No tuvo en cuenta el aspecto subjetivo de tal circunstancia, que implica para el sujeto querer hacer el aprovechamiento de la indefensión; si hubiera analizado esta fase comportamental del acusado, manifestada en las pruebas referidas, no se la habría imputado; y si tenía duda al respecto, debió aplicar el principio *in dubio pro reo*. El largo y reiterativo discurso aparece respaldado por citas bibliográficas especializadas.

Añade que doctrina y jurisprudencia "aceptan que en la explosión de la ira generalmente no se piensa hacer sufrir a la víctima" ni se pretende sacar ventaja de su indefensión.

Abundando en la interpretación psicológica de la acción de su patrocinado dice que tanto en el organismo fisiológico como en el mundo psicológico del individuo existe la tendencia al equilibrio. Cuando el sujeto actúa en un estado de tensión busca recuperar su equilibrio emocional. La conducta "tiende a disminuir la tensión" y la actividad intelectual de control "queda en un segundo plano", aquélla es inmediata y no deliberada, aunque a veces hay "un período de vacilación antes de la acción", que tal fue lo que aconteció al procesado "quien no decidido, se debatía entre su debilidad natural y humana de dejarse llevar por sus emociones o abstenerse de ello, hasta que optó por descargar su tensión disparándole al occiso".

Cuarto. Esta censura, presentada como principal, se refiere al delito de porte ilegal de armas. La sentencia viola, por indebida aplicación, el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986 —adoptado como legislación permanente por el 2266 de 1991— , en concordancia con los artículos 40-4

y 26 C. P., todo ello debido al error de apreciación de la prueba de indagatoría y la versión dada por el implicado en la audiencia pública.

El delito en mención es doloso y la responsabilidad objetiva está proscrita por el artículo 5º del C. P. El procesado, persona oriunda y criada en un ambiente "campesino y pueblerino", no tuvo contacto con los medios informativos que le permitieran conocer la prohibición de portar armas sin licencia oficial. En sus explicaciones manifestó no tener costumbre de portar armas y que la usada para el homicidio la tenía guardada como recuerdo. Se expresó, dice el censor, con sinceridad y verosimilitud, y el Tribunal debió creerle conforme al artículo 298 del C. P. P., pero en su sentencia no aludió a este delito, se limitó a confirmar la del Juzgado, que nada dijo sobre la culpabilidad.

Si se hubiera examinado el aspecto intelectivo de esta conducta, no se le habría atribuido al procesado, sino que tendría que haberle reconocido la exclusyente de culpabilidad precitada pues obró con la convicción errada e invencible de que en su acción no concurrían las exigencias propias del delito.

Quinto. Cargo principal. La sentencia viola los artículos 103 y 106 del C. P., en concordancia con los artículos 2341 del C. C. y 55 del C. P. P.

La obligación de reparar perjuicios a consecuencia del delito presupone que ellos deben ser ciertos. Debe estar establecida la relación deudor-acreedor para que aquél sepa a quién pagarle.

El Tribunal se limitó a confirmar la sentencia de primera instancia sin consideración al respecto y da por cierta la existencia de hijos menores del occiso y gastos funerarios, fijando una determinada suma por indemnización; pero en el proceso no se acreditó tal relación familiar ni la dependencia económica de la compañera, y en esas condiciones los perjuicios no podían tasarse. Tampoco se probó la titularidad de la acción civil.

Finalmente, solicita que se case la sentencia y se dicte en reemplazo la que corresponda según los términos de la alegación.

Concepto del Ministerio Público:

Por encontrar que en la demanda no se observan las exigencias mínimas de técnica en materia de casación y que además carece de fundamento en los planteamientos esenciales que la conforman, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, sugiere la no casación del fallo del Tribunal.

Observa que su discurso es reiteración de alegaciones propuestas y resueltas en las instancias; que no presenta con claridad el concepto

de la violación de la ley sustancial que aduce, no señala la causal de casación que le sirve de sustento legal, ni indica qué clase de error pudo cometer el fallador en la apreciación de la prueba.

Concretándose a cada uno de los cargos, advierte, respecto del primero, que aunque el actor habla de falta de apreciación de la indagatoria y de unos testimonios, en verdad lo que hace es criticar la valoración que el fallador otorgó a esos medios, sin indicar cuál fue el error apreciativo que hoy podría cambiar el sentido de la decisión. Destaca además, que la prueba si fue apreciada, tanto así, que precisamente sobre ella se hizo el reconocimiento de la atenuante de la ira; y analizando la figura de la legítima defensa que reclama el actor en esta censura, observa que no se dan los presupuestos de la misma.

En relación con el segundo cargo, violación del artículo 40, numeral 3º del C. P. el funcionario afirma que se contradice con el primero porque, mientras en éste habla de legítima defensa, que presupone una actitud externa de la víctima, en aquél aduce un error nacido en una actitud sin que la víctima exteriorizara agresión alguna. El censor, dice, parece proponer una violación directa de la ley sustantiva pero cae en apreciaciones probatorias, lo que deja sin piso la objeción.

Al rebatir el cargo consistente en violación del artículo 60 del C. P. advierte que carece de solidez debido a que la atenuante fue abonada al implicado y encuentra artificioso el argumento de que, precisamente por haber obrado bajo la ofuscación de la ira no pudo comprender el estado de indefensión de la víctima.

Advierte que la prueba que pregona el actor no valorada sí lo fue, y que por esa razón se reconoció en favor del acusado la referida circunstancia atenuante; que el planteamiento es confuso y antitécnico, porque pese a su enunciado, lo que termina es formulando otro cargo: La aplicación indebida de la agravante 7ª del artículo 324 del C. P. y en últimas se reduce a apreciaciones personales del actor sobre los elementos de juicio considerados por el Tribunal, ignorando el principio de la sana crítica que asiste al juez en la apreciación de la prueba.

Rechaza el cargo cuarto, referido a la imposibilidad del procesado de comprender el dolo en el delito de porte ilegal de armas, pues considera confusa la argumentación y recurre a la valoración de la prueba con el propio criterio del demandante al pregonar la sinceridad o verosimilitud del dicho del acusado, siendo ésta, labor propia del fallador a través de la crítica probatoria. Considera además que el procesado tenía la "conciencia empírica" de la necesidad de licencia para portar armas de fuego, lo que emerge también del hecho de tenerla guardada en su casa.

Por último, el cargo relacionado con las indemnización de perjuicios, por violación de los artículos 103 y 106 del C. P., también lo

rechaza el funcionario, primero, porque en su desarrollo pese a que el cuestionamiento se refiere sólo a los perjuicios morales —art. 106 del C. P.—, extiende las objeciones a los perjuicios materiales y a otros aspectos diferentes no enunciados. Advierte además, que en el proceso existe peritaje de perjuicios y que el juez lo atendió parcialmente en consideración al reconocimiento de la atenuante de la ira; y los daños morales fueron tasados por el juez con la motivación adecuada; por último, el casacionista no objetó la mencionada pericia en su oportunidad, lo que implica que el hecho contra el cual reclama ahora "fue tolerado por él como parte en el proceso".

Consideraciones de la Corte:

De conformidad con lo previsto en el último inciso del artículo 225 del C. P. P.; es permitida la formulación de cargos excluyentes, con la condición de que el actor los plantee separadamente y de manera subsidiaria; por lo tanto, no puede cuestionarse la demanda por contener cargos contradictorios, como lo afirma el señor Procurador al referirse al segundo de los que la conforman. Sin embargo, es cierto, como lo afirma el funcionario, que el escrito acusa inconsistencias técnicas que ponen de manifiesto al menos un descuido en su conformación.

No se menciona la causal de casación que sustenta la petición de infirmación, y no se precisa en qué consistió el error de apreciación probatoria que pudo cometerse en la sentencia; pero por sobre todo, lo que el actor pretende, tal como están concebidas las diversas censuras, es oponer al del Tribunal su propio criterio en torno al sentido y alcance de determinadas pruebas, indicando, no con fundamento en errores atendibles en casación, sino con especulaciones personales, lo que debió decidirse, y olvidando que el fallador de las instancias cuenta con la facultad de apreciación de la prueba conforme a los principios de la sana crítica, que no puede el juez de la casación desconocer para imponer su propio criterio, pues su facultad infirmatoria reposa exclusivamente en la demostración plena de los errores susceptibles de casación que hubieran determinado la sentencia equivocada.

Ahora bien, considerados cada uno de los cargos no obstante las falencias de técnica referidas, y para despejar cualquier duda suspicazmente aludida, encuentra la Corte que el primero —violación del art. 29, numeral 4º del C. P.—, por desconocimiento de la justificante de legítima defensa bajo la cual, en sentir del actor obró su patrocinado, carece de proyección exitosa. En efecto:

El desarrollo de los episodios que culminaron con la muerte de la víctima a manos del procesado no daba margen para estructurar la figura jurídica en comentario. Las injustas amenazas que el procesado decía haber recibido de parte del occiso —y que consideró "ataques" dirigidos a su persona y a sus parientes—, no tuvieron la calidad

de actuales e inminentes, ni el procesado se vio el día de los hechos en la necesidad de defenderse o de defender a los suyos. El occiso estaba de espaldas a él en actitud que de ofensiva nada comportaba, pues se subía a un bus en el momento en que el acusado disparó su arma contra él.

La preexistencia de amenazas provenientes de la víctima que mantenían alerta tanto al procesado como a su familia, y de las cuales más parecía tener conocimiento a través de rumores que por personal experiencia, no asumían la entidad de agresiones propias de la legítima defensa, ni permitían interpretarse como ataques actuales e inminentes. Pudo haberse tratado de amenazas de daños futuros, pero ellos eran remediables noticiando a la autoridad. Más bien lo que el procesado buscó fue cobrar una ofensa pretérita —la muerte de su padre por mandato de la víctima en su concepto así sucedida— y de ella es obvio que ya no podía defenderse con la actitud asumida; vale decir, resultaba y resulta inaplicable la justificante.

Tampoco hubo falta de reconocimiento del error sobre la antijuridicidad de la conducta —numeral 3º del art. 40 del C. P.— que se pregona en el cargo segundo, pues del acontecer histórico que descubre el proceso emerge claro que el acusado no actuó determinado por error sobre la presencia de un hecho que de haber existido habría justificado su conducta.

Se sabe que el occiso estaba desprevenido, de espaldas al implicado, subiéndose a un bus en el momento en que recibió las descargas del arma que ocasionaron su deceso, vale decir, que éste al dispararle no tenía motivos para suponer que sobre él se cernía un ataque actual o inminente de la víctima. El acusado obró con plena conciencia de ilicitud; tanto así, que habiendo visto a su tío en el pueblo, en donde también él se hallaba desde tiempo atrás, se retiró momentáneamente hasta su hogar campesino a conseguir el arma, y ya con ella en su poder, independientemente de que hubiera vacilado para hacerlo, le dio muerte. No hubo, pues causa de error, y menos invencible, para obrar con la convicción de que su acción se desarrollaría bajo los supuestos de la justificante.

En lo atinente al cargo tercero, en que el casacionista aduce inexplicablemente la violación del artículo 60 del C. P. para procurar en últimas la abolición en esta sede, de la agravante 7ª del artículo 324 del C. P. en el delito de homicidio atribuido a su poderdante, mediante la interpretación que a su modo de ver debió darse a las explicaciones del procesado, el discurso, como lo observa el Ministerio Público, es confuso.

No obstante pregonar la equivocada evaluación de la prueba de indagatoria y demás explicaciones del acusado —para lo cual hace tabla rasa de la evidencia probatoria legalmente allegada y no indica la clase de error en la evaluación probatoria que pudo motivar la

imputación de la agravante , lo que haría pensar que se trata de una violación indirecta de la ley sustancial, el actor entremezcla al reproche reflexiones propias y exclusivas de la transgresión directa al insinuar la errada interpretación del concepto de la agravación.

Pero independientemente de la inconsistencia dialéctica destacada, es lo cierto que el aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima no admite duda, y claramente lo dejó expuesto el fallador de segundo grado tras admitir que en el homicidio se dio la atenuante de la ira. Dijo el fallador con fidelidad a la prueba:

> "...Así, al ver a su tío Marco Antonio siguió en otra cantina la ingestión de cerveza, para luego ir hasta el campo a traer el arma de fuego, lo que necesariamente revela no sólo que ya había tomado la decisión de matarlo, sino también escogido el medio, y de nuevo en el perímetro urbano de Tesalia no llevó inmediatamente a cabo la acción homicida, sino que esperó el momento oportuno, el que le permitiría actuar a traición y sobre seguro, siendo este el justo momento en que su pariente de espaldas a él se disponía a subirse en el bus" (fl. 34, cuaderno del Tribunal).

Tampoco, pues, prospera este cargo.

De la misma manera que los anteriores, tampoco puede ser atendida la censura cuarta de la demanda —violación del art. 1º del Decreto 3664 de 1986 y del numeral 4º del art. 40 del C. P.— por equivocada apreciación de las mismas pruebas referidas en los cargos precedentes.

La extracción campesina del implicado no lo sustrajo, y así se infiere de su dicho, del conocimiento general de todo habitante de la República de que el porte de armas de fuego requiere licencia oficial. El delito que por tal concepto se le atribuyó en concurso con el de homicidio, no fue cometido con la errada e invencible convicción de que no lo era, y prueba de ello es que no llevaba su arma de manera consuetudinaria, sino que la mantenía oculta en su hogar. No es cierto entonces, que por error de apreciación probatoria se hubiera caído en la imputación de una responsabilidad meramente objetiva y, además, el actor olvida que el *a quo* analizó los elementos estructurales de este hecho punible en su fallo, que el Tribunal asumió en ese aspecto sin objeciones (fl. 348, cuaderno principal 1).

Suerte pareja a los anteriores, corre el último cargo de la demanda: Violación de los artículos 103 y 106 del C. P. en concordancia con los artículos 2341 del C. C. y 55 del C. P. P.

El demandante no señala el concepto de la violación que alega, y su cuestionamiento en torno a la tasación de perjuicios se reduce a mera especulación. En el proceso hubo peritaje sobre el particular y en él se consideraron los gastos relacionados en la demanda de cons-

titución de parte civil, cuya aceptación no mereció impugnación por la defensa (fls. 227 y ss. del cuaderno principal 1 y cuaderno parte civil), lo que implica que sí se causaron perjuicios —y la experticia tampoco fue objetada, desaprovechando así la defensa la oportunidad de cuestionar los factores que ahora pretende derruir a través de la casación—. Además, en la tasación de los perjuicios materiales se consideró especialmente el reconocimiento de la atenuante de la ira, y los de índole moral se tasaron de conformidad con la preceptiva pertinente. La censura es, por esta causa, ineficaz.

Fallidos todos los cargos, se decidirá de conformidad.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal Superior de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas NO, *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz* NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD

Conviene recordar la diferencia que existe entre los errores in iudicando que como es sabido implican faltas de lógica jurídica en el fallador, y los errores in procedendo que acusan un defecto de actividad por acción o por omisión del juez o de los sujetos procesales.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 34.

Vistos:

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *José Israel Rubio Parada*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual impuso al recurrente la pena de diez (10) años de prisión, por el delito de homicidio.

I. Hechos:

Aproximadamente a las cuatro y media de la tarde del 2 de noviembre de 1991, en la casa-tienda ubicada en el barrio "Pinar del Río" del municipio de Cucutilla, se encontraban José Resurrección Parada —propietario del establecimiento—, Guillermo Miranda, Luis Enrique Contreras y José Israel Rubio Parada, cuando entró Juan Manuel Jaimes Arias, quien manifestó a este último, que él era un hombre y que lo único que no tenía era plata ni armas, levantándose la camisa para evidenciar que estaba desarmado.

Seguidamente, Rubio Parada trató de agredir con cuchillo al recién llegado, sin alcanzar a lesionarlo, gracias a la oportuna intervención del dueño de la tienda.

Juan Manuel abandonó el mencionado local seguido por Rubio Parada, y luego de recorrer algún trayecto, nuevamente fue atacado por éste, quien le propinó mortales heridas con arma cortopunzante que

determinaron su fallecimiento cuando era trasladado a la población de Arboledas en procura de auxilio médico.

II. Actuación procesal:

El Juzgado Promiscuo Municipal de Cucutilla abrió la investigación, oyó en indagatoria al capturado José Israel Rubio Parada y le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

El Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Pamplona calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el procesado como autor presuntamente responsable del delito de homicidio simple.

El Juzgado Primero Superior de Pamplona tramitó la etapa del juicio, celebrando la audiencia pública el 16 de junio de 1992.

El trece de julio siguiente, el Juzgado Tercero Penal del Circuito dictó sentencia condenatoria, imponiéndole al procesado además de la pena principal de 10 años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y el pago de $ 11.800.000.00 por concepto de perjuicios materiales y morales causados con el delito.

Apelado el fallo, el defensor del procesado presentó el alegato correspondiente y dentro del mismo solicitó la celebración de una audiencia pública conforme a las prevenciones del artículo 214 del C. de P. P., a la cual accedió el *ad quem*, y celebrada la misma se dictó sentencia confirmando la recurrida.

III. La demanda:

En el "Capítulo III" del libelo, el casacionista invoca las causales señaladas en los numerales tercero y primero del artículo 220 del C. de P. P. cuyos textos transcribe:

"Fundamentación de las causales.

"Primer cargo: Sentencia dictada en un juicio viciado de nulidad",

por inobservancia del debido proceso.

Aduce el censor que como el Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991 entró a regir el 1º de julio de 1992, el juez de primera instancia no debió dictar sentencia, sino dejar el proceso en secretaría a disposición de los sujetos procesales por el término de 30 días hábiles para preparar la audiencia, solicitar las nulidades y las pruebas que fueron conducentes, en aplicación del artículo 446 del citado estatuto.

Al no haberse procedido de tal manera, dado que la sentencia de primer grado se profirió el 13 de julio de 1992, el juzgamiento está viciado de nulidad.

Argumenta que el juez debió aplicar la nueva normatividad procesal, "y corrobora este error *in judicando* cometido por el juez *a quo*, el procedimiento posterior, como es el de haberse celebrado en segunda instancia diligencia de audiencia pública".

Segundo cargo: El impugnante acusa la sentencia de ser "*violatoria de una norma de derecho sustancial*", proveniente de un error en la apreciación de la prueba, "*en este caso únicamente en la apreciación que al testimonio de la señora Olga Acevedo de Quiñónez*", le dieron los juzgadores de instancia, "*para edificar sobre esta declaración la sentencia condenatoria en contra de José Israel Rubio Parada, porque las demás son de corto alcance probatorio, contradictorias en sí mismas y ... al ser apreciadas en conjunto*".

En el desarrollo del cargo el censor manifiesta su inconformidad con el "valor probatorio" otorgado por los juzgadores "a las pruebas recaudadas", luego aduce que el error radica en que la sentencia condenatoria se fundamentó "en un único y exclusivo testimonio, ...dejando de lado las pruebas que, precisamente, ni siquiera alcanzaron a darle piso serio y real al hecho fáctico en cuanto a su realización se refiere". Alude al acta de levantamiento del cadáver y a la diligencia de necropsia, para radicar el error en que para los sentenciadores no tiene importancia la discrepancia existente entre tales evidencias, y a su vez con "el señalamiento de las heridas que hace la declarante Olga Acevedo de Quiñónez", toda vez que "no se trata de probar simplemente de que ocurrió una muerte", sino de "establecer responsabilidades...".

Agrega que: "Fallaron los juzgadores al apreciar la prueba de cargo y encontrarse única y exclusivamente a la declaración de Olga Acevedo de Quiñónez, declarante que desde un inicio pretende ser la portadora única de la verdad,... que no quiere admitir que otra persona haya visto los hechos..., todo porque tenía una serie de afectos y parcializaciones a favor de Juan Manuel Jaimes Arias, tal como queda probado en autos"; además dice que las circunstancias de visibilidad "no fue en realidad lo que ella narra, porque se encontraba alejada y las condiciones de audibilidad tal como consta en autos, eran nulas, dado que por el lado posterior de la calle corre el río Cucutilla, que impide oír sobre todo a esas distancias".

Reitera la crítica hecha en las instancias en el sentido de que con un "único y exclusivo testimonio", el de Olga Acevedo de Quiñónez, no es posible dictar sentencia condenatoria, máxime cuando la deponente Blanca Beatriz Gélvez, quien impidió que la víctima se refugiara

en su casa, anota que ésta venía sangrando lo cual indica que "la reyerta ocurrió y sobre todo, las heridas las recibió Jaimes Arias... a escasos metros, dos o tres de la tienda de Resurrección Parada, y no frente a la casa de María Helena Parra de Gélvez".

Estima el libelista, que "los falladores de instancia dieron exagerado valor probatorio a esta declaración y dejaron de lado las declaraciones de Inés Parada y los demás vecinos que en un principio alcanzaron a oír y a ver cómo las agresiones se llevaron a cabo dentro y fuera de la tienda de Resurrección Parada", cuyo testimonio, al igual que los de Guillermo Miranda y el primo de la víctima, desprecia el censor "porque ellos se sustraen de informar a la autoridad el verdadero acontecer, y siendo estas pruebas contradictorias vistas en conjunto entre sí", debe aplicarse el principio del *in dubio pro reo*, resolviendo la duda a favor del sentenciado, "tesis principal" que en últimas ha sostenido la defensa, "aún dejando de lado" la legítima defensa y la causal de inculpabilidad "de las que señala respectivamente el artículo (sic) 29 y 40 del Código Penal".

Considera que el fallo quebranta el artículo 294 del C. de P. P. y termina alegando que en el proceso no obra prueba "que conduzca a la verdadera certeza del hecho punible y sobre todo a la certeza de la responsabilidad del sindicado".

En el capítulo IV de la demanda, expresa el libelista que en este juicio viciado de nulidad, además de la violación de las normas sustanciales provenientes de error en la apreciación de la declaración de Olga Acevedo de Quiñónez, "al haberse concedido méritos de convicción exagerados en sus precisos alcances", se violaron las siguientes "normas sustanciales": Artículos 1º, 2º, 6º, 9º, 10, 22, 247, 246, 294, 245, 446 y siguientes del C. P. P., en especial el artículo 249 *ibidem*.

En el capítulo V del libelo que titula "solicitud", el censor afirma que en razón de lo expuesto considera que se ha incurrido en nulidad por haberse violado las normas "*in judicando*" del nuevo C. de P. P., y en consecuencia, debe rehacerse el proceso, dando aplicación al artículo 446 del estatuto en cita.

Considera "también" que el cargo segundo que invoca debe prosperar, porque los juzgadores tuvieron como única y exclusiva prueba para edificar una sentencia condenatoria, "una simple declaración parcializadora", y sólo se quiere "tal vez, no dejar impune el delito, no importando la transgresión reiterada de las nuevas normas del Código de Procedimiento Penal".

IV. Concepto del Procurador Delegado:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia. Estos son sus argumentos:

Causal tercera: Señala que no se vislumbra ninguna irregularidad con capacidad generadora de la nulidad que se invoca, por lo que el cargo debe desestimarse.

Observa que a la fecha en que empezó a regir el nuevo estatuto procesal sólo faltaba dictar sentencia de primer grado en este proceso, luego no era del caso como lo pretende el impugnante, impartirle el trámite previsto en el artículo 446 de la reciente codificación, "porque ello implicaba ni más ni menos que volver sobre actos precluidos bajo el mandato procesal de la anterior codificación y por lo mismo se constituían en ley del proceso".

Agrega que el hecho de que durante el trámite de la segunda instancia se hubiera accedido a la celebración de la audiencia prevista en el actual Código de Procedimiento Penal, "lo que no debió hacerse por respeto del principio de ultractividad de la ley anterior, según el cual debía regirse aplicando a los procesos en trámite, eso no autoriza a acoger el nuevo estatuto procedimental y por ende a retrotraer una actuación cumplida con debida observancia del debido proceso, con la secuela de estar haciendo un híbrido de uno y otro estatuto con irreverencia de lo normado en el artículo 13 transitorio del nuevo C. P. P.".

Causal primera: En criterio de la Delegada, el único cargo que se formula al amparo de esta causal, tampoco está llamado a prosperar, porque su planteamiento se hizo sin sujeción a las reglas de técnica de casación.

Señala que la proposición jurídica completa en la demanda "sale mal librada por la imprecisión en que incurre la censura en la medida en que no cita la norma sustantiva indirectamente transgredida ni señala el sentido de su presunto quebranto (aplicación indebida, exclusión evidente o apreciación errónea), como tampoco se determina la clase de error (de hecho o de derecho) y su forma de generación que funcionó como causa determinante de la infracción normativa".

Relieva que el actor solamente alude, "de manera desarticulada y casi al final del desarrollo del cargo, al artículo 294 del C. P. P. que como norma medio llevó al tipo de violación postulado, pero no dice en qué consistió su quebranto, dejando así incompleta en últimas la misma enunciación del cargo y etérea la acusación, a lo que se agrega una indebida intromisión por los senderos del error de derecho (falso juicio de convicción) al cuestionar acerbamente el coeficiente de credibilidad que el sentenciador le otorgó a un determinado testimonio, y en cuyo cometido el impugnante lo presenta como apoyo fáctico exclusivo del fallo, sin percatarse que al mismo tiempo, deja entrever la existencia de otros testimonios que en su opinión no tienen poder de convicción, con lo cual nada demuestra y lo único que hace es anteponer su personal criterio al del fallador en torno a las pruebas, reviviendo los debates probatorios que ya cumplieron su ciclo en las

instancias, con olvido del carácter subalterno que reviste el ensayo de una nueva visión de esta índole frente a la prevalencia del fallo del *ad quem* que viene precedido de la doble presunción de acierto y legalidad".

Considera el Procurador, que no sepuede pasar desapercibida la inseguridad con que discurre el impugnante, pues desde la enunciación del concepto de la violación, lo deja inconcluso, y ello se hace más evidente en el desarrollo del cargo, donde abandona la singularidad y se pluraliza acerca de "las pruebas recaudadas" como objeto de una inmerecida valoración para enseguida, contradictoriamente, retornar a su inicial postura y hablar así de un "único y exclusivo testimonio" como causa determinante del "error" que aquí pareciera concretar en una especie de falso juicio de existencia por omisión, cuando expresa que el fallador dejó de lado "las pruebas" relativas a la demostración del "hecho fáctico", aludiendo así a las actas de levantamiento del cadáver y de necropsia que no coinciden en el número de heridas que le fueron inferidas a la víctima como tampoco éstas concuerdan con las que refiere el testimonio excepcional.

Otra falla de técnica del escrito de demanda, radica en que no indica el libelista de qué manera esas descripciones incidieron en la decisión que se cuestiona, "con lo cual pareciera que se formulara otro 'cargo', que en el fondo apunta a un falso juicio de convicción y que desde temprano es el tema cortical que realmente inquieta al demandante, no pudiéndose conocer de manera transparente la clase de error que aquí se denuncia...".

Agrega que si se interpretara la censura como error generado por un falso juicio de convicción, tampoco fructificaría por la consideración de que los medios de convicción que cita no se hallan sometidos a tarifa legal alguna y en cambio sí a la libre apreciación racional de la sana crítica que carece de todo molde o dogma de valoración probatoria para el funcionario, quien en esta función tan solo se encuentra limitado por la Constitución y la ley.

V. Consideraciones de la Corte:

1ª El Código de Procedimiento Penal vigente en su artículo 225 contempla la posibilidad de que la demanda de casación pueda plantear cargos excluyentes entre sí, a condición de que ellos se presenten separadamente y de modo subsidiario.

Para el caso presente, el demandante desconoció tales exigencias, pues formula dos cargos: Uno al amparo de la causal tercera y otro con apoyo en la causal primera, entremezclándolos en su presentación como si se tratara de un escrito de estilo libre, y en tales condiciones obviamente no podía llegar a la precisión que cada cargo requiere, mucho menos a su demostración y a la correspondiente petición.

2ª La demanda en general, deja entrever el desconocimiento de los fines de la casación, así como de todas las reglas sobre la materia: La claridad en el señalamiento del error, su demostración, la trascendencia del mismo respecto al fallo cuestionado y la petición correspondiente.

Al respecto bien vale la pena traer a colación pronunciamiento de la Corte de julio 23 de 1991, con ponencia de quien ahora cumple ese mismo cometido, que dice así:

> "...Respecto de los fines de la casación, es oportuno recordarle a la impugnante que se trata, entre otras, de la efectividad de derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, razón por la cual la sentencia se debe atacar en cuanto a su legalidad, no simplemente porque no se comparta el criterio allí expuesto.
>
> "Conocer los fines de la casación es indispensable para comprender que las exigencias formales no son un puro capricho del legislador ni un invento de la jurisprudencia, sino una condición inherente a su propia naturaleza".

En cuanto a las normas sustanciales y procesales que se consideran vulneradas, el libelista en el capítulo IV de su escrito se limita a señalar que, "en este juicio viciado de nulidad, además de la violación de las normas sustanciales provenientes del error en la apreciación de la prueba", se vulneraron una serie de normas del Código de Procedimiento Penal las cuales cita y califica de sustanciales, pero sin determinar en qué consistió la transgresión y cuál es la relación que existe entre ellas, con lo que deja a la Corte prácticamente sin entender qué es lo que busca con el libelo. No obstante lo anterior, la Sala se permite hacer algunas precisiones respecto a cada una de las dos censuras a que se refiere la demanda:

3ª Causal tercera: Nulidad por violación al debido proceso.

Para empezar conviene recordar la diferencia que existe entre los errores *in judicando* que como es sabido implican faltas de lógica jurídica en el fallador, y los errores *in procedendo* que acusan un defecto de actividad por acción o por omisión del juez o de los sujetos procesales.

Lo antes expuesto permite concluir que el censor confunde el concepto de los dos errores enunciados, cuando afirma que el juez de primera instancia incurrió en un error *"in judicando"* (sic), que radica en el hecho de que al entrar a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, el juez de primera instancia no debió fallar el proceso, sino dejarlo en la Secretaría a disposición de los sujetos procesales por el término de 30 días hábiles para preparar la audiencia, solicitar las nulidades y las pruebas que fueran conducentes, en aplicación del artículo 446 del citado estatuto.

Consultando las normas de procedimiento aplicables durante el curso del proceso, se tiene que fue iniciado en vigencia del Decreto 050 de 1987, sin que la actuación hubiera culminado para el 1º de julio de 1992, fecha de iniciación del Decreto 2700 de 1991, y por previsión expresa del artículo 13 —norma transitoria— de este nuevo ordenamiento el trámite debía concluir bajo las reglas de la ley de procedimiento anterior, pues la condición allí prevista de que se "haya iniciado la audiencia pública" se daba en este proceso, toda vez que tal diligencia se celebró el 16 de junio de 1991, tal como obra a folio 308 del cuaderno original, y lo reconoce el demandante.

Correspondiéndole al Juzgado Tercero Penal del Circuito dictar sentencia, así procedió a hacerlo el 13 de julio de 1992, sin que resulte atinado pretender, como lo hace el libelista, que por el simple hecho de que la sentencia se dictó cuando ya había entrado en vigencia el nuevo estatuto, el juez debía retrotraer la actuación cumplida con observancia de la normatividad vigente y del debido proceso, para repetirla desconociendo lo normado en el artículo 13 transitorio del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, el hecho de que durante el trámite de la segunda instancia se hubiera accedido a la petición del señor defensor, en cuanto a la celebración de la audiencia pública prevista en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal vigente, es un argumento carente de consistencia y seriedad para tratar de demostrar que el juez de primera instancia incurrió en una irregularidad constitutiva de nulidad al no retrotraer el proceso tramitado en legal forma para dar aplicación al citado artículo 446 *ibídem*, planteamiento evidentemente ilógico e inaceptable, pues lo único que demuestra es que el procesado tuvo doble oportunidad de sustentar el recurso de apelación de la sentencia.

Son suficientes los anteriores planteamientos, para inferir cumplidos los trámites que en el caso bajo estudio tenían operancia en la primera instancia, desestimando como consecuencia la sugerida violación del debido proceso y de contera el cargo primero planteado en la demanda.

4º Causal primera.

Son tan garrafales los errores de técnica en que incurre el libelista en la presentación y desarrollo de este segundo reproche que formula, que evidentemente como lo concluye el Ministerio Público tornan impróspero el cargo.

En efecto, el censor omite precisar si la violación de la norma de derecho sustancial que enuncia, lo es por vía directa o indirecta, pues en el capítulo III de la demanda al referirse a las *"causales de casación que invocan"* transcribe en su totalidad el numeral primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Si nos atenemos al planteamiento expuesto en el desarrollo del cargo, podría inferirse que la vía escogida es la indirecta, pues el actor afirma que la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, pero la imprecisión en que incurre en la censura es de tal grado, que no cita la norma sustancial indirectamente transgredida, ni señala el sentido de su presunto quebranto (aplicación indebida o falta de aplicación), como tampoco determina la clase de error (de hecho o de derecho).

Al respecto, cabe observar que el libelista en el desarrollo del cargo se limita a decir que la defensa en últimas ha sostenido que debió aplicarse el principio del *in dubio pro reo*, "aún dejando de lado la libre espontánea y sincera predicación de una causal de justificación, como es la legítima defensa y en el subfondo una causal de inculpabilidad de las que señala respectivamente el artículo 29 y 40 del Código Penal".

Este aparte de la demanda anteriormente transcrito, deja ver la inseguridad con que discurre el impugnante, que en últimas termina diciendo que debe darse paso a la aplicación de la duda en favor del procesado; que cree que los falladores de instancia han dado al traste con el artículo 294 del C. de P. P.; y que "no obra en el proceso prueba que conduzca a la verdadera certeza del hecho punible y sobre todo a la certeza de la responsabilidad del sindicado".

La confusión del libelista obviamente impide saber cuál es en definitiva su verdadera pretensión.

De otro lado, el demandante no logró definir ni concretar su ataque a la apreciación probatoria efectuada por el fallador. Inicialmente plantea que el error radica *"en este caso únicamente en la apreciación que al testimonio de la señora Olga Acevedo de Quiñónez"*, le han dado los juzgadores de instancia, dirigiendo su censura por el camino del error de derecho por falso juicio de convicción al cuestionar el grado de credibilidad que le otorgó el sentenciador, para cuyo objetivo presenta este testimonio como único y exclusivo apoyo fáctico del fallo, sin tener en cuenta que simultáneamente está admitiendo la existencia de otros testimonios que en su opinión no tienen poder de convicción, "porque ellos se sustraen de informar a la autoridad el verdadero acontecer".

De ahí que la Delegada tenga plena razón en anotar que el libelista "nada demuestra y lo único que hace es anteponer su personal criterio al del fallador en torno a las pruebas, reviviendo debates probatorios que ya cumplieron su ciclo en las instancias".

Según el casacionista los juzgadores de instancia incurrieron en un grave error de repercusiones definitivas en el proceso, al dejar de lado "las pruebas" relativas a la demostración del "hecho fáctico", refiriéndose a las diligencias del levantamiento del cadáver y de la

necropsia, pero tal reproche lo traslada enseguida a otra postura, cuando afirma, que "no se trata de probar simplemente que existió una muerte", sino de establecer la responsabilidad del procesado, aludiendo que tales diligencias no coinciden en el número de heridas que le fueron inferidas a la víctima, como tampoco estas concuerdan con las que refiere la declarante Olga Acevedo de Quiñónez.

De lo anteriormente expuesto, concluye el libelista que debió aplicarse el principio del *in dubio pro reo*, sin indicar de qué manera esas discrepancias incidieron en la decisión cuestionada, limitándose a decir que "fallaron extrañamente los sentenciadores al mantener la posición de que no importa, tal vez, si la víctima recibió cuatro, seis o una herida...".

Así las cosas, en el fondo, lo que persigue el casacionista es convencer a la Sala de que su modo de ver, interpretar y valorar los hechos imputados, es el que corresponde y debe tenerse en cuenta en detrimento de la sentencia impugnada, que por esta simple oposición de criterios ha de ser desechada. La Sala reiteradamente se ha pronunciado en el sentido de que el enfrentamiento de conceptos en sede de casación no es de recibo. La sentencia de segunda instancia está amparada con la doble presunción de acierto y legalidad. Por ello su desquiciamiento sólo procede cuando se demuestra su contrariedad con el derecho y no con la visión particular del impugnante.

Tampoco prospera este cargo.

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 NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* NO, *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / INDAGATORIA / DECLARACION SANA CRITICA

Siendo la violación indirecta el motivo del reproche escogido, la jurisprudencia mucho a dicho que al actor le toca no sólo demostrar la incidencia del error propuesto, sino hacer un examen de todo el material probatorio tenido en cuenta en el fallo. / En realidad más por costumbre que por cualquier otra cosa que se suele llamar "declaración" la que rinde el testigo, y simplemente indagatoria la versión que da el procesado sin juramento. / La omisión de no tomar juramento cuando el indagado hace cargos a terceros no torna en inexistentes las dichas injuradas. En estos casos el juramento se utiliza, por decirlo así, para darle mayor seriedad a la acusación que en determinado momento haga el indagado. / Desde ya más de un lustro el Código de Procedimiento Penal acabó con la tarifa para apreciar las pruebas o para darles determinado valor, reinando por el contrario, el sistema de la sana crítica, o apreciación racional.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 32, marzo 24 de 1994.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 1º de marzo de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a los abogados *Luz Marina Sanabria Valderrama* y *Eduardo Velandia Sierra* a un año de prisión por el delito de fraude procesal.

Antecedentes:

El 30 de noviembre de 1985, Luis Hernando Santana Castiblanco y Hernando González, celebraron un contrato de arrendamiento por medio del cual el primero alquiló al segundo el primer piso del inmueble ubicado en la calle 90 número 30-20 de Santafé de Bogotá.

El 29 de octubre de 1986, Santana Castiblanco vendió el referido inmueble a su esposa Sixta Tulia Ariza Suárez, iniciándose entonces las conversaciones respectivas con el arrendatario González, a fin de que éste entregara el inmueble, negándose éste a hacerlo, alegando vigencia del contrato y mejoras al local arrendado.

Así las cosas, Luis Hernando Santana Castiblanco y Sixta Tulia Ariza Suárez acudieron a los abogados Eduardo Velandia Sierra y Luz Marina Sanabria Valderrama, de los cuales se dice que son esposos, quienes, según se afirma, elaboraron con fecha 29 de octubre de 1986 un contrato en el cual hacen aparecer a Sixta Tulia arrendándole a Luis Hernando el primer piso del inmueble en mención, contrato con base en el cual la primera promovió en contra del segundo, en abril de 1988, un proceso de lanzamiento, que terminó con sentencia del 10 de junio siguiente, proferida por el Juzgado 15 Civil Municipal, mediante la cual se ordenó lanzar al demandado Santana Castiblanco y entregarle el inmueble a la demandante Sixta Tulia Ariza Suárez, quien estuvo representada en ese proceso por la abogada Luz Marina Sanabria Valderrama, mientras el demandado, o sea su esposo Santana Castiblanco, no tuvo apoderado, no obstante ser cliente del abogado Eduardo Velandia Sierra.

2. El 12 de agosto de 1988, el arrendatario Hernando González, formuló denuncia penal por fraude procesal contra los mencionados esposos Santana-Ariza y contra "la apoderada de éstos" (fl. 2-1), precisando que como no se le había podido lanzar, se usó ese "contrato ficticio" para lograrlo.

Luego de algunas diligencias preliminares y de allegar las copias pertinentes del Juzgado 15 Civil, el Juzgado 8º de Instrucción Criminal de esta ciudad abrió investigación e indagó a Santana Castiblanco (de 65 años de edad y estudios primarios) y Sixta Tulia Ariza, quienes sostuvieron haber obrado de buena fe y confiado en los abogados referidos, los cuales, dicen, hicieron "todos los papeles" (fls. 30, 39, 61). Entre otras cosas, dijo la indagada Sixta Tulia: "...la esposa de él es abogada, y me dijo él que le diera el poder a ella porque él era el abogado también de mi esposo y los dos o mejor él no podría ser abogado de los dos, la esposa se llama Luz Marina, le di el poder a ella y no sé qué hicieron los dos, desconozco ese procedimiento, yo confié ciegamente en él porque son los que saben de justicia..." (fl. 63-1).

3. Mediante auto del 28 de agosto de 1989 (fls. 11 y ss.), se decretó, por una parte, cesación de procedimiento respecto de Luis Hernando Santana Castiblanco y Sixta Tulia Ariza Suárez; el primero por fallecimiento y a la segunda por haber obrado con entera buena fe. De otro lado, se ordenó oír en indagatoria al abogado Eduardo Velandia Sierra.

Esa decisión fue recurrida en reposición y, subsidiariamente, en apelación por el agente del Ministerio Público, con miras a que se

continuara la investigación en torno a Sixta Tulia y se ordenara la vinculación al sumario de la abogada Luz Marina Sanabria Valderrama, a lo cual accedió el Juzgado, reponiendo el proveído (fls. 115 y ss.-1).

Un perito determinó que el contrato base del lanzamiento y el poder otorgado a la abogada Luz Marina Sanabria Valderrama, fueron elaborados en la misma máquina (fls. 156 y ss.-1).

Los abogados imputados fueron citados y no comparecieron, razón por la cual se ordenó su captura, con resultados negativos. Por ello, se las declaró personas ausentes (fls. 172 y ss.).

4. La investigación fue cerrada y luego calificada con auto del 3 de febrero de 1992, en los siguientes términos: a) Cesación de procedimiento en relación con Sixta Tulia Ariza, sobre la base de que actuó sin dolo; b) Resolución acusatoria para los dos abogados sindicados, por el delito de fraude procesal definido en el artículo 182 del Código Penal, advirtiéndose que Velandia Sierra actuó como determinador y Sanabria Valderrama como "autora material" (fls. 187 y ss.-1).

5. El Juzgado Tercero Penal del Circuito asumió el conocimiento de la causa y practicó algunas pruebas, entre ellas la declaración del abogado Carlos Armando Silva Salinas, quien sostuvo haber sido compañero de oficina de Luz Marina Sanabria Valderrama, condición en la que le constaba que el señor Santana frecuentaba mucho la oficina ya que pretendía a la secretaria de la misma, siendo entonces que un día le pidió a él directamente el favor de que le elaborara un contrato de arrendamiento, en el cual Sixta Tulia le arrendaba a Santana, petición a la cual accedió gustosamente (fls. 270 y ss.).

La audiencia pública se llevó a cabo el 7 de diciembre de 1992 (fls. 294 y ss.), dictándose sentencia el 17 subsiguiente, por medio de la cual, en armonía con la acusación, los procesados fueron condenados, cada uno, a la pena principal de un (1) año de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios, concediéndoseles la condena de ejecución condicional (fls. 309 y ss.-1).

Apelaron del fallo los procesados, y el Tribunal, por medio del suyo que recurrieron éstos en casación, la confirmó íntegramente (fls. 3 y ss.-2).

Como solamente se presentó demanda de casación en relación con la procesada Sanabria Valderrama, esta Sala declaró desierta la impugnación con respecto al acusado Velandia Sierra. En cuanto a la demanda presentada, se le declaró ajustada (fl. 3, cuaderno de la Corte).

La demanda:

"Primera causal que se invoca".

La casacionista copia toda la causal primera de casación (art. 220-1 del C. de P. P.), para afirmar que el fallador incurrió en error de hecho

al presumir la existencia de "declaraciones" según las cuales los procesados Velandia Sierra y Sanabria Valderrama son cónyuges.

Señala que esa relación conyugal fue tomada como indicio en contra de los acusados y reitera que sin tener en cuenta esa relación entre ellos, "las conclusiones habrían sido diferentes" (fl. 53-2).

Dice la censora que si los procesados no hacen vida en común "mal puede hablarse de que el primero indujo al segundo a dar poder a su esposa Luz Marina Sanabria" (fl. 54-2).

"Es por lo tanto —dice—, jurídico y justo pedir que se invalide la sentencia y se dicte, en su reemplazo, sentencia absolutoria en favor de mi poderdante..." (fl. cit.).

"Segunda causal que se invoca".

Aquí transcribe la demandante la primera parte de la causal primera referida y señala que los cargos que Santana Castiblanco y Sixta Tulia Ariza hicieron a su representada, no fueron juramentados, debiéndose entonces considerar inexistentes, según el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal. Dice que hay error de derecho al violarse ese artículo y su homólogo 379, y recalca que de esas versiones —que no "testimonios", dice— el fallador dedujo indicios de que los procesados eran esposos y que habían actuado en común acuerdo.

"Tercera causal que se invoca".

Vuelve a transcribir la primera parte de la causal aludida, para inmediatamente después referirse al artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, "que afirma que ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida", y dice a continuación:

> "La Sala sentenciadora al hablar del segundo indicio, o sea el calificado de capacidad intelectual, le da el valor a unos cheques que obran en el proceso, pero que fueron entregados por la apoderada Ariza junto con un memorial de conclusión, donde pedía la cesación de procedimiento para su cliente. No existe auto donde hubiera ordenado la aducción de esta prueba. Y en consecuencia, dando aplicación a la norma referida ha debido, por ese hecho, no tenerla en cuenta".

Pero dice que sí se la consideró y precisa: "Por lo anterior ruego casar la sentencia en virtud de que el sentenciador incurrió en un error de derecho al admitir y conceder valor probatorio a un hecho aducido al proceso, irregularmente, con omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción. Y es claro que si en ese indicio basa la sentencia la responsabilidad de los encartados, la honorable Sala de la Corte, al dictar la sentencia debe absolverlos de todo cargo, como en efecto lo pido para mi patrocinada" (fls. 58 y 59 *ibídem*).

"Cuarta causal invocada".

Alude nuevamente la demandante a la primera parte de la causal primera, para señalar que el Tribunal no dio credibilidad al testigo Carlos Silva Salinas, al haber estimado el fallador que "es improbable ese amorío", refiriéndose a las pretensiones de Santa Castiblanco hacia la secretaria de la oficina suya y de Sanabria Valderrama.

Dice la casacionista:

> "O sea que la Sala le niega todo valor a una declaración recibida con la plenitud de las formas exigidas por la ley procesal, por la sencilla razón de que obra otro testimonio sobre el mismo hecho, pero sin la formalidad del juramento. En otras palabras pesa más una versión sin juramento, que una versión, o mejor, que una declaración debidamente juramentada. Pesa más una disculpa para encubrir la responsabilidad que una declaración de un tercero" (fl. 59).

Y luego señala: "En esta circunstancia estamos en presencia de un error de derecho, en la segunda modalidad de la clasificación admitida por la honorable Corte Suprema de Justicia, o sea cuando el sentenciador valora un hecho probatorio y le otorga un mérito inferior al que le fija el legislador", para terminar de la siguiente manera:

> "Si se le diera valor a esta prueba, la conclusión sería, como es la realidad, que el contrato fue ordenado por Santana, quien dio los datos, que fue redactado por Carlos Silva en 1986, es decir mucho antes de iniciarse el juicio, que fue hecho en la misma máquina en que se escribió el poder por ocupar la misma oficina de Luz Marina Sanabria, que fue, como lo dice el esperetito (sic) de medicina legal, escrito en épocas diferentes, y que en su redacción nada tiene que ver ni el abogado Velandia Sierra ni mis poderdantes, de quienes no se puede predicar, legalmente, que son casados, pero ni siquiera que hacen vida común.
>
> "Esto bastaría para pedir a la Sala una sentencia absolutoria, una vez se haya casado la sentencia recurrida.
>
> "Pero, hay más. El argumento de que Santana era un anciano y por eso no podía tener relaciones amorosas se desvirtúa por cuanto hacía escasos meses se había casado con Sixta Tulia Ariza.
>
> "Finalmente, en el acta donde se recibió el testimonio del doctor Silva no se escribieron condiciones o circunstancias para concluir la no credibilidad del testigo, como se estipula en el artículo 295 del C. de P. P." (fl. 60).

Pido, entonces, que se case el fallo y se absuelva a su protegida.

Concepto de la Delegada:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, aborda del siguiente modo los cargos preindicados:

Cargo primero.

A este y a todos los demás cargos le enrostra la Delegada la no mención de la norma sustancial violada ni la incidencia en el fallo de los yerros argüidos.

En concreto, dice la Delegada que no necesariamente debe asimilarse "la declaración" a "la figura jurídica del testimonio". "Muy por el contrario —expresa—, *declaración* es un término de carácter genérico con el cual la ley y los funcionarios judiciales se refieren indistintamente a un acto procesal que contiene la afirmación de la existencia de una relación jurídica o de un hecho, que hace una persona que ha participado dentro de la actuación, bien que esté siendo procesada o no, ora que la haya hecho bajo la gravedad del juramento o sin ella; o bien y en sentido más restringido, aquella 'deposición que bajo juramento hace el testigo o el perito en causas criminales o en pleitos civiles, y la que hace el reo sin llenar aquel requisito', como lo define en una de sus acepciones el Diccionario de la Real Academia de la Lengua".

En apoyo de lo genérico del término "declaración" evoca la Delegada los artículos 283, 104 y 364 del Código de Procedimiento Penal y reitera que en sus injuradas los iniciales sindicados Santana Castiblanco y Sixta Tulia Ariza sí afirmaron la relación conyugal entre los procesados Yolandia Sierra y Sanabria Valderrama.

Entonces, conceptúa que el cargo no debe prosperar.

Cargo segundo.

Acerca de la omisión de juramento a los sindicados Santana y Ariza cuando hicieron cargos a los procesados, el Procurador Delegado cataloga de "etéreas" las alegaciones de la demandante (fl. 14), a quien le endilga no demostrar la necesidad del fallo de reemplazo que pide.

Sobre la anotada omisión dice que "no es irregularidad que trascienda al poder de convicción que puedan ofrecer sus declaraciones, ni es informalidad que impida la apreciación de la prueba" (fl. 15).

Recalca que no se trata, pues, de una formalidad esencial, y anota: "En reiteradas ocasiones la Corte y esta Delegada han manifestado su opinión al respecto, fijando precisamente el alcance de aquel juramento en la indagatoria, explicando que él tiene la función de otorgar una mayor seguridad a las aserciones del imputado y de evitar, o tratar de hacerlo, sindicaciones injustas que respondan a un propósito mera-

mente defensivo. Tal es su naturaleza, no la de ser una formalidad esencial de la diligencia, razón por la cual su omisión no impide en forma alguna la apreciación de su contenido con el alcance que racionalmente le otorgue el sentenciador".

Concluye entonces en la no prosperidad del cargo.

Cargo tercero.

En relación con los cheques que dice el censor no se ordenaron tener como prueba, la Delegada señala que el libelo no indica "en qué medida, suprimida esa prueba indirecta, la sentencia perdería todo su valor y se impondría, por fuerza de la demostración que eludió, una decisión de sentido contrario como la que reclama".

Piensa también que el momento procesal en que se aportaron los cheques (con las alegaciones precalificatorias), "impedía el proferimiento de un auto separado en el cual se admitiera como medio de prueba tal reproducción..." (fl. 17), siendo entonces suplida esa orden procesal por el mismo proveído de calificación, además de que en el auto que abrió investigación se ordenaron practicar todas las pruebas. Dice la Delegada: "Como tales documentos y pruebas no requerían de formalidad especial para su práctica o incorporación al proceso, la orden general de allegar todas aquellas tendientes al esclarecimiento de los hechos permite cobijar los cheques aportados" (fl. 18).

De todos modos, el Código de Procedimiento Penal aquí aplicable (el de 1991) no prevé esa necesidad de ordenar que se tenga como prueba determinado hecho, contemplado, sí, la "necesidad del juicio sobre la prueba" (fl. 19).

Considera que de todas maneras esa prueba pudo ser controvertida, razón de más para que el cargo no prospere.

Cargo cuarto.

Sobre la crítica que el casacionista hace a la valoración del testimonio del abogado Silva Salinas, la Delegada recuerda la improcedencia del ataque por el error de derecho que lanza el actor, precisando que en la actualidad rige el sistema de la sana crítica para la valoración probatoria. "Nada hay más que decir —anota—. Lo antitécnico del cargo releva a esta oficina de cualquier otra consideración. El ataque no debe prosperar" (fl. 22).

Es del criterio, pues, que el fallo no sea casado.

Se considera:

A lo dicho por la Delegada, que esta Sala comparte, cabe añadir:

1. Por mandato del artículo transitorio 13 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991. La audiencia pública se

inició el 7 de diciembre de 1992), este es el ordenamiento aplicable al presente asunto, de donde son impertinentes (pues, además, no resultan favorables) las menciones que hace la casacionista al código derogado.

2. El delito por el cual se sentenció en este caso, es el de fraude procesal, que el artículo 182 del Código Penal sanciona con pena máxima de 5 años de prisión.

Aunque por virtud de la Ley 81 de 1993 (que introdujo modificaciones al C. de P. P.), el recurso de casación solamente procede respecto de delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad máxima de 6 años o más, el fraude procesal estaría en principio excluido de esta impugnación extraordinaria, es lo cierto que por ser en este caso más favorable la norma derogada, como que con base en ella y como consecuencia de este recurso podría obtenerse la absolución del procesado, se le dará a ésta (art. 218) aplicación ultractiva.

3. En todos los cargos (que la demandante denomina "causales") la casacionista calla el sentido de la violación, dando a entender la mayoría de las veces que acude a la violación directa de la ley, pues es la parte del artículo que copia.

Empero, del desarrollo de los reproches aludidos, se desprende que se refiere a la violación indirecta de la ley, pues las censuras tratan de reparos probatorios.

Siendo, pues, esa la clase de violación escogida, la jurisprudencia mucho ha dicho que al actor le toca no sólo demostrar la incidencia del error propuesto, sino hacer un examen de todo el material probatorio tenido en cuenta en el fallo. Ninguna de esas dos exigencias las cumple la casacionista, quien se limita a realizar un ataque parcelado, únicamente con respecto de la prueba que estima con defectos.

Hechas las anteriores consideraciones generales, la Sala pasará a examinar los cargos.

Cargo primero.

Dice la censora que no existe en el proceso "declaración" que afirme la relación conyugal entre los procesados Yolandia Sierra y Sanabria Valderrama, y que el sentenciador, al afirmar lo contrario, "supuso" esa prueba. Eso sostiene la demandante, pues estima que las indagatorias de los iniciales sindicados, Luis Hernando Santana Castiblanco y Sixta Tulia Ariza Suárez, no pueden llamarse "declaraciones".

Al respecto basta decir que a la indagatoria se le puede llamar con toda legitimidad *declaración de indagatoria*. Como analizó la Delegada, el término "declaración" es, procesalmente hablando, tan genérico que puede calificar de la manera vista la indagatoria.

Es en realidad más por costumbre que por cualquier otra cosa que se suele llamar "declaración" la que rinde el testigo, y simplemente indagatoria la versión que da el procesado sin juramento.

Entonces, al denominar "declaraciones" las indagatorias aludidas, el fallador no supuso prueba alguna, ya que es constatable a folios 39 y 61-1, que los sindicados Santana Castiblanco y Ariza Suárez, afirmaron haber conocido como "esposos" a los procesados.

Hechas las anteriores advertencias, resulta claro que el cargo no tiene soporte fáctico ni jurídico, razón suficiente para que no prospere.

Cargo segundo.

Afirma el casacionista que los cargos que los indagados Santana Castiblanco y Sixta Tulia Ariza hicieron a los procesados, deben estimarse como inexistentes, como que no fueron hechos bajo la gravedad del juramento.

Ya dijo con razón la Delegada, en concepto que la Sala comparte, que si tal omisión ocurrió realmente, ella no es esencial y carece, por tanto, de la capacidad para tornar inexistentes las dichas injuradas. En estos casos de cargos a terceros, el juramento se utiliza, por decirlo así, para darle mayor seriedad a la acusación que en determinado momento haga el indagado.

Siendo ello de tal modo, resulta obvio que el cargo en cuestión no prospere.

Cargo tercero.

El hecho de no haberse ordenado explícitamente tener como pruebas los cheques que en fotocopia aportó la defensora de Sixta Tulia Ariza Suárez al momento de alegar precalificatoriamente, es cuestión que no invalida ese elemento de juicio, sustancialmente porque el momento procesal que sirvió de escenario a la aportación de esa prueba excluía dictar un auto aparte ordenando tenerla como tal, siendo entonces en la providencia calificatoria donde se debía mencionar y analizar según su conducencia, como efectivamente se hizo.

Además, en el auto de apertura de investigación (fl. 30-1), se ordenó, entre otras cosas, practicar "las demás diligencias que conlleven al esclarecimiento de los hechos", dentro de las cuales obviamente están las fotocopias de los cheques que por honorarios pagó Sixta Tulia Ariza a los abogados procesados.

No prospera entonces el cargo.

Cargo cuarto.

Gira en torno a la valoración del testimonio del abogado Carlos Silva Salinas.

Lo primero que hay que decir al respecto es que desde ya más de un lustro el Código de Procedimiento Penal acabó con la tarifa para apreciar las pruebas o para darles determinado valor, reinando por el contrario, el sistema de la sana crítica, o apreciación racional.

De suerte que si la ley no le asigna ningún valor al testimonio, resulta entonces desacertado este cargo, en cuanto expresamente el censor dice que al testimonio de Silva Salinas se le dio un valor diverso al que la ley le asigna.

En todo caso no aparece irracional el repudio que el sentenciador hizo de esa prueba, estimando sustancialmente que quizás el testigo Silva Salinas se decidió a declarar cuando ya conocía el fallecimiento de Santana Castiblanco, y entonces no tendría problemas al endilgarle a éste haber dictado el contrato de arrendamiento cuestionado. Tampoco peca contra la lógica el comentario del sentenciador en el sentido de que siendo Santana Castiblanco un hombre de más de 60 años y casado, es poco creíble que corriera a la secretaría que el testigo menciona afirma haber compartido con la abogada procesada.

Este cargo, pues, también fracasa.

Por último, no sobra reproducir una parte bastante llamativa del fallo impugnado, en cuanto resume bien la actuación de los dos procesados: "El hecho indicado es que los sindicados Velandia y Sanabria Valderrama, sabiendo que Hernando Santana y Sixta Tulia Ariza, eran cónyuges y que Santana no residía en el predio objeto de restitución y lanzamiento, sino el señor Hernando González, incoaron la respectiva demanda (ya se dijo que Velandia como determinador y Sanabria como autora material) contra Santana, con el fin de perjudicar a González, quien era el verdadero inquilino, obteniendo sentencia contraria a la ley y a consecuencia del error en que fue inducida la Juez 15 Civil Municipal de esa capital" (fl. 35-2).

En fin, 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.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas NO, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez* NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Goraillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / RECUSACION / SANCION DISCIPLINARIA

El artículo 50 del Decreto 1888 de 1989 trata el tema de impedimentos y recusaciones extendiéndolo no sólo para los funcionarios y empleados que prestan sus servicios a la Procuraduría General de la Nación y que participan en la investigación, sino también para los magistrados, jueces y secretarios, en cuyo caso se regularán por lo dispuesto en las normas procedimentales. / Si bien el inciso segundo prescribe que en el caso del Ministerio Público la decisión la tomará el superior inmediato, guarda silencio respecto a los funcionarios judiciales y sus secretarios. Se debería, por fuerza, acudir al estatuto procedimental, en guarda del principio de integración encargado de suplir cualquier carencia al respecto. / Se encuentra una referencia en el artículo 106 de la obra en mención cuando indica que en tratándose de un impedimento propuesto por un magistrado del Tribunal Superior o del Tribunal Nacional, la cuestión debe dirimirla la Corte Suprema de Justicia. Ello sería cierto en aquellos supuestos en los cuales el asunto permita su discusión en dos instancias, pero aquí el trámite se agota en el rango inferior, y sólo, por ministerio de la ley, el superior tiene la posibilidad de intervenir a través de la acción de revisión correspondiente.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 34.

Vistos:

Mediante Resolución 035 de 1993, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial le solicitó al Tribunal Nacional que en Sala Disciplinaria sancionara al doctor *Julio Eduardo Arboleda Ripoll* por haber incurrido —como secretario de esa Corporación— en falta contra la eficacia de la administración de justicia.

Registrado el respectivo proyecto por parte del ponente, uno de los magistrados convocados a la decisión patentizó su impedimento para participar en el conocimiento del asunto, manifestación que declaró infundada la respectiva Sala Dual, dando origen a la remisión del expediente a esta Corporación "para los efectos del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal".

Antecedentes:

1. A raíz de la solicitud de investigación elevada por el Tribunal Superior de Antioquia ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial en relación a la parálisis de que fue objeto el proceso penal seguido contra Félix Martínez, en el Tribunal Superior de Orden Público, se encontró como causante de ello a la Secretaría de la Corporación. Efectuada la respectiva investigación disciplinaria se vislumbró que la responsabilidad recaía en el secretario de la Colegiatura, Julio Eduardo Arboleda Ripoll, hecho que llevó a la Delegada a solicitar al Tribunal Nacional imponer la sanción de rigor por hallarse incurso en falta disciplinaria contra la eficacia a la Administración de Justicia, conducta señalada en el artículo 9º, literal b del Decreto 1888 de 1989.

2. Repartido el asunto en el Tribunal Nacional —antes Tribunal Superior de Orden Público— para que procediera a imponer la sanción correspondiente, de acuerdo con la potestad que le confiere la ley por tener el infractor para la época en que sucedieron los hechos, la calidad de empleado de la Corporación, correspondió, a la Sala integrada, entre otros magistrados, por el doctor Gilberto Cortés Nomeling.

3. El doctor Cortés Nomeling, sin embargo, se declaró impedido para intervenir en este proceso "...por concurrir causal de impedimento derivado de la existencia entre el suscrito y la familia Arboleda Ripoll, de una amistad nacida hace más de dos décadas y que se ha mantenido con sentimientos superiores a los que nacen del simple condicionamiento a las normas de cortesía y buena educación que rigen las relaciones sociales".

Empero, a renglón seguido advierte, que con esta manifestación no "...pretende significar que por las circunstancias advertidas en el ánimo del suscrito como administrador de justicia se pueda tornar endeble ante situaciones que deba definir si es sujeto pasivo de la acción un miembro de la aludida familia...". Al respecto deslinda de su actividad como funcionario judicial los sentimientos de amistad que profesa hacia la familia Arboleda, con estas palabras: "...una cosa es la amistad así se evidencie como en este caso en su más alta expresión y otra la fidelidad a los principios morales y jurídicos que principalmente en un juez, deben permanecer infranqueables".

No obstante, el magistrado advierte que la imparcialidad "... no puede ni debe ser un sentimiento exclusivamente subjetivo sino que también puede ser resguardada por el funcionario en cuanto al concepto que de ella tenga la opinión pública; y como aquí este concepto puede presentarse comprometido, considera que su separación del negocio es lo más aconsejable".

4. La Sala del Tribunal Nacional declaró infundada la inhabilidad. Como razones adujo que el doctor Cortés no precisa una causal de impedimento en su solicitud. Apenas manifiesta tener una amistad con la familia del incriminado pero no concreta con relación al mismo la existencia de vínculos que tengan connotación o afinidad con la "amistad íntima" en los términos del artículo 103-5 del C. de P. P. De otra parte, aduce la Sala, esta causal es la que puede inferirse de las palabras del funcionario y que encuentra razón de ser "...cuando quien se siente tocado en su fuero íntimo, interno, espiritual ofrece a lo externo razones que puedan permitir concluir la real existencia de la causal de impedimento que pregona".

Sin embargo —advierte la Corporación— el magistrado en ningún momento hace referencia concreta a una amistad íntima que lo ligue al enjuiciado, ni tampoco que el afecto o aprecio que profesa a su familia le impida cumplir con su cometido, máxime cuando es el mismo magistrado quien "asegura que su ánimo de juzgador no se tornaría endeble ante la decisión que pueda llegar a tomar y que la fidelidad a sus principios morales y jurídicos permanecería incólume".

La Corte:

1. Se declara, en primer término la competencia que le asiste al Tribunal Nacional en los menesteres disciplinarios cuando el infractor sea un empleado de la Corporación. El Decreto 1888 de 1989, en su artículo 28, y un fallo reciente de la Corte Constitucional, así lo predican.

2. Esta última Colegiatura, advierte:

> "Los empleados de la Rama Judicial —es decir aquellos servidores que no administran justicia— están sujetos al juicio de sus respectivos superiores jerárquicos, sin detrimento de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación".

2. Cuanto al tema de los impedimentos y recusaciones, el artículo 50 del Decreto trata el tema extendiéndolo no sólo para los funcionarios y empleados que prestan sus servicios a la Procuraduría General de la Nación y que participen en la investigación, sino también para los magistrados, jueces y secretarios, en cuyo caso se regularán por lo dispuesto en las normas procedimentales.

Ahora bien, aquí surge un vacío en torno al competente para decidir sobre el incidente. Si bien el inciso segundo prescribe que en el caso del Ministerio Público la decisión la tomará el superior inmediato, guarda silencio respecto a los funcionarios judiciales y sus secretarios. Se debería, por fuerza, acudir al estatuto procedimental, en guarda del principio de integración encargado de suplir cualquier carencia al respecto.

3. Sin embargo, con relación al caso en estudio, se encuentra una referencia en el artículo 106 de la obra en mención cuando indica que en tratándose de un impedimento propuesto por un magistrado del Tribunal Superior o del Tribunal Nacional, la cuestión debe dirimirla la Corte Suprema de Justicia. Ello sería cierto en aquellos supuestos en los cuales el asunto permita su discusión en dos instancias, pero aquí el trámite se agota en el rango inferior, y sólo, por ministerio de la ley, el Superior tiene la posibilidad de intervenir a través de la acción de revisión correspondiente.

No obstante, debe recordarse el artículo 28 del Decreto 1888 de 1989. El señala, expresamente, que el trámite disciplinario ha de cumplirse en su totalidad en el Tribunal Nacional, incluso cuando sea necesaria la acción de revisión del fallo. En estos casos —únicamente permisibles cuando se impone una sanción de destitución— la Sala Plena del Tribunal es el organismo encargado de examinar la bondad de la determinación.

4. Por consiguiente, respecto de este caso especialísimo y siguiendo el mandato de la ley que agota el procedimiento en el ámbito del Tribunal Nacional, la Sala declara su incompetencia para conocer del presente asunto, declarando la inhibición de rigor.

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

Resuelve:

DECLARARSE INHIBIDA para conocer del presente asunto, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas NO, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz* NO, *Gustavo Gómez Velásquez*, *Didimo Páez Velandia*, *Juan Manuel Torres Fresneda*, con salvamento de voto; *Jorge Enrique Valencia Martínez*.

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO
SALVAMENTO DE VOTO

La competencia que le asiste al Tribunal Nacional para adelantar procesos disciplinarios en contra de sus propios empleados le ha sido otorgada por el artículo 28 del Decreto 1888 de 1989, disposición que de manera expresa consagró un procedimiento de "única instancia", con la sola posibilidad, en tratándose de las sentencias que impongan sanción de destitución de intentar su revisión "por la Sala Plena de la Corporación".

Ello no obsta para que el artículo 50 del mismo Decreto 1888 de 1989 determine que en materia disciplinaria habrá lugar a impedimentos y recusaciones, tanto para los funcionarios y empleados del Ministerio Público que intervengan en la investigación, como para los "magistrados, jueces y secretarios", en cuyo caso "se regirán por las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal".

Esta expresa remisión integra el artículo 106 del Decreto 2700 de 1991 dentro del esquema del trámite disciplinario, precepto que para el caso de inaceptación de impedimento de un magistrado del Tribunal Nacional prevé el tránsito del asunto "a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión".

Podría sostenerse que en este punto medió una variación cuando la Carta Política que hoy rige, siendo ulterior al Decreto 1888, previó que la competencia en materia disciplinaria respecto de jueces y empleados la perdían la Corte y los Tribunales de Distrito en favor de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales.

Una interpretación en tal sentido se opone, sin embargo a los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el alcance de los preceptos que le otorgan conocimiento en éste especializado asunto al Consejo Superior de la Judicatura, pues como queda en ellos claro, tratándose de empleados, su juzgamiento disciplinario está excluido de este nuevo órgano. Así se afirma en decisión de octubre 4 de 1993 bajo ponencia del magistrado doctor José Gregorio Hernández Galindo:

> "La Constitución Política de 1991 no concentra la función disciplinaria en cabeza de un organismo único, aunque establece una cláusula general de competencia en la materia a cargo de la Procuraduría General de la Nación. A esta en-

comienda la atribución de 'ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley'" (art. 277, numeral 6 de la C. N.).

Evocando a continuación los artículos 256, 277 y 278 de la Carta Política precisa que la interpretación armónica de estas normas obliga entenderlas

"...en el sentido de que, no siendo admisible que a una misma persona la puedan investigar y sancionar disciplinariamente dos organismos distintos —salvo expreso mandato de la Constitución—, los *funcionarios* de la Rama Judicial, esto es, aquellos que tienen a su cargo la función de administrar justicia (jueces y magistrados, con excepción de los que gozan de fuero constitucional), pueden ser investigados y sancionados por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a menos que se produzca el indicado desplazamiento hacia el control externo de la Procuraduría.

"Los *empleados* de la Rama Judicial —es decir aquellos servidores que no administran justicia—, están sujetos al juicio de sus superiores jerárquicos, sin detrimento de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación".

Y refiriéndose al artículo 52 del Decreto 1888 de 1989 que excluía la revisión ante el contencioso administrativo de las providencias adoptadas en materia disciplinaria tanto en el caso de los funcionarios como en el de los empleados, la declaratoria de inexequibilidad con relación a estos últimos adujo que:

"La Constitución de 1991 creó, pues, una jurisdicción, cuya cabeza es la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el mismo nivel jerárquico de las demás (Título VIII, Capítulo 7 de la Carta). Sus actos en materia disciplinaria son verdaderas sentencias que no están sujetas al posterior estudio y pronunciamiento de otra jurisdicción, como sería el caso de la contencioso administrativa, si se admitiera la tesis sostenida por el Procurador en este proceso, pues la Constitución no lo prevé así.

"Mal podría, entonces, negársele tal categoría y atribuir a sus providencias el carácter de actos administrativos, pese a la estructura institucional trazada por el constituyente. Eso ocasionaría el efecto —no querido por la Carta (arts. 228 y 230 de la C. N.)—, de una jurisdicción sometida a las determinaciones de otra.

"Vistas así las cosas, la norma sometida a estudio no choca con la Constitución en lo atinente a funcionarios judiciales, desde luego, teniendo presente el ya mencionado poder disciplinario preferente en cabeza de la Procuraduría. Por el contrario, a ese respecto el canon legal en controversia desarrolla el mandato del artículo 256, numeral 3 del Estatuto Fundamental.

"Otro es el caso de los *empleados* judiciales, es decir, el personal subalterno o de apoyo de la Rama Judicial, que no tiene a su cargo la función de administrar justicia. Estos no están comprendidos dentro del ámbito de competencia del Consejo Superior de la Judicatura, tal como surge del mencionado numeral 3 del artículo 256 de la Constitución, que en modo alguno alude a ellos...".

Suprimida de este modo la intervención de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, podría pensarse todavía que a la Corte sólo le queda competencia disciplinaria al conocer de las faltas cometidas por sus propios empleados (art. 26 del Decreto 1888 de 1989 concordante con los arts. 254 de la Constitución Política y art. 9º del Decreto 2652 de 1991), resultando en principio cuestionable la posibilidad de que en su seno entraran a dirimirse temas como el planteado por el Tribunal Nacional en este asunto.

Sin embargo, y sin que el artículo 50 del Decreto 1888 de 1989 haya sufrido modificaciones, la obligada remisión que en él se hace del Procedimiento Penal para solucionar casos como el presente continúa indicando que del impedimento manifestado por una magistrado del Tribunal Nacional, de plano resolverá la Corte, sólo que en este caso por tratarse de cuestión de naturaleza administrativo-disciplinaria la competencia le corresponderá a la Sala Plena como superior jerárquico y además nominador del funcionario impedido, pues así debe evacuar la Corporación aquellas funciones legales que, como sucede en el presente caso, no fija de modo expreso el normador a alguna de sus salas especializadas.

En suma, y tal como lo expresé en la ponencia original que inacogió la mayoría de la Sala, no procedía la decisión inhibitoria sino el conocimiento del asunto por parte de la Sala Plena, donde ha debido remitirse en garantía del principio de imparcialidad que rige las normas de procedimiento.

Tal mi criterio disidente.

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado.

Santafé de Bogotá, abril 12 de 1994.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Ignora el casacionista, cuando avoca el reproche a la sentencia por la causal primera, que un primer deber le imponía singularizar los preceptos legales de naturaleza sustancial que hubiera considerado transgredidos, y de darse la violación indirecta entrar también a explicar si el yerro consistió en falta de aplicación de algún precepto o por el contrario en su debida escogencia para el caso demandado.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 34.

Vistos:

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Hernando Camilo Carrillo Quiroz* contra la sentencia del 9 de diciembre de 1992 del Tribunal Superior de Valledupar que en segunda instancia modificó las penas impuestas por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esa ciudad, reduciendo a doce (12) años la de prisión, a diez (10) años la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, y convirtiendo a gramos oro la suma impuesta por concepto de perjuicios materiales morales fijados por cada una de las dos infracciones deducidas.

Hechos y actuación procesal:

Así resume la Procuraduría Delegada los hechos materia del enjuiciamiento:

> "En las horas de la mañana del día 9 de agosto de 1991, el procesado Hernando Camilo Carrillo Quiroz, en compañía de una persona de nombre Camilo, se hizo presente en la finca 'La Pedregoza', ubicada en la región de Mandinguilla, población

de Río Seco (Cesar), con el fin de llevarse unos semovientes vacunos según una aparente autorización que para el efecto había dado el propietario, señor Hernán García Peralta. Con esa autorización y una vez que Walter Enrique Peralta Negrete, administrador de la finca, y su ayudante Jorge Raúl Sarmiento Maestre entregaron los animales, Carrillo Quiroz los llevó, inicialmente, al predio de propiedad del señor José Martín Aroca y posteriormente a la finca 'Santa Bárbara'.

"En la tarde de ese día y luego que Hernando Camilo Carrillo buscara una 'cartera' que se le había perdido, resolvió marcharse siendo acompañado por Walter Enrique Peralta Negrete. Minutos después de que ellos partieron, Jorge Raúl Sarmiento escuchó la detonación de dos disparos de escopeta, quedando preocupado por la suerte de su patrono quien esa noche no regresó. Al siguiente día, el joven ayudante, extrañado por la ausencia de Peralta, decidió salir en su búsqueda, en compañía de Laudo Borrego, encontrándolo muerto no muy lejos de la finca".

La denuncia que sobre los hechos precedentes formulara Hernán Enrique García Peralta motivó a la intervención del Grupo de Seguridad Rural del Departamento Administrativo de Seguridad con sede en el Departamento del Cesar, por cuya gestión se obtuvo la recuperación de los semovientes en un matadero de equinos en Valledupar y el recibo por propia iniciativa de algunas exposiciones, entre ellas la del menor Jorge Raúl Sarmiento Maestre alias "Vida".

Con base en las anteriores diligencias y en el acta de levantamiento del cadáver remitida por el inspector de Policía de Patillal (Cesar), el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de esa ciudad abrió y adelantó la respectiva investigación que culminó con resolución acusatoria de febrero 13 de 1992 contra Hernando Camilo Carrillo Quiroz, previamente declarado persona ausente, como autor material de los punibles de homicidio y hurto agravados, ordenando reapertura del sumario respecto de Rafael Antonio Vidal y Jesús Emilio Giraldo Quintero por el presunto delito de receptación.

La causa se adelantó ante el Juzgado Cuarto Superior, hoy Noveno Penal del Circuito de Valledupar, ante el cual rindió indagatoria el encausado Carrillo Quiroz y nuevamente declaración al menor Sarmiento Maestre, realizándose la diligencia de audiencia para proferir el 19 de octubre de 1992 sentencia adversa al enjuiciado con la imposición de 19 años de prisión como responsable de los delitos de homicidio y hurto agravados, interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción principal y el pago de $ 5.500.000.00 por concepto de perjuicios materiales, y en razón de los perjuicios morales $ 500.000.00 por el delito de homicidio y $ 100.000.00 por el hurto.

Impugnada la sentencia por el defensor, emitió el Tribunal el fallo de segunda instancia que se hace ahora objeto del recurso extraordinario de casación, manteniendo en él la condena pero por el delito de homicidio simple en concurso con hurto agravado, reduciendo la pena principal a 12 años de prisión, la de interdicción al máximo legal de 10 años, y reformando la indemnización de perjuicios para ajustarlos en gramos oro a 650 por concepto de perjuicios materiales y 70 gramos por perjuicios morales en el caso del homicidio y 100 y 15 gramos del mismo metal por daños materiales y morales, respectivamente, en el caso del hurto. El fallo adicionó la expedición de copias para investigación de los punibles de porte ilegal de armas y falsedad en documento público.

La demanda:

Con base en la causal primera de casación dirige el actor su ataque contra la sentencia de segunda instancia únicamente en cuanto atañe con la condena por el delito de homicidio, pues aduciendo que el Tribunal incurrió en error de hecho por "falsa interpretación", advierte que "no es motivo de disenso" el delito contra el patrimonio económico.

En la proposición de un primer cargo, sostiene el censor que el error del Tribunal se dio cuando al apoyarse en "un rosario de indicios graves", ellos no llegan a constituir medios de prueba sino apenas su simple complemento de acuerdo con el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, de donde se haya inferido erradamente la certeza sobre la responsabilidad del enjuiciado.

Argumentando que el denominado *"indicio de oportunidad para delinquir"* basado en la presencia del acusado en el lugar de los hechos tenía que ver con el hurto más no con el homicidio, pues no bastaba la sola afirmación del hecho indicador ni su conjetura sino el requerimiento de la prueba, se incurrió en un error de hecho por "falsa interpretación" de este mal llamado indicio de oportunidad.

Sobre el denominado *"indicio de evasión"* dice que al sindicado no lo encontraron en el domicilio de su compañera porque no estaba obligado a esperar allí al DAS cuando ni siquiera hacía vida marital regular con aquella mujer, pero que además su ausencia quedó justificada en la indagatoria como medio de defensa posterior a los hechos, pues Hernando Camilo estuvo fue trabajando en la finca de su padre, luego en Barranquilla donde lo capturaron "cuando transitaba como cualquier ciudadano" porque su cédula registraba anotación policial, así que mal podría decirse que el hecho indicante "se halla acreditado con las órdenes de captura".

Que la deducción del calibre del arma con base en el informe del DAS y el testimonio de Sarmiento Maestre, así como la afirmación de existencia de huellas del delito en las prendas de vestir son "conje-

turas o juicios subjetivos" que refuerzan el principio universal del "*in dubio pro reo*" y debieron valorarse en forma independiente porque el resultado del examen practicado fue negativo para sangre humana y el testimonio de Sarmiento por dubitativo no conduce a la certeza.

En cuanto al "*móvil o motivación*" se queja de haber sido una deducción indiciaria tomada al azar y complementada con la declaración de Sarmiento sobre el temor que la presencia del ahora occiso en la finca de su suegro despertaba en el sindicado porque lo podía despojar de la herencia, pero en verdad montada sobre conjeturas sin respaldo jurídico porque los derroteros del proceso sucesorio los fija la ley.

En un *segundo cargo*, la demanda califica de "falsa interpretación" o "falso juicio de identidad" la estimación del dictamen del médico-legal que descartó la presencia de sangre humana en las prendas de vestir del acusado y estableció que se trataba de sustancias vegetales, pese a lo cual el Tribunal, faltando a la debida "imparcialidad valorativa" sostuvo que no se sabía si era sangre humana o animal pero "de todas maneras se determinó que era sangre y no una simple mancha de cualquier otra naturaleza".

Por último y como tercer cargo se refiere el censor a la ocurrencia de un error de hecho en la apreciación del testimonio del menor Jorge Raúl Sarmiento Maestre al tomarlo como "baluarte, en coadyuvancia de los racimos de sutiles indicios", cuando en verdad se trata de versión que refleja inseguridad y duda al hacer cargos serios al condenado como cuando dice refiriéndose al autor del hecho: "Presumo que fue Hernando Carrillo", manifestación que apenas constituye una conjetura distante de la certeza.

Concepto del Procurador:

En criterio del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, además de confusa e ininteligible, la demanda refleja la inexperiencia del actor en el manejo del recurso de casación, conteniendo toda una pluralidad de "insalvables yerros técnicos".

Enlistando esos defectos resalta que el censor omitió determinar la modalidad de la violación, así que al atribuir "errores de hecho" da a entender que el ataque irá por la vía indirecta, eventualidad frente a la cual omitió especificar si se trataba de falsos juicios de existencia o de identidad, limitándose a plantear "una pretendida e imaginaria falsa interpretación que sin discusión es totalmente ajena al recurso extraordinario", imprecisiones que si bien parecería salvar en un párrafo final donde alude a un "falso juicio de identidad" dando a entender la presencia de una "apreciación errónea", lo cierto es que:

"...la censura —agrega el censor— ...no recoge la logicidad, la precisión, la claridad y mucho menos el sustento jurídico y la demostración que caracterizan la demanda de casación, sin olvidar, igualmente, que aquel aparente falso juicio de identidad en ningún momento se concreta frente a las pruebas que indiscriminadamente refiere el recurrente".

En su reproche a la valoración que el juzgador dio a los indicios no diferencia el hecho indicador del indicado, tejiendo "una duda que él solo ve y que el Tribunal descartó por completo", confusión tal que al final no se sabe si el reproche es al hecho indicador o a la inferencia lógica. Transcribe luego el Procurador algunas de las frases que originan el desconcierto catalogándolas como afirmaciones equivocadas que no conducen a conclusiones dialécticas, menos "dentro de una falsa interpretación que como tal no es propia de los sentidos que consagra el error de hecho escogido".

No es cierto que el juez deba demostrar los hechos indicadores, son estos los que prueban la circunstancia sobre la que el funcionario hace la inferencia lógica. La prueba indiciaria no puede considerarse como "complementaria", como cree el actor, porque frente a la ley es autónoma y su análisis lo hace el juzgador conforme a las reglas de la experiencia y de la sana crítica. Igualmente equivocada considera la apreciación del censor cuando afirma, sin sustento, que para el Tribunal un indicio surgió del azar, y concluye que como el casacionista desconoció los derroteros establecidos por la jurisprudencia de la Corte para controvertir el valor de la prueba indiciaria, y dejó planteada su inconformidad en un simple alegato de instancia, la demanda resulta imprósperа sugiriendo no casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Sala;

Según lo advierte la Procuraduría, salvo algún causal acierto, los planteamientos de la demanda en general no superan la forma de un alegato de instancia, sin técnica ni precisión conceptual, y construido apenas sobre unas directrices que insinúan la violación indirecta de normas que ni siquiera se mencionan, dejando a la deriva el sentido de la violación y sin sustentación los cargos para llegar a desquiciar del fallo recurrido la doble presunción de acierto y de veracidad con la cual viene amparado.

Ignora el casacionista, cuando avoca el reproche a la sentencia por la causal primera, que un primer deber le imponía singularizar los preceptos legales de naturaleza sustancial que hubiera considerado transgredidos, y de darse la violación indirecta como lo insinúa, entrar también a explicar si el yerro consistió en falta de aplicación de algún precepto o por el contrario en su indebida escogencia para el caso demandado.

Si aún este defecto se diera por suplido cuando el casacionista dice restringir sus críticas al cargo por el delito de homicidio, llevando a colegir que es el artículo 323 del Código Penal aquel que acusa por indebidamente aplicado, otros defectos, como se verá, se oponen, cuando no al entendimiento del falso juicio que acusa, sí a los principios de logicidad como a la técnica y aún a la realidad contenida en el proceso, que, cuando menos, ha debido respetarse.

En el *cargo primero* del escrito de demanda en que el actor critica la prueba de indicios, de lleno se ocupa del debate individualizado de los de oportunidad, huída y motivos, sin que anticipadamente se advirtiera si los que acusa son los errores de hecho o de derecho, ni se despeje, dada la especial entidad de ese medio probatorio, si la crítica apunta en contra de los hechos indicadores o más bien sobre las inferencias lógicas deducidas por el juzgador, aspectos que debe no sin dificultad la Sala entrar a ubicar en cada caso.

Así, cuando la crítica apunta hacia el indicio de oportunidad, curiosamente el libelista dice que éste sólo lo acepta en cuanto a la infracción contraria al patrimonio, pero no con relación al homicidio, desatendiendo que una y otra infracciones coincidieron en lugar y fecha, que la localización del occiso en "La Pedregoza" coincidía con la de los semovientes que de allí fueron retirados con una falsa orden de su dueño, pero lo que es todavía más determinante, si alguna deformación puede acusarse es aquella en que incurre el demandante al pretender que el indicio tuvo como exclusivo punto de partida la versión del menor Jorge Sarmiento, compañero de trabajo de la víctima a quien le consta que el acusado regresó armado y con la excusa de haber extraviado su billetera, retirándose de allí con Walter Peralta para enseguida oírse dos disparos y ya no regresar al fundo ni el occiso ni el acusado.

Relacionando con ello el hecho indicador para poner en duda la credibilidad del joven Sarmiento Maestre, el cargo omite referirse a las complementarias circunstancias que abundaron sobre el conjunto de hechos indicantes configurados a la par por la coincidencia de las ropas que según dijo el menor vestía Carrillo, las mismas que se hallarían en casa de su concubina, pero además y principalmente porque en la escena del delito se encontraron justamente dos vainillas de escopeta, y en casa del acusado un arma de esta clase y de calibre 16, la misma que el menor declarante había visto en manos de Hernando Camilo Carrillo cuando se retiró por última ocasión acompañado del ofendido.

Con una versión tan incompleta como parcializada de los hechos indicantes, frágil se queda el enervamiento pretendido, y más aún cuando a paso seguido se sostiene que la equivocación del juzgador se dio en la interpretación del hecho demostrado porque él no conducía necesariamente al grado de certeza que el Tribunal dio por probado, pues con ello se incurre en una irremediable contradicción

que desvirtúa de plano el reproche: O el hecho indicador no fue probado, como se deduce en la primera parte de la crítica, o sí lo estaba pero no conducía a las conclusiones asumidas, en cuyo caso se admite ese indicante.

No logró definir el casacionista su criterio entre la inconciliable alternativa, y semejante falta de logicidad impide siquiere la configuración clara y armónica del cargo.

Dentro del mismo reproche se sostiene que el indicio de evasión no podía considerarse contra el acusado, porque si Josefina García no era su compañera permanente, de la ausencia de esa no casa se autorizaba a dar por cierta la huída. Tampoco en tan simplista planteamiento es coherente el demandante. En los renglones subsiguientes a esta afirmación, lo que se hace por su parte es admitir que la aprehensión del acusado ocurrió en Barranquilla cuando su residencia estaba hasta la fecha de los hechos en Valledupar, afirmaciones que sólo corroboran la realidad de un desplazamiento sucedido a raíz del hurto del ganado y de la muerte de quien lo administraba.

Diría entonces el censor que esa ausencia fue justificada por el acusado al explicar que luego de los hechos se trasladó a la casa de su padre y luego por motivos de trabajo al Departamento del Atlántico, pero con esa sola remisión tampoco analiza ni con lógica explica la demanda por qué se cambió Carrillo las ropas que vestía el día de los hechos, ni mucho menos por qué las abandonaba al desplazarse a otros lugares, si con ello apenas hacía manifiesta salida abrupta, afanosa y notoriamente no programada de la región de sus afectos, su trabajo y sus mayores.

Ninguna otra razón expresa el libelista en este cargo, de donde se desprende la deficiente presentación de su censura, porque ningún error concreto se plantea ni demuestra para controvertir la tesis amplia, clara y fundada que contiene sobre este aspecto la sentencia, limitándose por consiguiente a la sola proposición de un criterio subjetivo, enteramente inidóneo para prosperidad del recurso extraordinario.

El tercer indicio que en el mismo planteamiento se critica se refiere a una supuesta tergiversación del fallador sobre el reconocimiento de las prendas que vestía el acusado a la fecha del delito, pues a pesar de haber sido descartada pericialmente la presencia de manchas de sangre en sus ropas, el Tribunal la dio por demostrada, utilizando esa deformación de la experticia en contra del procesado.

La objeción muy pronto se despeja en contra de cuanto plantea la demanda: El Tribunal adujo como indicio de huellas materiales del delito tanto la muerte violenta de Walter Peralta por acción de una escopeta calibre 16, pues esa fue el arma que el menor Jorge Raúl Sarmiento le vio en la mano al acusado cuando salió acompañando

al ofendido, y como "indicio complementario" la presencia de un arma de esas características en la residencia de la amante de Carrillo y al lado de las prendas que éste vestía el día del homicidio, resaltando que la camisa y el pantalón tenían unas manchas color "café". Más adelante dice que esa prueba se vigoriza porque el Instituto de Medicina Legal estableció que en esa camisa del acusado había impregnación de sangre, así no se hubiese logrado ya saber si se trataba de sangre humana o animal.

Cotejando la respuesta del forense, bien se observa que el reconocimiento científico versó sobre dos prendas distintas, dando lugar también a dos resultados: Uno efectivamente negativo para sangre en las manchas del pantalón, mas no en las de la camisa que dio positivo para sangre pero "no fue posible determinar el origen animal o humano". Esa fue la información que tomó y trasladó exactamente el Tribunal a la sentencia, así que de ninguna manera puede acogerse la tesis de una tergiversación que de ninguna manera se ha dado.

Antes de abandonar el tema de la prueba indiciaria, todavía el censor aduce que el Tribunal incurrió en un error de hecho cuando asumió como indicio el del móvil, tomando para el efecto el dicho del joven Sarmiento Maestre, pues para el impugnante la versión que este muchacho se opone a los resultados que debería dar un proceso sucesorio.

Además de reducir la impugnación a una afirmación sin más explicaciones, procedimiento bien disímil de la formulación debida de un cargo en casación, que bajo los errores de hecho significa la necesaria demostración del que se invoca como de su repercusión sustancial en el sentido del fallo que se acusa, el libelista de nuevo desatiende en toda su complejidad y proyecciones la afirmación del Tribunal bajo el concepto que expresara el declarante acudido, porque el desplazamiento del occiso del predio propiedad del "patriarca de los García Peralta" como lo denomina el casacionista, bien podía generar consecuencias más inmediatas y de necesaria repercusión hacia la detentación de los bienes inmuebles como sería el caso de la presencia de un nuevo tenedor con ánimo de señor y dueño que iniciase en reemplazo del violentamente fallecido una posesión, así fuese irregular. El hecho indicante, ni la inferencia lógica han sido en este caso desvirtuados.

El cargo no prospera.

Como *segundo cargo* se acusa un falso juicio de identidad, porque al tomar el juzgador el dictamen sobre reconocimiento de las prendas que vestía el acusado, no se guardó una "imparcialidad valorativa", tomando como indicio la presencia de sangre en ellas, siendo que el experto había descartado allí la sangre humana.

Si bien ya hizo la Sala referencia a este aspecto cuando el censor lo planteó en el cargo primero de su escrito, es de resaltar que en los escasos renglones dentro de los cuales se hace independientemente esta tacha, ninguna formulación técnica ni completa realiza el impugnante que indique la posibilidad de una respuesta de fondo en esta sede, pues se omitió haber señalado cuál fue en realidad el contenido del dictamen, tampoco se indicó en qué consistía exactamente la deformación del mismo y lo que es peor, se deformó, pero por el casacionista, no por el Tribunal, el sentido objetivo de la prueba, afirmando que el experto había indicado que las manchas eran de origen vegetal. Tampoco se indicó de qué manera incidía esa supuesta tergiversación en el sentido final de la sentencia.

Si se retoma el contenido de la experticia —fl. 97— bien se encuentra que en la revisión de la camisa reconocida como del procesado se destaca un resultado positivo para sangre, y aún se insiste que sometido ese primer resultado a una segunda prueba de "confirmación", la respuesta inequívoca obtenida fue: "Es sangre".

Más adelante el perito añadiría que no se pudo saber si se trataba de sangre animal o sangre humana, pero ese fue precisamente el resultado que tomó y analizó el Tribunal en su sentencia, asumiendo del mismo la inferencia que estimó adecuada, valga decir, de complementación indiciaria. No se trató de un hecho indicante único. Y si el juzgador lo analizó en conjunto con las restantes evidencias, correspondía al censor entrar a desvirtuar toda esa prueba incriminatoria base en su conjunto, lo que ni se intentó en su integridad, ni en lo parcialmente procurado se obtuvo.

La indicación surgida de la prueba pericial sigue en firme. El cargo no prospera.

Por último replica el impugnante en el *cargo tercero* del escrito de demanda, que el Tribunal incurrió en un error de hecho en la apreciación del testimonio del menor Jorge Raúl Sarmiento Maestre, dedicándose a tomar la versión jurada de este como baluarte.

Sin dificultad alguna aparece que ni el censor apuntó a demostrar un falso juicio de existencia ni uno de identidad. Sus críticas se limitaron a decir que el declarante mostraba inseguridad, sin adentrarse a señalar en qué era inseguro ni cómo se mostraba esa falta de firmeza, señalando apenas que el muchacho dijo, refiriéndose al autor del homicidio "presumo que fue Hernando Carrillo...".

Teniendo en cuenta que no se trataba de un testigo presencial, sino de quien vio salir a la víctima acompañada de Carrillo a quien observó armado, que luego escuchó dos disparos y que ya no volvió a ver con vida a Walter, ninguna deformación objetiva puede darse ni advertirse en la apreciación del juzgador que en esos términos, no en otros acogió el dicho del testigo.

Como bien lo había visto la Procuraduría Delegada, la inconformidad del libelista no se aviene en la presentación de los cargos con las exigencias que implica una formal demanda de casación. Cuando en medio de sus deficiencias el censor se aproxima a consolidar un cargo, frecuentemente se distancia de la realidad procesal, y cuando no lo hace, apenas se limita a proponer una visualización subjetiva e interesada sobre el valor de los medios allegados, insustancial no sólo por la fragilidad argumentativa, sino además por la improsperidad que un falso juicio de convicción encuentra ante la falta de una tarifa probatoria.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas NO, *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz* NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gorálllo Lombana, Secretario.

DETENCION PREVENTIVA / DETENCION DOMICILIARIA

El artículo 396 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993, enseña que "cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si 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 tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de detención domiciliaria o los fines de semana". / De la disposición transcrita se tiene que la detención domiciliaria sólo procede como medida de aseguramiento sustitutiva de la detención preventiva en los casos en que al procesado se le sindique de un delito cuya pena privativa de la libertad sea, en su mínimo de cinco años de prisión, o menos, siempre que el funcionario considere que por sus características familiares, laborales y de vínculo con la comunidad, no la coloca a ésta en peligro y que comparecerá al proceso cuando se le solicite. Si esto ocurre deberá prestar caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del beneficio aludido.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 034.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en contra de la providencia del 7 de febrero del corriente año, por medio

de la cual la Sala Penal Mayoritaria de dicha Corporación ordenó sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la detención domiciliaria de la procesada, doctora *Carmen Lía Mera Yotumbo*, previa suscripción de caución prendaria equivalente a 10 salarios legales mínimos.

Actuación procesal:

1. El 2 de febrero de 1993 la Fiscalía instructora profirió medida de aseguramiento de detención preventiva respecto de la sindicada Carmen Lía Mera Yotumbo y otros procesados, por los delitos de falsedad por supresión de documento público, falsedad ideológica en documento público y fraude procesal en concurso de hechos punibles; igualmente les negó el beneficio de libertad provisional, pues en su favor no concurren los requisitos que permitirían otorgarles el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Esta decisión fue confirmada por la Unidad de Fiscalía ante esta Corporación, el 17 de marzo del mismo año.

2. El 30 de julio siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por los mismos delitos deducidos al momento de resolvérsele la situación jurídica.

El Tribunal Superior de Cali avocó el conocimiento de la causa el 28 de octubre de 1993 y en días 8, 10 y 11 de noviembre siguiente, recibió peticiones suscritas por los defensores de los acusados, solicitando en su favor la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria, con apoyo en lo preceptuado en el artículo 53 de la Ley 81 de 1993, reformatoria del artículo 396 del Código de Procedimiento Penal.

El 10 de diciembre, la Sala Penal del Tribunal dispuso la sustitución de la medida de aseguramiento respecto de los procesados Dora Ligia Valencia, Luis Eduardo Ramírez Cáceres y Raúl Guzmán Moreno, pero la negó en relación con Carmen Lía Mera Yotumbo y Gilberto Sánchez Benítez, porque aun cuando satisfacen el factor objetivo del instituto, es decir, pena mínima prevista para los delitos deducidos en su contra de 5 años de prisión o menos, el factor subjetivo no concurre en su favor, pues su condición de fugitivos no permite predicar arraigo familiar ni comunitario del cual sea dable deducir que no encarnan peligro para la comunidad y que comparecerán al proceso.

El 11 de enero del corriente año, la doctora Carmen Lía Mera se presentó voluntariamente ante el magistrado sustanciador de primera instancia, quien dispuso su carcelamiento, en sitio especial de la Cárcel de Mujeres el Buen Pastor. El día 14 del mismo mes y año, esta procesada reitera su solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria, porque su

presentación voluntaria demuestra acatamiento a la autoridad judicial y a las consecuencias de sus decisiones, desvirtuando cualquier opinión que la considere socialmente peligrosa y renuente a comparecer al proceso.

Con auto datado el 7 de febrero del presente año, la Sala Mayoritaria del Tribunal Superior de Cali, decidió acoger la solicitud de la procesada, atendiendo al hecho de que a diferencia de la decisión anterior, ahora aparece probado que la acusada acredita el requisito subjetivo que demanda la ley para que opere la sustitución de la medida de aseguramiento en la forma solicitada.

Así, el Tribunal luego de considerar la importancia de la presentación voluntaria de la procesada ante las autoridades, junto con la información que reporta sus características familiares, laborales y de arraigo a la comunidad, infiere que la doctora Mera Yotumbo comparecerá al proceso cuando se lo requiera y no significa peligro para la sociedad, todo lo cual permite concederle la detención domiciliaria que reclama.

La magistrada disidente expresa que la procesada no ofrece garantía de que comparecerá al proceso, porque ha evadido afrontar la actuación procesal que se le sigue; además reprocha que sea una administradora de justicia la protagonista de los hechos, consideraciones que entiende suficientes para negar la sustitución de la medida detentiva por domiciliaria.

La impugnante retoma los argumentos del salvamento de voto y manifiesta que las situaciones tenidas en cuenta por la Sala Penal del Tribunal en la primera decisión sobre sustitución de medida de aseguramiento, en manera alguna variaron al momento de adoptar la decisión censurada, por cuanto la desaparición del estado de contumacia protagonizado por la doctora Mera Yotumbo, no configura la presencia de los requisitos subjetivos que exige la detención domiciliaria, pues en su criterio, la razón por la cual la procesada no había comparecido a la justicia "era porque no le interesaba presentarse a cumplir con su deber ciudadano y profesional, prefiriendo además desatender sus vínculos familiares, sociales y laborales, lo cual indica que en el evento de una sentencia condenatoria, comparecerá al proceso". Por estas razones solicita la revocatoria de la providencia recurrida para en su lugar, denegar la petición.

Dentro del término común a los no recurrentes, la procesada presenta memorial solicitando confirmación para la providencia impugnada.

En su alegato resalta sus condiciones personales y familiares que ofrecen elementos de juicio suficientes para que, con apoyo en opiniones doctrinales y citas jurisprudenciales, sea considerada merecedora de los beneficios procesales que se buscan en conceptos de esta natu-

raleza, es decir, en la personalidad del sindicado, pues ella no revisto peligro para el medio comunitario y dentro del mismo ha demostrado vocación de servicio y empeño por un mejor vivir.

Asegura que las características familiares, laborales y de entrega a la comunidad, son cualidades que posee, por lo que acontecimientos aislados como su alejamiento transitorio del proceso que se le adelanta, no la pueden calificar de contumaz, pues este retiro se debió al impacto psicológico que le produjo saberse procesada y, también, a contratiempos familiares como la hospitalización de su hermana residente en Tame, los cuales deben ser analizados en conjunto para no hacerlo nugatoria su petición de detención domiciliaria.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 396 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993, enseña que: "Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si 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 tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de la detención domiciliaria o los fines de semana".

De la disposición transcrita se tiene que la detención domiciliaria sólo procede como medida de aseguramiento sustitutiva de la detención preventiva en los casos en que al procesado se le sindique de un delito cuya pena privativa de la libertad sea, en su mínimo de 5 años de prisión, o menos, siempre que el funcionario considere que por sus características familiares, laborales y de vínculo con la comunidad, no la coloca a ésta en peligro y que comparecerá al proceso cuando se le solicite. Si esto ocurre deberá prestar caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del beneficio aludido.

En cuanto al primer requisito, los punibles por los cuales se le dictó resolución de acusación a la doctora Carmen Lía Mera Yotumbo, en su mínimo tienen prevista pena privativa de la libertad inferior a cinco (5) años, con lo cual se cumple el elemento objetivo dispuesto por la normativa aludida, de la manera como concluyó el *a quo*.

Ahora bien, la norma exige al juez la valoración de las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad por parte del procesado, para determinar si de ellas es dable deducir que comparecerá al proceso y que, cumpliendo la detención en su domicilio, no coloca en peligro a la comunidad.

De acuerdo a lo contenido en el proceso, se tiene que la doctora Mera Yotumbo mantiene una relación familiar con sus parientes residentes en Tame (Arauca) y su vida de hogar está estrechamente vinculada a su menor hijo Andrés, dependiente de ella y a quien protege en la preocupación mayor derivada de su condición de madre soltera, situación que permite deducir su permanencia en dicho entorno y su dedicación a prodigar los cuidados que su descendiente requiere.

Por tanto, el argumento de la apelante enderezado a desvirtuar que en favor de la procesada concurre el factor subjetivo que garantiza sustituirle la medida de aseguramiento, corresponde a su personal criterio de valorar aisladamente la no comparecencia de la doctora Mera Yotumbo a un tramo del proceso, pero que pierde de vista elementos objetivos y reales demostrados en los autos, de los cuales es válido inferir que en adelante no rehuirá y que no es nociva para el conglomerado social.

Al efecto, y de la manera como lo señala la procesada, obra en autos que ella, en los albores de la investigación estuvo atenta a la misma, pidió que se le recibiera testimonio o que se le vinculara al proceso, aportó documentos y ofreció argumentaciones en sustento de su inocencia, pero tal actividad la abandonó luego de resuelta su situación jurídica y sólo después de su voluntaria presentación, ha vuelto a participar dentro de la causa.

En consecuencia, su alejamiento de la actuación procesal a raíz del proferimiento de la detención preventiva en su contra y por el fracaso de los organismos de seguridad en lograr su captura, no pueden tomarse para deducir de ellos consecuencias perjudiciales para la procesada no contempladas en la ley, pues como advirtió la Sala Mayoritaria del Tribunal, tal actitud no enerva el acceso a la detención domiciliaria.

Con lo expuesto, se demuestra que la Sala Mayoritaria del Tribunal Superior de Cali, obró conforme lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 81 de 1993, por lo que la providencia recurrida recibirá confirmación.

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

Resuelve:

1. CONFIRMAR la providencia de fecha 7 de febrero del corriente año, mediante la cual la Sala Penal Mayoritaria del Tribunal Superior de Cali ordenó sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la detención domiciliaria de la procesada, doctora Carmen Lía Mera Yotumbo, por las razones consignadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas NO, *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz* NO, *Gustavo Gómez Velásquez. Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

Cuando se alega que el Tribunal cometió un error de hecho por falso juicio de identidad, la obligación del demandante es señalar la prueba que fue tergiversada en su contenido y demostrar su trascendencia fundamental en el proceso, de tal magnitud que de no haberse cometido la falencia, el fallo necesariamente habría sido otro.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 34.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que revocó la dictada por el Juzgado Diecisiete (17) Penal del Circuito, absolviendo en su lugar al procesado *Francisco Baltazar Corredor* de los cargos que se le habían formulado como presunto responsable de un delito de hurto agravado. El fallo de primera instancia lo había encontrado responsable de dicho ilícito, sancionándolo a purgar la pena principal de veintidós (22) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y a pagar la suma de veintinueve millones setecientos cincuenta y cuatro mil doscientos ochenta y ocho pesos ($ 29.754.288.00), habiéndole concedido el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

Se sintetizan así por el Tribunal:

> "El once (11) de agosto de 1987 entre Edgar Garzón Ramírez y Nelly Pimiento de Garzón, como deudores y Francisco Baltazar Corredor, como acreedor, suscribieron un contrato que denominaron de prenda industrial sobre válvulas de se-

gunda y chatarra, mediante la cual gravaron esa clase de material, relacionado con las facturas números 0953, 0954, 0955, 0956 y 0957.

"La mercancía, objeto de la prenda, se encontraba almacenada en la carrera 21 número 12A 20-22 primer piso, de esta ciudad, el segundo piso de dicho inmueble lo habitan los deudores, los cuales dieron en arriendo al sindicado la bodega donde se guardó la mercancía, objeto de la prenda, no obstante, Francisco Corredor debía pedir permiso a los moradores del inmueble, ya que él no tenía las llaves del portón principal, pero, sí tenía las llaves del candado de la bodega.

"El cinco (5) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), el acusado se presentó a la residencia de los deudores, y sin el consentimiento de éstos, se afirma, sacó en camiones de la bodega todos los elementos y objetos, aún algunos no incluidos en el contrato de prenda".

Actuación procesal.

La relata en los siguientes términos la Delegada:

"El nueve (9) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988) se abrió formal investigación por parte del Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal de Bogotá.

"Rendida la indagatoria por Corredor Corredor el veinticinco (25) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y ampliada el ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989) se le definió su situación jurídica con medida de conminación más compromiso de presentaciones cada quince (15) días por los delitos de ejercicio arbitrario de las propias razones en concurso con el de aprovechamiento de error ajeno. Atacado el pronunciamiento por los sujetos procesales, la primera instancia repuso parcialmente y dio paso a la apelación que culminó con la imposición de detención preventiva sin derecho a libertad provisional por el delito de hurto agravado en contra del sindicado —octubre 17 de 1989—.

"Superadas naturales circunstancias del trámite, la investigación se clausuró el nueve (9) de febrero de 1990 y se calificó el mérito sumarial el dieciséis (16) de marzo del mismo año, con resolución acusatoria por abuso de confianza, orden de reapertura de la investigación con relación al delito de hurto, cambio de la medida de aseguramiento por la caución prendaria y se revocó la orden de captura que pesaba sobre Corredor Corredor.

"Apelada tal decisión, el Tribunal se abstuvo de desatar el recurso por falta de legitimidad en el apelante, que lo era la parte civil. Abierto el juicio a pruebas el treinta (30) de julio de mil novecientos noventa (1990) por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito, se inició la audiencia pública el veintidós (22) de enero de 1991, la que se suspendió porque el Ministerio Público solicitó el cambio en la calificación jurídica del delito.

"Despachada desfavorablemente la petición según auto fechado el primero (1º) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), la vista prosiguió el veinte (20) de marzo del mismo año produciéndose sentencia condenatoria en contra de Francisco Corredor por el delito de abuso de confianza —abril 16 de 1991—.

"Apelado el fallo por la defensa, el *ad quem* el quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991), declaró la nulidad desde la intervención del Ministerio Público en la audiencia inicial, ordenando se procediera a la variación de la calificación provisional.

"Cumplido el veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) lo dispuesto por el Tribunal, la audiencia se reinició el veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991) continuando el once (11) de noviembre dentro de cuyo trámite la defensa solicitó la declaratoria de nulidad por violación al debido proceso, petición denegada de plano en virtud del proveído calendado el diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992) y confirmado por el *ad quem* el veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

"Finalizada la audiencia el veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), se dictó el fallo de primera instancia con los resultados anotados.

"Apelada la decisión, al desatarse el recurso se revocó la condena en sentencia que ahora promueve el ataque extraordinario".

La demanda:

El actor formula dos cargos en el ámbito de la causal *primera* de casación, segmento final:

Primer cargo:

En el enunciado precisa que se trata de un error de hecho por falso juicio de identidad. Por consiguiente, acusa la sentencia de segun-

do grado "...por violación indirecta de los artículos 349 y 351 del C. P., por interpretación errónea. Como norma media señaló la infracción, por aplicación indebida del artículo 247 del C. de P. P.".

Comienza transcribiendo un aparte del fallo en el que se habla de la imposibilidad de configurarse el hurto "...si el agente toma lo ajeno en la justa credibilidad que el dueño ha dado su consentimiento. Caso en el cual, tanto vale lo real como lo putativo. En virtud del principio de la buena fe excluyente del dolo", dado que "...el consentimiento del interesado crea un estado de hecho, diverso de aquel que la norma tutela penalmente, de manera que si un sujeto se apodera (para el *sub judice*, ni siquiera apoderamiento hubo, como ya se demostró), de una cosa mueble con el consentimiento del dueño no habrá delito de hurto, no por exclusión de la antijuridicidad sino por la ausencia del tipo penal, ya que uno de los elementos estructurales es la falta de consentimiento del dueño, poseedor o tenedor de la cosa sustraída".

Como quiera que de la versión de la codeudora (Nelly Pimiento), del testigo presencial (Juvenal Cortés), del conductor de uno de los camiones que transportaron la mercancía (Manuel Susa), del hijo del encausado (Omar Corredor) y de quien ayudó a sacar los objetos (Jorge Cordero), el Tribunal extrae la inocencia del procesado, el censor considera que "...ha desfigurado la prueba en sus dimensiones objetivas, ha tergiversado a su acomodo la versión suministrada por la señora Nelly Pimiento de Garzón, para concluir que esta señora dio pleno consentimiento para que el encausado Corredor retirara la mercancía del sitio en donde se hallaba, inmueble donde residió la familia Garzón, y a más de ello, no ha valorado la prueba recaudada, en su conjunto, bajo los parámetros de la sana crítica".

Como apoyo a su aserto recuerda que Nelly Pimiento fue informada por Francisco Baltazar Corredor de que al otro día iban unos clientes a comprar unas válvulas, que a la mañana siguiente, en vez de los supuestos interesados, sólo vio unos camiones que estaban cargando todas las mercancías, acción que no pudo impedir, recibiendo como explicación de Corredor que su actitud obedecía a su creencia de que no se le iba a pagar el dinero que se le adeudaba. Se engañó a la mujer quien sólo dio su permiso para que se miraran parte de los objetos por unos posibles adquirentes, resalta el actor y luego habla de la indefensión en que se encontraba ("¿Qué puede hacer una mujer sola, ante aproximadamente siete personas, máxime cuando es su propio acreedor el que dirige las maniobras, junto con su hijo?"), por lo cual sólo atinó a tratar de localizar a su esposo, objetivo que no logró.

Respecto a los testigos advierte sobre los intereses que los movían: Juvenal Cortés por haber acompañado al procesado el día anterior a solicitar el permiso para los presuntos clientes, amén de que éste "...y todos los demás que contribuyeron al traslado fueron contratados y pagados por el endilgado...". Para rematar sus tesis, recuerda

pronunciamientos anteriores del Tribunal, con dos ponentes diferentes, sobre la adecuación de la conducta imputada a Corredor en el tipo de *hurto agravado*, amén de que pone de presente que, con anterioridad a la solicitud de permiso, el procesado ya había contratado los camiones, lo que demuestra que no le interesaba la aquiescencia de doña Nelly. Por consiguiente, considera que el Tribunal "...ha confundido el *abuso de confianza* propio de un *hurto agravado*, que es lo que se desprende en sana hermenéutica jurídica en el *sub litem*, con un presunto consentimiento que probatoriamente jamás surge en este caso".

Segundo cargo:

Lo presenta como error de hecho por suposición de prueba. Como normas violadas denuncia la aplicación indebida de los artículos 247, 248 y 253 del C. de P. P. y la infracción indirecta de los artículos 349 y 351 del C. P., igualmente por aplicación indebida.

Luego de la transcripción pertinente sobre la comprensión del verbo rector del tipo del hurto —apoderamiento— el impugnante critica al Tribunal cuando afirma que Corredor "...no persiguió jamás el apoderamiento de la mercancía, él no deseaba llevársela, él lo que perseguía era su dinero...". Para demostrarlo de nuevo advierte que desde el día anterior Corredor había planeado llevarse la mercancía y cita a Susa, a Juvenal Cortés y a Hugo Sánchez para probar su afirmación. Además señala cómo nunca se demostró que Corredor estuviera pagando arriendo por la bodega, como tampoco se aportaron las facturas en donde aparecen relacionadas las válvulas y demás bienes, así como tampoco acudió a la jurisdicción civil para incoar un proceso ejecutivo ni entregó la totalidad de la mercancía cuando dio la orden el Juzgado Treinta y Tres (33) de Instrucción Criminal. A más de esto, pese a los abonos que se le hicieron de la deuda cuando por fin inició la acción ejecutiva lo hizo por la totalidad de la obligación.

Por consiguiente, solicita casar la sentencia recurrida y en su lugar condenar al acusado como autor responsable de los hechos que se le imputan.

Memorial de la defensa:

Sobre el *primer* ataque advierte que el recurrente tergiversa de buena fe el argumento del Tribunal pues en ningún momento la Corporación habla de un consentimiento expreso de Nelly Pimiento, sino que éste se colige del lapso dilatado que duró el cargue de la mercancía (siete horas) sin que ella hubiese acudido a ninguna autoridad para impedirlo. Sobre este indicio el censor no se pronuncia, razón suficiente para que se rechace el cargo. A más de ello, se dedica únicamente a oponer su propia apreciación probatoria al criterio del Tribunal y no demuestra por qué habría de revocarse el fallo impugnado,

enseñando la incidencia del error en el fallo, el análisis que debió realizarse para dar lugar a la modificación de la sentencia y "...si con la prueba diferente de aquella que se predica la errónea interpretación, sería factible sostener el fallo, o si por el contrario desaparecieron los supuestos probatorios de la decisión absolutoria y consecuencialmente sería necesario casar la sentencia...".

La *segunda* objeción, a su juicio, tampoco tiene vocación de prosperidad. No demuestra el casacionista que el fallo se fundamente en una prueba irreal y si su intención era probar que el *ad quem* dio por cierto un contrato de arrendamiento inexistente, tal aserto no lo puede alegar, so prelexto de que en el expediente no obran los recibos del canon correspondiente. El memorialista previene que procesalmente está establecida la real existencia del contrato de arrendamiento de la bodega, hecho que jamás fue puesto en duda, ni siquiera por los propios denunciantes. Además, considera como tema ajeno a la controversia, el que se hubiese pagado o no la renta pactada, pues éste no fue el sustento del fallo cuestionado. De igual manera advierte que la sustentación del cargo no coincide con su enunciación. Aparte de su confuso discurrir, el defensor indica que si la intención del casacionista era cuestionar el alcance del verbo rector de la conducta, debió acudir al cuerpo inicial de la causal primera.

Concepto del Procurador
Tercero Delegado en lo Penal:

En primer término advierte que aunque el Tribunal toca los temas de una presunta ausencia de consentimiento del derecho-habiente, la posible existencia real del apoderamiento y considera como punto de vital importancia el reconocimiento del error de prohibición a favor del imputado, el recurrente apenas se refiere a los dos primeros puntos, por lo cual una eventual prosperidad de sus objeciones dejaría incólume el último de ellos. Y aun cuando reconoce que el error de prohibición no fue técnicamente estudiado en la sentencia, de todas maneras lo admite de manera expresa en el actuar del incriminado.

Refiriéndose a los ataques en sí, rechaza el *primer cargo* por una falencia que lo gobierna: Acusar la sentencia de interpretación errónea de los artículos 349 y 351 del C. P., fundamento que supone un yerro de derecho, por haberse equivocado al interpretarlos y desarrollar la objeción como error de hecho, dedicándose al examen de algunas pruebas que aluden al consentimiento sin concretar en qué consistió dicha falsa significación de las normas en comento. Apenas "...la reputó en su parte final de las pruebas que sirvieron de sustento a la aseveración de que la señora Pimiento consintió que Corredor tomara los bienes objeto de la prenda y los trasladara a sitio diverso a aquél en que se hallaban. De esta forma no puede descubrirse en qué medida la inadecuada exégesis normativa influyó en la sentencia, como tampoco dejó

consignado cuál es el recto entendimiento de los preceptos mencionados que impondrá el proferimiento de un fallo de reemplazo".

Incluso, admitiendo que la errónea interpretación se refiere exclusivamente a la prueba, tampoco aporta "parámetros" suficientes para entender el cabal contenido de la censura pues al tiempo que invoca la tergiversación del testimonio de Nelly Pimiento de Garzón, simultáneamente denuncia la falta de valoración de la prueba recaudada. Respecto a lo primero, la Delegada advierte que el Tribunal no aseguró que la deponente hubiese hablado de un consentimiento expreso de su parte para retirar la mercancía, sino que lo consideró como tácito luego de examinar el restante material probatorio a la par con la conducta que observara la testigo el día de autos. Por consiguiente, considera que la demanda va por otro camino ya que, al final de cuentas, el supuesto falso juicio de identidad se convierte en uno de convicción, "...en tanto que al censor le inquieta no la demostración de los actos sobre los cuales el Tribunal dedujo la anuencia de la señora Pimiento sino la validez de su comportamiento pregonando que la voluntad de la testigo se encontraba viciada por la presión a que se vio sometida por la situación misma...". Lo demás —asevera el Ministerio Público— son simples comentarios, incapaces de suyo para demostrar el yerro alegado.

El *segundo cargo* tampoco corre con mejor suerte, a juicio del colaborador, dado que en él se observan también evidentes errores de técnica como el de predicar la violación indirecta de los artículos 349 y 351 del Código Penal "...sin especificar en qué forma se produjo tal infracción...", ni aludir a ello en el desarrollo de la censura pues si bien discurrió sobre la existencia del apoderamiento "...tal alegación se dejó en el vacío, sin conjunción con el precepto y la sentencia, como es exigible en sede de casación...".

Aunque el actor pretende demostrar que Corredor contrató desde un día antes de los hechos los camiones que deberían trasladar la mercancía, esta actuación no es suficiente para predicar el apoderamiento, pues su existencia "...no dependió de que el procesado hubiese o no realizado el acto material de aprehensión de las válvulas, sino de su falta de propósito de apoderarse de ellas...". Aparte de esto, el recurrente se adentró en una serie de preguntas inconexas, todas ellas sin relación alguna con el fenómeno del apoderamiento Para "colmo de inconsistencias", enfatiza la Delegada, la solicitud del impugnante no es clara, pues aparte de solicitar la condena del procesado no especifica el delito que debe sustentarla, ni la agravante del mismo, "...aspectos que no pueden entenderse cumplidos con las esquivas invocaciones a los artículos 349 y 351 del Código Penal...", pues no demostró su atropello.

Solicita, por consiguiente, no casar el fallo materia del recurso extraordinario.

La Corte:

Primer cargo:

Según el enunciado, el Tribunal cometió un error de hecho por falso juicio de identidad. Por consiguiente, la obligación del demandante es señalar la prueba que fue torgiversada en su contenido y demostrar su trascendencia fundamental en el proceso, de tal magnitud que de no haberse cometido la falencia, el fallo necesariamente habría sido condenatorio. Se espera, por consiguiente, que el desarrollo de la censura cumpla con el cometido.

Sin embargo, el primer tropiezo se encuentra apenas iniciada la lectura. Acusa la sentencia de haberse producido la violación indirecta de los artículos 349 y 351 del C. P. por interpretación errónea, lo que equivale a plantear una violación directa, pues el debate gira en torno al equivocado desentrañamiento del contenido de la norma, ámbito ajeno al error de hecho que pregona. Aparte de esto, no se ve cómo el haberse dictado la sentencia condenatoria sin la prueba suficiente que condujera a la certeza del hecho punible y a la responsabilidad del procesado (violación del art. 247 del C. de P. P.) haya provocado la referida interpretación errónea de los tipos básico y subordinado expuestos en precedencia.

Esta infortunada presentación conspira contra el éxito del reproche pues no sólo agita simultáneamente dos sentidos excluyentes sino, como se ve, no lográ plantear concatenadamente, en relación de medio a fin, el quebrantamiento indirecto que alega. Pero aún, una formulación correcta tampoco le hubiera traído el beneficio esperado pues nuevos planteamientos dilógicos y confusos oscurecen aún más su pensamiento.

En el acápite que denomina "demostración de la censura", luego de transcribir un extenso aparte del fallo que acepta el consentimiento de Nelly de Garzón para sacar los objetos del inmueble, se dedica a negar el aserto, terminando la exposición cuando cree haberlo demostrado. Aparte de si la razón le asiste o no —la Sala en seguida se dedicará a dilucidarlo— queda en el vacío, la trascendencia del yerro, de tal entidad, que sin su presencia, el fallo necesariamente habría sido condenatorio. De todas maneras, la estrechez misma de la censura le impedía hacerlo. Apoyado solamente en uno de los vértices de la sentencia poco podía hacer al respecto. Recuérdese que, además de la ausencia de consentimiento, debía también demostrar que sí hubo apoderamiento de los bienes —aunque lo trata en el cargo siguiente, en éste también debió abordar el tema— y que no se estructuró en cabeza del incriminado un error de prohibición. Aún, demostrando que los objetos fueron sacados contra la voluntad de la señor de Garzón

y que hubo apoderamiento, subsiste el último pilar de la condena que permite dejarla incólume (error de prohibición). Esta debilidad argumental desquicia aún más el reproche.

Ahora, respecto al ataque en sí, también su fundamentación es frágil y su desarrollo contradictorio. Sobre lo primero, el casacionista advierte que el Tribunal "...ha tergiversado a su acomodo la versión suministrada por la señora Nelly Pimiento de Garzón, para concluir que esta señora dio su pleno consentimiento para que el encausado Corredor retirara la mercancía". Para demostrarlo cita apartes de la aludida versión sobre la visita que la mujer recibiera de Corredor y Juvenal Cortés para informarle que al día siguiente unos posibles compradores iban a mirar las válvulas que guardaba en la bodega y que, efectivamente, cuando salió a las ocho de la mañana del otro día, ya los camiones estaban cargados.

¿Dónde se encuentra la tergiversación? Aparte de la extensa transcripción que hiciera de lo dicho por el Tribunal, no logra precisar la falencia. Tampoco había manera de hacerlo. Si se observa el texto reseñado, es de ver que la Sala de Decisión del Tribunal se limita a demostrar que cada uno de los requisitos del consentimiento se estructura de acuerdo con la prueba testimonial obrante en el proceso. Afirma que el consentimiento fue tácito apoyándose en las versiones de la propia Nelly Pimiento, citando una porción sustancial de su intervención. Luego de analizar otros medios probatorios (prueba testimonial y pericial) encuentra que fue coetáneo con la acción misma y fue dado por persona capaz de consentir.

Como se observa con claridad, para llegar a dicha conclusión, el Tribunal consultó diversos elementos de persuasión, diferentes de la versión de la presunta víctima. Juvenal Cortés, el conductor de uno de los camiones, el ayudante, y el hijo de Cortés amén de la inspección judicial que se practicó al inmueble y que demuestra que la única puerta de acceso a la bodega es la de la casa. A más de ello, tuvo en cuenta el lapso prolongado que gastó el procesado en retirar la mercancía (cerca de siete horas), la recepción de los recibos por Nelly, y su pasividad al no buscar la ayuda de la autoridad para impedir la acción de Corredor.

Incluso, si la distorsión se hubiese efectuado, quedaban enhiestas las demás pruebas analizadas que probaban a ciencia cierta que la falta de oposición de Nelly es demostrativa de su consentimiento implícito. Pero ni siquiera el dicho de Nelly fue deformado. El *ad quem*, con buen juicio, extrajo de sus palabras su aquiescencia al suceso, es decir, entendió que al no protestar por el hecho estaba dando su licencia para que se efectuara el retiro de los objetos. Jamás aseguró que ella la había dado en forma expresa como parece entenderlo el censor. Además, como ya se vio, se apoyó en otras probanzas, las cuales, analizadas en su conjunto, lo llevaron a tal convencimiento,

estructurándose un indicio, como lo asevera con acierto el no recurrente. Si su intención era demostrar que el consentimiento jamás se dio, ni siquiera de forma tácita, debió atacar este medio de prueba. Sin embargo, lo ignoró o simplemente no se dio cuenta de su existencia.

Pero aparte de esto, la seriedad de su reproche sufre mengua cuando al elaborar su argumentación escoge razones como la soledad de la mujer frente a la "multitud" de sus opositores y el engaño de que fue objeto por el procesado. Como la advierte la Delegada ". . .al censor le inquieta no la demostración de los actos sobre los cuales el Tribunal dedujo la anuencia de la señora Pimiento, sino la validez de su consentimiento pregonando que la voluntad de la testigo se encontraba viciada por la presión. . .". Pero más aún, pretende demostrar con simples hipótesis (la indefensión) su pasividad cuando por el tiempo que duró el trasteo bien pudo haber buscado la ayuda de las fuerzas del orden para impedir el presunto atropello.

Pero como se dijo en su oportunidad, también su planteo es contradictorio. Pese a que desde un comienzo habló de un error de hecho, sin reparar en las consecuencias contradictorias de sus palabras, entra a cuestionar la credibilidad de los testigos tenidos en cuenta por el Tribunal. Tal enunciado coloca la tacha en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción. Esta formulación simultánea de dos sentidos tan diversos en su esencia como en sus efectos, termina por desquiciar el ya de por sí maltrecho ataque.

Desestímase la censura.

Segundo cargo:

Lo enuncia como error de hecho por falso juicio de existencia. Tal planteamiento lo obliga a señalar las pruebas legalmente aportadas al proceso que se ignoraron por el fallador y su importancia capital, dado que de haber sido tenidas en cuenta, el fallo habría sido necesariamente condenatorio.

Como en la objeción anterior, el recurrente inicialmente transcribe las porciones del fallo que sirven para sus fines y luego hace el comentario respectivo. El toma en este acápite es el del apoderamiento. Por consiguiente, se supone que en el expediente existen evidencias, no analizadas ni valoradas por el fallador, que demuestran la existencia del verbo nuclear del punible de hurto.

El desarrollo del razonamiento, sin embargo, toma otro camino. Primero rechaza la interpretación que el Tribunal hace de una sentencia de la Corte sobre el verdadero significado de "apoderamiento" y luego advierte sobre el plan hecho por Corredor desde el día anterior para llevarse la mercancía. Al respecto, cita en su apoyo a Manuel Susa y Hugo Sánchez, pese a que en el cargo anterior los había recha-

zado por no ser dignos de credibilidad. Pero bueno, la presentación por separado de cargos excluyentes le permite esta clase de licencias.

Estas palabras hacen que la Sala se encuentre ante una argumentación insustancial, incapaz de suyo para demostrar lo que pretende. Aparte de que no enseña cuáles fueron las probanzas ignoradas por el fallador, el que hubiese contratado a los camiones con anterioridad a la concesión del permiso no presupone necesariamente su intención de apoderarse de los bienes. Apenas el de transportar los elementos a otro lugar distinto, lo que no implica de suyo la intención y la voluntad de introducirlos a su patrimonio en detrimento del de sus deudores, hecho que se confirma con el cuidadoso inventario de los bienes que realizó en presencia de la mujer.

Ahora bien, el censor equivoca la razón de ser del ataque. Como bien lo recuerda el Ministerio Público, el Tribunal derivó la inexistencia del apoderamiento de las mercancías "...de su falta de propósito de apoderarse de ellas..." y no de la realización del acto material conocido. Por consiguiente, resulta irrelevante la censura pues los actos de Corredor revelaron que lo único que deseaba era el pago de la deuda, para lo cual decidió retener los elementos mientras la cancelación se efectuaba. Con fundamento en ello fue que el Tribunal dedujo el error de prohibición, el cual no es materia de controversia, ni merece tan solo la más mínima alusión de su parte.

Ahora bien, para finalizar la censura, el demandante plantea una serie de interrogantes que tampoco colaboran en clarificar su pensamiento. Antes bien, se presentan inconexos y sin ninguna relación con el tema central. ¿Qué tiene que ver con el ánimo de apoderarse, el pago o no de la renta pactada por la bodega? El que hubiese cumplido o no con la obligación implica probar la conducta dolosa que se le imputó en el proceso? Lo mismo sucede con las facturas en donde aparecen relacionadas las válvulas. ¿En qué contribuye su presencia a la demostración que pretende el censor? Más aún, qué tiene que ver el reintegro parcial de la mercancía o el pago de sumas de dinero como abono a la deuda, con el tema del apoderamiento?

También llama la atención sobre la cita que hace de un fallo de esta Sala sobre lo que debe entenderse por "apoderamiento" para criticar a seguida la interpretación que el Tribunal hizo de él. ¿Por ventura, está denunciando un error en cuanto al alcance que el *ad quem* le dio a este verbo rector? Si ello es así, debió enrumbar su ataque hacia los terrenos de la violación directa por interpretación errónea. De todas maneras, esta queja queda como simple constancia pues en los renglones posteriores, como ya se dio cuenta, se dedica a otros menesteres.

La carencia de técnica, la exposición de confusos argumentos, la presentación inconexa de tesis y la falta de claridad en la exposición, son factores, todos a uno, que conllevan a la improsperidad del ataque.

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 NO, *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz* NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CONFESION

El recurso extraordinario de casación es un juicio técnico jurídico sobre la sentencia de segunda instancia, para cuya realización se exige al censor señalar con claridad y precisión los errores en que se haya incurrido el ad quem, demostrarlos y acreditar su incidencia en el fallo acusado, a efecto de que se provean los correctivos del caso. Es imprescindible, entonces, que el demandante invoque correctamente el cargo y lo desarrolle conforme a la técnica del recurso para que sea viable el examen correspondiente. / Aunque el procesado hubiere confesado su delito, la circunstancia de haber sido sorprendido por un tercero en el momento que consumaba el mismo, sumada a la aprehensión física a que lo sometió este tercero para entregarlo a las autoridades, y a la existencia en el proceso de la declaración de ese único testigo presencial, prueba que a la postre fuera base fundamental de la condena, resulta improcedente reducirle la pena con fundamento en el mencionado artículo 299 porque no se cumpliría la finalidad de esta norma consistente en beneficiar a quien colabora con la justicia, propósito loable que no puede predicarse de quien confiesa su delito ante la fuerza de las evidencias que derivan de un sorprendimiento flagrante.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 34, abril 7 de 1994.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el 26 de octubre de 1992, mediante la cual se condenó a *Miller Ospina Correa*, a la pena principal de dieciséis años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos

y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, como autor del delito de homicidio agravado, según hechos ocurridos el 10 de febrero de 1991.

El recurso fue admitido el 23 de febrero de 1993, y la demanda se declaró ajustada en proveído de 8 de junio de 1993.

Hechos:

Fueron resumidos por la Delegada del Ministerio Público, de la siguiente manera:

> "El día diez de febrero de 1991, en las horas de la tarde, en la finca 'El Porvenir', ubicada en la vereda La Esperanza, jurisdicción del municipio El Castillo, el procesado Miller Ospina Correa hirió con arma de fuego, a Oscar Danilo Balbín Mesa, quien se encontraba dialogando en forma desprevenida con el señor Jorge Montejo, propietario del inmueble, lo que le produjo la muerte en forma casi inmediata".

Antecedentes procesales:

La Inspección Segunda Municipal de Puerto Esperanza, practicó el levantamiento del cadáver y recibió denuncia al señor Jorge Montejo, diligencias con fundamento en las cuales, se abrió la correspondiente investigación penal por parte del Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal de El Castillo (Meta).

Ante dicho instructor rindió indagatoria el sindicado el trece de febrero de 1991, resolviéndosele la situación jurídica en providencia del 18 de febrero del mismo año, con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Luego de ampliar su indagatoria por una vez y practicados numerosos medios de prueba, la investigación fue cerrada por auto del 1º de abril de 1991, a petición del defensor del procesado. El sumario fue calificado por primera vez en providencia del 29 de abril de 1991, ordenándose la reapertura de la investigación por el término de sesenta días y otorgándose al procesado la libertad provisional bajo caución prendaria.

Practicadas nuevas pruebas dentro de la reapertura, se cerró nuevamente la investigación y se calificó por segunda vez el mérito del sumario, mediante proveído del 4 de octubre de 1991, en esta ocasión con resolución acusatoria por el delito de homicidio tipificado en el artículo 323 del Código Penal, en concordancia, con los numerales 4º y 5º del artículo 66 y el numeral 7º del artículo 324 *ibídem*.

El juzgamiento le correspondió al Juzgado Tercero Superior de Villavicencio, el que avocó conocimiento y abrió el juicio a pruebas mediante auto del 11 de diciembre de 1991.

Luego de decretadas algunas pruebas solicitadas por el defensor, y después de haberse fijado fecha en varias oportunidades, se llevó a cabo la audiencia pública y el Juzgado Sexto Penal del Circuito profirió la sentencia de primera instancia condenando a Miller Ospina Correa a diecisiete (17) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Apelado el fallo, el proceso pasó a conocimiento del Tribunal Superior de Villavicencio, cuya Sala Penal, mediante la sentencia que fue objeto de este recurso extraordinario, confirmó la condena pero disminuyó la pena principal a dieciséis años de prisión, dejando la pena accesoria por el mismo término de la pena principal.

La demanda:

El demandante formula un único cargo contra la sentencia recurrida, al amparo de la causal primera, consistente en no habérsele reconocido al procesado las rebajas de pena correspondientes, por haber confesado su delito y por haber actuado bajo la circunstancia de ira e intenso dolor.

Expresa el recurrente que el *ad quem* incurre "...en el fallo en la causal primera del artículo 220 del C. de P. P., por haberse dictado sentencia violando normas de derecho sustancial, tales como lo contempla el artículo 296, 299 del misma (sic) C. de Procedimiento y el artículo 60 del C. P.".

Fundamenta la procedencia de la rebaja por confesión sobre la base de que su defendido después de cometer el delito siempre tuvo la intención de presentarse ante las autoridades y desde cuando concurrió por primera vez al despacho judicial, confesó haber sido el autor del homicidio.

En relación con la ira e intenso dolor, indicó que desde su indagatoria el procesado sostuvo que el día de los hechos al ver a la víctima sintió rabia por cuanto recordó la ocasión anterior "cuando le propinó una tremenda paliza y que incluso lo dejó privado por algunos momentos". Allí, según el recurrente, renació la ira de su defendido "como si fuera el primer momento", circunstancia que en su criterio también ha debido reconocérsele en la sentencia.

Por los argumentos expuestos solicita el impugnante se case la sentencia demandada y se reconozcan las rebajas de pena reclamadas.

Concepto del Ministerio Público:

En opinión del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el único cargo formulado en la demanda de casación no puede prosperar, toda vez que conforme a lo acreditado en el proceso no hay lugar a las rebajas de pena que depreca el censor.

Critica la Delegada las fallas de técnica que presenta la demanda, la cual, en su opinión, no reúne los requisitos formales exigidos por la ley.

Finalmente, advierte dicha representación del Ministerio Público, que la pena accesoria impuesta al sentenciado excede el límite señalado en el artículo 44 del Código Penal, motivo por el cual solicita casar parcialmente la sentencia recurrida para que se corrija ese error.

Consideraciones de la Sala:

Como reiteradamente se ha dicho, el recurso extraordinario de casación es un juicio técnico-jurídico sobre la sentencia de segunda instancia, para cuya realización se exige al censor señalar con claridad y precisión los errores en que haya incurrido el *ad quem*, demostrarlos y acreditar su incidencia en el fallo acusado, a efecto de que se provean los correctivos del caso. Es imprescindible, entonces, que el demandante invoque correctamente el cargo y lo desarrolle conforme a la técnica del recurso para que sea viable el examen correspondiente.

La demanda objeto de estudio presenta la inconsistencia de no indicar el sentido y motivo de la violación de la ley sustancial, aducida al invocarse la causal primera de casación como fundamento de la impugnación; tampoco en su desarrollo se hizo la claridad necesaria sobre los mencionados aspectos. Tal falencia determina de entrada el fracaso de la demanda, toda vez que hace imposible establecer si la inconformidad del recurrente con el fallo acusado radica en alguno de los motivos de la violación directa (falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea), o si más bien, obedece a la violación indirecta, por haber incurrido el sentenciador de segundo grado en error de hecho o de derecho al apreciar las pruebas.

En efecto, el recurrente cree cumplir con su formulación cuando acusa la sentencia proferida "...violando la causal primera del artículo 220 del C. de P. Penal" al no haberse reconocido en ella lo que establecen "...algunas normas, tales como el artículo 296 de la misma norma procedimental y que habla sobre la confesión y la rebaja que contempla el artículo 299. Además de las rebajas que contempla el artículo 60 del C. Penal, y que trata sobre la ira y el intenso dolor".

No obstante, mediante un esfuerzo interpretativo pudiera pensarse que el recurrente quiso atacar el fallo por el primer motivo de la

violación directa, es decir, por falta de aplicación de las normas que consagran la disminución de pena por confesión y por la circunstancia de ira e intenso dolor. A ésto se llega teniendo en consideración que el libelista no hace cuestionamiento alguno sobre las pruebas, por lo que debe descartarse la censura por violación indirecta.

Empero, de ser así tampoco tendría éxito la demanda porque de lo establecido en el proceso emerge con claridad la improcedencia de las rebajas de pena reclamadas, según se analiza a continuación.

Respecto de la confesión, el demandante se limitó a decir:

> "Como se puede observar en la investigación Miller Ospina Correa desde la primera vez que concurrió al Despacho, confesó haber sido el autor del homicidio y además que una vez cometido este, el único propósito era el de presentarse ante las autoridades. El único testigo presencial de los hechos en esto corrobora lo afirmado por él, ya que sostuvo que, Miller le comentó que había cometido el hecho y respondería ante la ley por él".
>
> Y agrega el recurrente: "Como se puede observar, la confesión se hizo desde el primer instante y por eso considero que se debe reconocer la rebaja correspondiente".

Ciertamente el artículo 299 del Decreto 2700 de 1991, nuevo Código de Procedimiento Penal, pero vigente al momento de proferirse la sentencia de primera instancia, consagra la reducción de pena en caso de confesión, en los siguientes términos:

> "A quien, fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal confesare el hecho, en caso de condena, se le reducirá la pena en una tercera parte".

Sobre este aspecto, basta revisar el fallo emitido por el Tribunal Superior de Villavicencio para concluir que el beneficio consagrado en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal no tiene operancia en este caso debido a que se configura la flagrancia, circunstancia esta que no autoriza su reconocimiento. En efecto, de los auto se extrae que el procesado fue aprehendido por Jorge Montejo, único testigo presencial de los hechos, instantes después de cometido el reato y cuando aún portaba el arma homicida, quien lo condujo ante la Inspección de Policía de Puerto Esperanza dejándolo a su disposición.

Por manera que aunque el procesado hubiere confesado su delito, la circunstancia de haber sido sorprendido por un tercero en el momento que consumaba el mismo, sumada a la aprehensión física a que lo sometió este tercero para entregarlo a las autoridades, y a la existencia en el proceso de la declaración de ese único testigo pre-

sencial, prueba que a la postre fuera base fundamental de la condena, resulta improcedente reducirle la pena con fundamento en el mencionado artículo 299 porque no se cumpliría la finalidad de esta norma consistente en beneficiar a quien colabora con la justicia, propósito loable que no puede predicarse de quien confiesa su delito ante la fuerza de las evidencias que derivan de un sorprendimiento flagrante.

Respecto de la circunstancia de atenuación consagrada en el artículo 60 del Código Penal, tampoco es dable su reconocimiento en el presente caso, porque si bien puede admitirse la existencia de ese estado emocional en el procesado al momento de cometer el delito, así como la relación de causalidad entre el comportamiento ajeno y el estado de ira o dolor intenso, no se puede desconocer que tal comportamiento de la víctima ni fue grave ni menos injusto, habida cuenta que fue el propio sentenciado quien en el pasado dio origen a la confrontación física con Oscar Danilo Balbín Mesa, de la que salió mal librado, y quien también ocasionó el desencadenamiento de los trágicos hechos del 10 de febrero de 1991, al agredir nuevamente al hoy occiso con evidente ánimo vengativo, provocando su justa y proporcionada reacción, que al no poder vencer, lo impulsó a darle muerte atacándolo con arma de fuego de manera aleve y despiadada.

Lo anterior se desprende de lo manifestado por el único testigo presencial de los hechos, señor Jorge Montejo, quien en su ampliación de denuncia que obra al folio 15, expresó:

> "...en ese momento estábamos nosotros allí, que hacía como media hora había llegado Oscar; subió el señor Miller Ospina a caballo en una yegua media mora, con enjalma y unos aparejos y al pasar por el frente de donde estaba Oscar le tiró una palmada por la cara se la lanzó con la mano izquierda...".

Además, el propio procesado reconoció haber sido el inicial agresor cuando en su injurada manifestó que le había pegado una palmada al hoy occiso Oscar Balbín debido a que éste le había pegado hacía como cuatro meses "como a un niño chiquito".

En consecuencia, puede afirmarse con el Ministerio Público que acertaron los sentenciadores de primer y segundo grado al no concederle al procesado las rebajas de pena previstas en el artículo 60 del Código Penal y en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que no se cumplen en el presente asunto los presupuestos legales exigidos para su reconocimiento, por lo que la sentencia, en lo que tiene que ver con la pena principal impuesta, se mantendrá incólume.

No ocurre lo mismo respecto de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al sentenciado, puesto que al haberse fijado por el mismo tiempo de la pena principal (16 años),

se desbordó el límite señalado en el artículo 44 del Código Penal, que es de diez (10) años, y por consiguiente, para respetar el principio de legalidad de las penas deberá corregirse ese yerro de la sentencia, de manera oficiosa, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1º, 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal, tal como lo solicita el agente fiscal.

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

Resuelve:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, cuya determinación aparece al inicio de esta providencia, para reducir a diez (10) años el término de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a **Miller Ospina Correa**. En todo lo demás rige el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* NO, *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEFENSA TECNICA / JURADO DE DERECHO

Una defensa aparentemente conformista, pero atenta al devenir procesal, no puede considerarse que en verdad sea una defensa pasiva o inactiva, porque ante la fuerza de convicción de los medios de prueba recogidos, prácticamente incontrovertibles, puede considerar el abogado defensor más aconsejable esperar a conocer el criterio del funcionario que calificará el sumario, para sobre bases ciertas y objetivas adoptar los más pertinentes mecanismos de defensa. / El artículo 116 de la Constitución Nacional, sólo autoriza en el juzgamiento la intervención de particulares en asuntos de arbitramento o de conciliación.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 34, abril 7 de 1994.

Vistos:

Agotado el trámite de rigor, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Andrés González Arévalo,* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca de fecha cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), mediante la cual confirmó con ligeras modificaciones la del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté que le impuso al procesado la pena principal privativa de la libertad de dieciséis (16) meses de prisión y multa de un mil pesos ($ 1.000.00); como autor del delito de homicidio en José Israel Castillo Nova, consumado a título de culpa.

Se le condenó igualmente a la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y al pago de un millón de pesos por daño emergente y a pagar 400 gramos oro por indemnización de perjuicios morales.

Antecedentes:

En la carretera que del municipio de Guachetá conduce a Capellanía, frente al sitio denominado "Portachuelo" de aquella jurisdicción territorial, a eso de las siete de la noche del cuatro (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), el vehículo tipo campero Nissan Patrol que era conducido por el joven Andrés González Arévalo, al tratar de sobrepasar la motocicleta que pilotcaba José Israel Castillo Novoa la arrolló junto con su conductor que inconsciente y gravemente herido fue llevado a hospital de este Distrito Capital donde falleció el 20 de diciembre siguiente a causa de una neumonía microabscedada relacionada con el accidente automoviliario.

Con fundamento en estos hechos, el Juzgado Promiscuo Municipal de Guachetá inició formalmente la investigación penal.

Cerrada la investigación por el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Ubaté el diez (10) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), calificó el mérito del sumario el seis (6) de febrero siguiente con resolución de acusación por el delito de homicidio culposo (art. 329 del C. de P.) contra el procesado Andrés González Arévalo, a quien se le reconoció el derecho a la libertad provisional. Adelantada la causa, el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, celebró la audiencia pública sin intervención del jurado de derecho y el 27 de noviembre de 1992 profirió la sentencia de condena que recurrida por el procesado fue confirmada por el superior sin modificaciones sustanciales.

La demanda:

Con apoyo en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Cundinamarca al amparo de las causales primera (1ª) y tercera (3ª). Esta por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad, formulándose al efecto tres (3) cargos; mientras que por aquella se presenta un solo cargo.

Causal primera:

Cargo único: Se afirma que la sentencia impugnada viola el artículo 329 del Código Penal por falta de apreciación de "otras" pruebas que categóricamente demuestran que la muerte fue originada por la imprudencia de la víctima en la conducción de su motocicleta en estado de embriaguez, "sin portar el casco reglamentario, haciendo zig zag sobre la vía", ya que de haber sido tenidas en cuenta, la decisión habría sido absolutoria.

Para probar el cargo, el libelista cita luego el testimonio de la esposa del interfecto, Vitelvina Martínez de Castillo, quien refirió que

éste, el día de los hechos, "...se había tomado unas cervecitas,... (fl. 97) y no portaba el casco protector de motociclista (fl. 98), con lo cual sale respaldado el procesado en su manifestación de que cuando lo recogió para ser conducido al hospital de este distrito capital "olía a alcohol, y cerveza posiblemente el señor estaba embriagado" (fl. 69 vto.).

Alega enseguida que el estado de embriaguez de la víctima se refleja de manera ostensible en su acción temeraria y peligrosa de hacer zig zag, acompañada de la invasión del carril izquierdo de la vía por donde el procesado a bordo del Nissan se disponía a sobrepasarlo de modo reglamentario. Y esa imprudencia también la reportan los testimonios de sus hermanos acompañantes del procesado, Gloria Lucía y Jesús Antonio González Arévalo (fls. 84 y 86, en su orden).

Termina la tarea demostrativa de este cargo citando los artículos 247 y 254 del Código de Procedimiento Penal, como ostensiblemente transgredidos (requisitos para proferir sentencia y apreciación conjunta de las pruebas, respectivamente).

Causal tercera:

Primer cargo: El proceso está viciado de nulidad por violación directa del artículo 29 de la Carta Política, originada por la inepta defensa que no se preocupó por presentar y controvertir las pruebas en aras de acreditar la inocencia del procesado.

En el capítulo de la demostración del cargo, el actor se dedica a dilucidar la actividad del abogado que tuvo inicialmente a su cargo la defensa hasta la calificación del sumario, como quiera que ella se redujo a haber asistido al incriminado en su indagatoria, en la ampliación de ésta y en la diligencia de reconstrucción de los hechos.

Echa de menos algún memorial representativo de la actividad defensiva, hasta el punto que ni siquiera presentó alegato precalificatorio y con esta base el censor sostiene que el sentenciado "estuvo totalmente desamparado" de defensa técnica.

Enseguida aduce que la pasividad del profesional del derecho encargado de la defensa fue capitalizada por el apoderado de la parte civil que de esta manera se convirtió en verdadero árbitro del proceso cometiendo abusos que el Juez Promiscuo Municipal de Guachetá contemporizó, tales como haberle admitido formular preguntas capciosas a los testigos con el consiguiente quebranto de la dogmática probatoria, como sucedió con la ampliación del testimonio de la señora Rosa Miriam Martínez de Rodríguez (fl. 82 vto.).

Segundo cargo: La nulidad (violación del art. 29 de la Constitución Nacional) reside en la comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso en relación con la práctica de las pruebas:

1. La inspección que se practicó al campero Nissan Patrol conducido por el procesado no contó con la declaración de los peritos acerca de su experiencia sobre la materia y, además, la diligencia no estuvo precedida del correspondiente cuestionario y el dictamen no fue puesto en conocimiento de las partes, por lo que considera transgredidos los artículos 266, 268 y 270 del Código de Procedimiento Penal.

2. La inspección practicada a la motocicleta en que se transportaba la víctima adoleció de similares defectos a los del punto anterior.

3. La audiencia de juzgamiento sin la intervención de jurado de derecho viola el principio de favorabilidad (arts. 74 y 458 del C. P. P. y 29.3 de la Carta Fundamental en concordancia con el art. 10 del C. P. P.), ya que no es lo mismo que el juzgumiento se produzca por aquel procedimiento que en su opinión es menos restrictivo.

4. No se practicó el testimonio del señor Oscar Julio Alba que debía recibirse durante la audiencia pública, a pesar de que para tal momento procesal había sido decretado junto con otras pruebas por auto de folio 357, con lo cual se quebranta las bases del debido proceso.

Concluye entonces que la falta de apreciación de las pruebas aludidas fue determinante de que la inocencia del procesado no se patentizara, cuyo reconocimiento ahora solicita, y, que al haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad su declaración se impone "a partir del folio 65 inclusive" (inspección al vehículo Nissan Patrol).

Alegato apreciatorio del no recurrente:

El apoderado de la parte civil en su alegato apreciatorio se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

1. Respecto del cargo único de la causal primera, contraargumenta que las pruebas que el demandante aduce que se ignoraron por el juzgador sí fueron tenidas en cuenta por éste, cuando en la sentencia expresó que ellas no lograban destronar el perfil culposo del homicidio imputado, habida consideración de que los testigos y el acusado desde un comienzo admiten que antes de la colisión habían visto al motociclista que en zig zag invadió el carril izquierdo de la vía, precisamente por donde el jeep del procesado trataba de sobrepasarlo.

2. Descarta la nulidad por supuesta violación del derecho a la defensa, teniendo en cuenta que el acusado contó con asistencia profesional durante todo el trámite del sumario y siendo evidente la culpabilidad del procesado, la actividad defensiva mal podía traducirse en la presentación de memoriales, toda vez que cada defensor ejerce su mandato con plena autonomía e independencia, sin que existan reglas determinantes del modo de ejercer el derecho a la defensa.

2.1. Que los peritos no hayan explicado su experiencia como tales y la razón de su conocimiento especial se compadece con las normas vigentes para la época en que se cumplieron las diligencias de inspección y los dictámenes periciales; los cuestionarios a los peritos contrarios a lo que se afirma por el censor sí fueron realizados como puede observarse a folio 12 y si bien es cierto que no se dio traslado de los peritajes, los mismos pudieron ser objetados en el trámite subsiguiente, lo que no se hizo.

2.2. En relación con la supuesta irregularidad por la no convocatoria del jurado de derecho en la audiencia de juzgamiento, el apoderado de la parte civil participa del criterio del *ad quem* para no haber procedido conforme a lo alegado por el impugnante, toda vez que es relativa la favorabilidad alegada por el demandante respecto de aquella institución.

2.3. Finalmente, el hecho de que no se hubiera recibido el testimonio echado de menos, es situación que no puede endilgarse al juzgador, porque al testigo se le envió citación para que compareciera a rendir su declaración, no habiéndose logrado porque aquél no vivía ya en la dirección anotada.

El Ministerio Público:

Para el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal la demanda presentada no tiene vocación de éxito en razón de las protuberantes deficiencias técnicas de que adolece, tales como la omisión de demostrar la trascendencia del error denunciado por la vía de la causal primera, y la falta de señalamiento de las consecuencias que dejan los "irregulares" trámites de que se habla al plantear la causal tercera.

Pero en acatamiento del principio de prioridad, dedica detenido análisis en primer lugar a la causal de nulidad que invoca el actor.

Respecto del primer cargo por lesión al derecho a la defensa, anota que éste presenta un muy frágil fundamento frente al principio de libertad de que goza el profesional del derecho al asumir la defensa del procesado, cuya actividad no se encuentra reglada en términos de formulación y ejecución de estrategias defensivas y apenas limitada por los marcos de la ley y de la deontología del abogado.

Repara que el actor no cumple con la exigencia técnica de determinar cuál fue la actuación procesal que se encontró lesiva, citando el precepto vulnerado, y la de señalar con precisión la manera como tal violación repercutió desfavorablemente en la sentencia. Así echa de menos la relación causal que debe existir entre la supuesta inactividad de la defensa y el sentido adverso del fallo impugnado.

Advierte que el censor, quien asumiera la representación del acusado en la antesala del juicio, tuvo oportunidad para enderezar la defensa por sus naturales cauces si tan cierto estaba de la deficiencia observada por su antecesor y por lo mismo no ve mengua alguna susceptible de remediar en la sede extraordinaria de casación.

En efecto, encuentra el señor Procurador Delegado que la actividad pasiva del anterior defensor no refulge como producto de la desidia o de la falta de atención del proceso, como quiera que sin haber sido citado compareció al Juzgado congnoscente con su poderdante y así se notificaron del auto que resolvió la situación jurídica al igual que asistió a la recepción de varias pruebas de estirpe testimonial, en una de las cuales hizo uso del derecho de contrainterrogar al testigo, y además concurrió con los otros sujetos procesales al escenario de los hechos en procura de su reconstrucción histórica, indicativo todo esto de la atención que prestaba al desarrollo del acaecer procesal desde su perspectiva particular de defensa, posiblemente soportada en el silencio y en la inercia recursiva, como verdaderos bastiones de aquella.

Refiriéndose a otra faceta del ataque por quebranto del derecho a la defensa, acota el agente del Ministerio Público que la irregularidad de las preguntas capciosas formuladas a los testigos en la etapa del sumario pudieron corregirse mediante el mecanismo de la ampliación de sus testimonios a iniciativa del ahora recurrente, si así lo estimaba conveniente, mas no lo hizo.

Concluye entonces que el procesado no estuvo desprovisto de defensa técnica en ninguna de las etapas del proceso, y por lo demás que el libelista se cuida de indicarle a la Corte el remedio procesal que debe aplicarse de resultar probado el ataque, sin que sea de recibo la resignación de este deber en la misma con el pretexto de su posibilidad oficiosa en estos casos, ya que sigue siendo exigencia técnica para el casacionista que exprese con claridad y precisión no sólo el error que le atribuye a la sentencia sino también su consecuencia y si debe o no reponerse la actuación o simplemente proferir la sentencia que deba reemplazarla.

Depreca entonces que se desestime el cargo.

Respecto del segundo cargo, el representante del Ministerio Público es de la opinión de que cuando se tienen en cuenta pruebas que debieron desestimarse, porque los vicios en su aducción generan primigenia inexistencia, su ataque en casación debe circunscribirse al medio probatorio propiamente tal y no al proceso en sí, acreditado que fue el único soporte fáctico fundamental de la sentencia, y que como tal, si no se hubiera estimado, como se hizo, la suerte del procesado se habría mutado extremadamente, situación esta denunciable por la vía de la causal primera.

Sin embargo, prosigue el señor Delegado, la argumentación así encauzada de todos modos estaría llamada al rechazo, habida consideración de que "los peritajes" en cuestión no se constituyen en insulares medios de convicción dentro de la sentencia condenatoria. *Contrario sensu*, existen otros elementos de juicio que fueron convenientemente apreciados y suficientes por sí solos para sustentar la condena.

Refiriéndose luego a las irregularidades que denuncia el recurrente en la práctica de las inspecciones judiciales sobre los automotores comprometidos en el conflicto, repara que las normas procedimentales citadas por el libelista como quebrantadas no estaban vigentes por la época en que tuvieron lugar tales pruebas, y por consiguiente mal podía dejarse de aplicar lo que normativamente no existía. Las normas llamadas a regular el asunto eran las del Código de Procedimiento Penal de 1987 y conforme a ellas no se avizora irregularidad alguna constitutiva de nulidad, dado que el auto que reguló su práctica, de fecha 14 de noviembre de 1987, contempló los puntos que los peritos debían absolver, tales como "el estado mecánico del automotor y los rastros que hayan quedado en él por motivo del accidente".

Agrega que en la diligencia de inspección al campero no se produjo dictamen pericial distinto al estado de los frenos del Nissan, lo cual no fue mencionado en la sentencia que se examina y por ende este aspecto no es objeto ahora de reproche en sede extraordinaria.

En cuanto a la inspección practicada a la moto, reconoce el Ministerio Público que el dictamen que dentro de la misma diligencia rindieron los peritos no fue puesto en conocimiento de las partes, por lo cual la irregularidad existe, pero no las consecuencias que le atribuye el libelista tal como lo ha dicho la Corte a través de esta misma Sala en jurisprudencia que al efecto reproduce.

El tercer cargo de nulidad por la falta de conformación del jurado de derecho lo descarta, por cuanto la institución aludida, concebida en el Decreto 2700 de 1991, resulta contraria a los dictados de la Carta, cuyo artículo 116 sólo autoriza la intervención de los particulares en el juzgamiento a título de árbitros y conciliadores.

Acerca de la omisión de práctica de la prueba testimonial decretada para la audiencia pública, el distinguido Delegado señala que el libelista omite las reglas que la técnica de casación exige, puesto que si la nulidad se concibe por la falta de práctica de pruebas es preciso demostrar este aspecto y su incidencia en el fallo o en el desconocimiento de garantías fundamentales, siendo inane el simple enunciado que hace el demandante. Y al efecto se ocupa de la técnica con la que debió formularse la censura, en consonancia con la jurisprudencia y la doctrina.

En relación con el único cargo de la causal primera el señor Procurador Delegado encuentra aún más grave la falta de técnica en su formulación: "El censor al parecer entiende que su desarrollo solamente le exige la mención de las pruebas dejadas de apreciar por el sentenciador, o de los apartes de las que estime ignoradas, sin relación alguna con la norma sustancial que invoque como infringida indirectamente".

Observa que la demanda se caracteriza por su cortedad argumentativa: No aborda las conclusiones exigibles de la falta de apreciación probatoria —falso juicio de existencia—, olvidando que el sentenciador valoró integralmente los diferentes elementos probatorios aglutinados en el proceso y que con ellos desembocó en unos resultados jurídicos que no son blanco del ataque en el libelo.

Al libelista dejar sin demostración la trascendencia del yerro enunciado el señor Procurador Delegado entiende que el cargo carece de consistencia y debe ser rechazado.

Consideraciones de la Corte:

Tal como lo hizo el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en acatamiento del postulado de prioridad que rige la casación, la Sala también se ocupa en primer lugar de la causal de nulidad que de prosperar conllevaría a invalidar toda la actuación procesal.

Causal tercera:

Alega el actor que, en el juicio adelantado contra Andrés González Arévalo, no existió una adecuada asistencia para el procesado, resultando de ello vulnerado el derecho a la defensa; hubo irregularidades que en su opinión afectan el debido proceso en relación con la prueba, también con incidencia en el mismo derecho fundamental, y se omitió la intervención del jurado de derecho en la audiencia pública, con grave quebranto del principio de favorabilidad y el artículo 29.3 de la Constitución Nacional.

1. Ciertamente el defensor que representó los intereses del procesado en la etapa del sumario ejercitó una actividad que el recurrente ha calificado de "pasiva", pero que la Sala encuentra enmarcada dentro de la estrategia personal, autónoma e independiente que cada profesional del derecho adopta al recibir su mandato.

Pensar que el silencio guardado por el abogado defensor en torno de la decisión de situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, otorgándosele enseguida la excarcelación caucionada, y la ausencia de memoriales, inclusive en la etapa precalificatoria —hasta donde llegó su actuación por el reemplazo que le hizo desde entonces el ahora recurrente—, es sinónimo de pasividad o de

inactividad en la defensa, sería como decir, en contraposición, que toda defensa materializada por la presentación de numerosos memoriales y por los reiterados recursos ordinarios interpuestos es siempre la mejor, lo cual no es del todo exacta.

Como lo ha sostenido esta Sala, ninguna de estas premisas tienen carácter absoluto:

Una defensa aparentemente conformista, pero atenta al devenir procesal, traducida tal expectativa en acompañar por iniciativa propia al procesado para concurrir al Juzgado a recibir ambos notificación del auto que resuelve la situación jurídica de aquél y luego asistir a la práctica de pruebas de índole testimonial, haciendo uso del derecho de contrainterrogar a los testigos, y a la diligencia de inspección o reconstrucción de los hechos, como aquí sucedió, no puede considerarse que en verdad sea una defensa pasiva o inactiva, porque ante la fuerza de convicción de los medios de prueba que se habían recogido, prácticamente incontrovertibles, pudo considerar el abogado defensor más aconsejable esperar a conocer el criterio del funcionario que calificara el sumario, para sobre bases ciertas y objetivas adoptar los más pertinentes mecanismos de defensa.

Y esta opción que más tarde tuvo el casacionista cuando asumió la defensa del acusado, no la aprovechó para refutar enérgicamente la imputación que se le formulaba a su defendido, lo que indica por sí sola la debilidad de su cuestionamiento.

Como el procesado contó en todo momento con la asistencia de un defensor y como tampoco se señaló en qué medida esa alegada inactividad del encargado de la defensa en el sumario repercutió desfavorablemente en la sentencia atacada, el cargo no puede prosperar.

2. Se alega un presunto quebranto del debido proceso porque en concepto del recurrente, el juez permitió formular preguntas capciosas a uno de los testigos por parte del apoderado de la parte civil. El cargo tiene la deficiencia técnica que el señor Procurador Delegado señala, esto es que no se indica cuál o cuáles fueron esas preguntas; en qué consistió la capciosidad que se predica de las mismas, su nexo causal con la suerte del procesado en la sentencia, ni de qué modo esa irregularidad condujo a la violación de las garantías fundamentales del debido proceso, sancionable, con la declaratoria de nulidad.

También es verdad, como lo sostiene la Procuraduría Delegada, que cuando el juzgador tiene en cuenta pruebas que fueron irregularmente aducidas al proceso y a pesar de ello no las desestima en el acto de juzgar, su ataque en casación debe emprenderse al amparo de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, generada por un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Quiere decir lo anterior, que el cauce escogido para el cuestionamiento del fallo es equivocado y la Corte no puede corregir los yerros de la demanda, por la prohibición que encierra el principio de limitación que rige el recurso extraordinario.

Con todo, de ser ciertas las irregularidades anotadas estas no alcanzan a tener la trascendencia que el actor les da, debido a que el sentenciador adoptó la decisión condenatoria, no sólo con fundamento en la prueba censurada, sino además con apoyo en otros medios de convicción, que por sí solos servían de sustentación al fallo y que lógicamente no aparecen cuestionados en modo alguno por el demandante.

3. Afirma en otro cargo el recurrente, que las normas que regulan la aducción de la prueba pericial, no fueron observadas por el juzgador en el momento de proferir sentencia. La anterior censura carece de fundamento, porque las normas procesales en las que el censor apunta las irregularidades que denuncia —como bien lo señala la Procuraduría Delegada— no estaban vigentes para la época. Regían para entonces las disposiciones pertinentes del C. de P. P. de 1987 que no traían las exigencias procedimentales que el actor echa de menos; y el cargo se debilita más aún si se tiene en cuenta que en el auto que decretó la práctica de la prueba, sí se señalaron los puntos que los peritos debían absolver dentro de la diligencia de inspección a los vehículos accidentados y si los peritos no se pronunciaron sobre todos ellos su silencio tuvo como causa el hecho de que el juez en la diligencia percibió aquello que en principio debían transmitir los expertos reduciéndose entonces su intervención al estado de los frenos, aspecto que al no haber sido siquiera mencionado en la sentencia como fundamento del juicio de responsabilidad, carece de toda significación ya que no tuvo incidencia en la decisión de mérito.

4. La omisión de poner en conocimiento de los sujetos procesales el dictamen pericial, es un hecho cierto pero que no lesiona el derecho de defensa ni el debido proceso, habida consideración de que el procesado tuvo ocasión de conocer la prueba y por ende controvertirla, objetarla, pedir su aclaración o adición, desde que se produjo hasta antes de que el proceso pasara a despacho para dictar sentencia, lo que así no hizo, dando a entender su plena aceptación.

5. Nada hay que agregar a las acotaciones de la Procuraduría Delegada, frente a la nulidad planteada por no haberse celebrado la audiencia pública con la asistencia de los jurados de derecho. Ya se ha reconocido que esta institución concebida en el Código de Procedimiento Penal de 1991, resulta extraña frente al contenido del artículo 116 de la Constitución Nacional, que sólo autoriza en el juzgamiento la intervención de particulares en asuntos de arbitramento o de conciliación.

6. Se alega como último cargo de nulidad, la violación del debido proceso por no haberse recibido dentro de la audiencia pública un

testimonio a pesar de haber sido previamente decretado. Esta censura no tiene vocación de prosperidad. Aparte de las protuberantes fallas de técnica que advierte el Ministerio Público, es lo cierto que la ausencia de este medio de prueba obedeció a causas no imputables al fallador, como lo fue la inasistencia del testigo a la diligencia de audiencia pública no obstante los esfuerzos del juez por asegurar su comparecencia. En estas condiciones el cargo no puede prosperar.

Causal primera:

En relación con el único cargo formulado al amparo de la causal primera de casación, la Sala comparte en su integridad las apreciaciones de la Procuraduría Delegada, pues la falla de estimación de algunas pruebas en la sentencia y que como yerro se le imputa al juzgador, no pasa de ser una simple afirmación general lanzada al desgaire, esto es sin ningún fundamento lógico ni probatorio.

El actor parece edificar el reproche en la falta de apreciación del testimonio de la esposa del occiso, quien admite que éste había consumido unas cervezas el día de los hechos y que conducía desprovisto del casco protector. Pero olvida el censor que de esa simple afirmación no se puede pregonar la imprudencia de la víctima como causa del homicidio y la inocencia del acusado como lo pregona el censor. Pero si en gracia de discusión se aceptara que dicho testimonio evidencia el alicoramiento del occiso, aún debería el actor en este caso desvirtuar los argumentos del *ad quem*, quien con apoyo en la realidad procesal proclama la imprudencia del procesado en la conducción del vehículo, como factor determinante del accidente, por no haber rebajado la velocidad al observar al motociclista, ni haberle dado prelación en su paso por la parte mala de la carretera y en donde intentó sobrepasarlo, debiendo prever que el motociclista podía buscar salida o zigzaguear en procura de la conservación del equilibrio sobre el cascajo.

En estas condiciones, si el impugnante no pudo demostrar en su demanda la trascendencia del presunto error ni su incidencia determinante en la sentencia, el cargo no puede prosperar.

Como la Corte no halla procedente ninguna de las causales aducidas en la demanda, acogiendo el pensamiento del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, no casará la sentencia y ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia proferida en contra del procesado Andrés González Arévalo, de fecha, naturaleza y origen conocidos en esta providencia y que fue objeto de impugnación extraordinaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* NO, *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

TITULO EJECUTIVO / PREVARICATO

El título de recaudo ejecutivo debe reunir varias condiciones: 1. Que conste por escrito. 2. Que exista un documento contentivo de la obligación que provenga del deudor o de su causante. 3. Que tal documento constituya plena prueba contra el deudor. 4. Que del documento resulte a cargo del deudor una obligación expresa, clara y exigible. / Fácilmente se infiere que el título ejecutivo por fuerza debe aportarse en original al proceso. Así lo informa el principio de originalidad de la prueba —regla de oro en materia de prueba documental—, según el cual la parte en cuyo poder se encuentren documentos que pretenda hacer valer como prueba en el proceso debe aportarlas originales con la demanda o su contestación. / Sólo cuando el documento no pueda aportarse en original, el legislador autoriza que sirvan como medio de prueba las copias auténticas del documento.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 34, abril 7 de 1994.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el procesado doctor *Ciro Alfonso Tovar Mosquera*, Exjuez Segundo Laboral del Circuito de Neiva, y su defensor contra la sentencia dictada el 27 de septiembre último por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en virtud de la cual fue condenado el primero a purgar la pena principal privativa de la libertad de 16 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como coautor responsable del delito de prevaricato por acción en concurso real homogéneo y sucesivo de hechos punibles.

En la misma providencia le fue concedido el subrogado penal de la condena de ejecución condicional por un período de prueba de 2 años.

Antecedentes:

A raíz de la visita extraordinaria que un agente especial de la Procuraduría Delegada en lo Civil de Santafé de Bogotá practicó el 27 de mayo de 1991 en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva a cargo del doctor Ciro Alfonso Tovar Mosquera, se descubrieron varias irregularidades cometidas por el titular del despacho en los procesos ejecutivos que allí cursaban contra la Caja Nacional de Previsión Social, por acciones instauradas por Miguel Angel Guzmán Tovar y 15 demandantes más, y por Ana Joaquina Cabrera Rivera y otros 34 accionantes, consistentes en haber librado mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra la demandada, el 22 de febrero y 13 de mayo, y 5 de marzo de 1991, respectivamente, a pesar de que los títulos de recaudo no reunían los requisitos legalmente previstos (fls. 13 y 21, cuaderno número 1).

Con base en las fotocopias de la actuación disciplinaria adelantada por la Procuraduría Departamental de Neiva (fls. 1-58), el Tribunal Superior de la misma ciudad por auto del 11 de junio siguiente, abrió la correspondiente investigación penal (fls. 63-64) y a ella fue vinculado mediante indagatoria el doctor Ciro Alfonso Tovar Mosquera (fls. 118-133) y el señor José Domingo Fernández Villalba, exsecretario del mismo (fls. 149-157).

Clausurada la investigación por auto del 12 de febrero de 1992 (fl. 460), fue calificada el 15 de junio siguiente con resolución acusatoria contra el exfuncionario Ciro Alfonso Tovar Mosquera como autor de un concurso real homogéneo y sucesivo de hechos punibles de prevaricato por acción de que trata el artículo 149 del Código Penal.

En la misma providencia se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva pero se le concedió la libertad provisional mediante caución.

Respecto del sindicado José Domingo Fernández Villalba se dispuso la cesación de todo procedimiento por atipicidad de la conducta (art. 34 del C. de P. P.).

Así mismo se dispuso la compulsa de copias pertinentes con destino al entonces Juzgado de Instrucción Criminal (Reparto) con miras a investigar un presunto delito de fraude procesal en que pudieran estar incursos los profesionales del derecho que representaron a los demandantes en los procesos ejecutivos seguidos contra la Caja Nacional de Previsión.

Ejecutoriada la resolución acusatoria se dio el trámite previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal y así se llegó a la celebración de la audiencia pública el 25 de mayo del corriente año, la que terminó en una segunda sesión el 31 de agosto siguiente, luego de un prolongado debate probatorio suscitado por la defensa.

El juzgamiento, como se sabe, concluyó adversamente respecto del procesado Ciro Alfonso Tovar Mosquera.

Fundamentos de la decisión impugnada:

El acusado doctor Ciro Alfonso Tovar Mosquera, cuando se desempeñaba como Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva, profirió el 22 de febrero y el 15 de mayo de 1991, en el proceso ejecutivo de Miguel Angel Guzmán Tovar y otros (demandas acumuladas) y el 5 de marzo del mismo año, dentro del ejecutivo de Joaquina Cabrera de Rivera y otros (demandas acumuladas), igual número de autos de mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra la entidad demandada, con fundamento en sendas resoluciones emanadas de ésta, por medio de las cuales se les reconocía derechos pensionales a los accionantes.

Denota que lo que ha sido objeto de controversia es la *exigibilidad* de las obligaciones contenidas en las resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social presentadas para su cobro judicial, y no su carácter de título ejecutivo (fl. 225).

A este respecto advierte el juzgador que tanto el Fiscal Delegado como el agente del Ministerio Público coinciden en que los títulos que sirvieron de recaudo ejecutivo carecían de validez por ser ilegales, y que el juez los aceptó en actitud reiterada.

Se refiere luego el Tribunal a los planteamientos de la defensa en el sentido de que los mandamientos de pago no son contrarios a la ley porque este aspecto no se concretó en la resolución de acusación a raíz de la falta de ley preexistente que expresamente consagre la pérdida de mérito ejecutivo de un título en razón de habérsele estampado un sello con tal connotación, o que indique que se trata de una segunda copia, y responde:

1. Las resoluciones aducidas como título ejecutivo carecen del requisito de fondo de la *expresividad* como consecuencia de la falta de nitidez en la vigencia de la obligación en ellas reconocida.

2. Al juez le corresponde primero analizar si los títulos analizados para el cobro cumplen con los requisitos de fondo y de forma y luego sí proferir el auto que ordena el pago de la acreencia, y las resoluciones presentadas para su ejecución, desde el punto de vista de su contenido, prestaban mérito ejecutivo pero les faltaba nitidez en cuanto a la vigencia del crédito, tornando inexpresivos los títulos y por ende ineficaces.

Agrega que el proceso ejecutivo de Miguel Angel Guzmán Tovar y 15 demandantes mas no contiene los títulos de ejecución por haber sido desglosados (art. 85 del C. de P. C.) indebidamente, pues fueron

devueltos, sin tener en cuenta las irregularidades que ostentaban, supuestamente constitutivas de ilicitud, de acuerdo con la motivación de la invalidez que decretó el exjuez de los autos de mandamiento de pago, luego de la visita extraordinaria de la Procuraduría, tales como:

1. Las copias de las resoluciones que sirvieron de título de recaudo ejecutivo tenían, unas, sello de "no presta mérito ejecutivo" y presentaban borronada la partícula "no", y otras ostentaban constancias de haber sido cobrados los derechos en ellas reconocidos en despachos diferentes.

2. Los poderes de los demandantes respecto de los cuales se había hecho presentación personal en el Juzgado Único Municipal de Tello (Huila), ofrecían dudas en cuanto a la competencia (art. 11 del C. de P. L.).

Esas anomalías, en su criterio, hacían equívoco el elemento de la *"expresividad"* que reclama el título ejecutivo y por ende el juez debió rechazar las demandas desde un comienzo, pues de otra parte, no era de recibo el argumento de que la parte demandada contaba con una segunda opción de excepcionar sobre este tema.

Respecto del ejecutivo de Ana Joaquina Cabrera de Rivera y sus 34 demandantes adicionales, precedido de mandamiento de pago del 5 de marzo de 1991, el procesado señaló después su improsperidad por las siguientes razones:

1. El jefe de Archivo de las Prestaciones Económicas del ente demandado hacía constar en cada una de las resoluciones dubitadas que ya había sido pagado el derecho pensional por vía ejecutiva, instaurada en otros despachos judiciales, motivo por el cual había expedido una segunda copia de los siguientes actos administrativos:

1.1. Resolución 01396 del 12 de febrero de 1985 que atendía el reconocimiento pensional a la señora Cabrera de Rivera.

1.2. Resolución 003 del 14 de mayo de 1985 a María Luz Díaz de Homes.

1.3. La 663 del 9 de febrero de 1987.

1.4. La 10581 del 16 de septiembre de 1985, y,

1.5. La 7074 del 15 de septiembre de 1980 (entre muchas otras).

2. Otras resoluciones en fotocopia que tenían el sello de expedición de segunda vez son las que siguen: 3298 del 11 de marzo de 1986; 17026 del 28 de diciembre de 1987 y 19203 del 8 de septiembre de 1986; mientras que otro expresaba que esta segunda copia no prestaba mérito ejecutivo y que se destinaba para fines estadísticos: Caso de las Resoluciones 5806 del 15 de octubre de 1973; 1109 del 5 de abril de 1976 y 2186 del 1º de agosto de 1977.

Añade el *a quo* que el exjuez quiso minimizar en su injurada la veracidad de las referidas constancias colocadas a las resoluciones, aduciendo que ellas carecían de la firma del funcionario respectivo, pero el Tribunal resalta a su vez la actitud contradictoria que asumió el procesado, cuando le dio plena validez a las mismas para motivar la declaración de ilegalidad de los mandamientos de pago, y que había sido descubierta por el funcionario de la Procuraduría, fuera de que en fecha anterior y en otro asunto (auto del 25 de septiembre de 1990), en cambio, sí le dio entera credibilidad a la citada constancia del jefe de Archivo de la Oficina de Prestaciones Económicas de CAJANAL en orden a rechazar de plano la demanda (fl. 141).

Igualmente resalta el Tribunal que no era posible otorgarles validez a esas copias de resoluciones de CAJANAL, cuando era tan notoria su incertidumbre en cuanto a si prestaban o no mérito ejecutivo, como quiera que no podía pasar desapercibido para el más crédulo de los jueces una constancia de cancelación del derecho pensional reconocido en el instrumento, o la circunstancia de que tuviera sello de que no prestaba mérito ejecutivo, con el *ítem* de que su primera palabra ("No") aparecía enmendada, como así lo relevaría luego el funcionario acusado en la fundamentación de declaratoria de ilegalidad de los autos de orden de pago que dictó con base en los cuestionados documentos.

Hace énfasis también el *iudex a quo* en la significación que se desprendía del texto contendido en el sello que aparecía en las copias de las resoluciones de CAJANAL ("no presta mérito ejecutivo", o "segunda copia"), en el sentido de ya haber sido cancelado el derecho reconocido en ese documento, de acuerdo a la declaración de las otrora jefe de la Sección de Archivo de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, Flor Elba Ríos Cerinza, quien implantó este sistema de control (fl. 147, cuaderno número 4).

Al argumento de la defensa de que la segunda copia vale tanto como el original, según lo prevé el artículo 253 del C. de P. C., el Tribunal responde que ésta es una norma de carácter general y de naturaleza probatoria, sin alcance para las resoluciones y demás actos administrativos que profiera la Nación, los departamentos, los municipios y cajas de previsión, constitutivos de títulos ejecutivos de origen administrativo, cuando sus originales reposan en las respectivas entidades públicas, en cuyo caso se recurre a la primera copia para la exigibilidad del derecho en ellos reconocido, sin ninguna constancia o advertencia. En tanto que la segunda sí lleva estos agregados en aras de evitar que se vuelvan a reclamar pensiones o reajustes.

Concluye entonces que el exfuncionario al dictar aquellas resoluciones (mandamientos de pago) en manifiesta contravía de las disposiciones del Código Procesal Civil, lo que así fue avalado por la Sala Civil Laboral del Tribunal cuando confirmó la invalidez del manda-

miento de pago (fl. 34, cuaderno número 4), adecuó su conducta al artículo 149 del Código Penal.

Seguidamente desecha la ausencia de dolo que alega la defensa con base en la delegación que el acusado hizo en su entonces secretario, quien, según sus acotaciones, fue infiel al seguimiento de sus instrucciones, porque el exjuez estaba advertido de la dudosa reputación laboral de que gozaba su colaborador, como consta en el acta 025 del 25 de mayo de 1990 de la Sala Plena del mismo Tribunal, a fuer de la vasta experiencia (10 años) que tenía en las lides judiciales. De esta manera descarta el error invencible y por consiguiente la aplicabilidad del artículo 40.4 del Código Penal, ya que en otras oportunidades había rechazado varias demandas que se apoyaban en títulos con similares defectos (fls. 141 y ss., cuaderno número 1).

Por último, advierte el *a quo* que el hecho de que no se haya podido establecer el motivo que llevó al acusado a proceder contra derecho, no descarta el elemento volitivo de su comportamiento, como que es suficiente con conocer la contrariedad de la resolución respecto del precepto legal.

La impugnación:

Hace ver el actor que el fallo atacado sostiene (pág. 14) que el exjuez omitió analizar minuciosamente los títulos de recaudo ejecutivo, luego de haber impartido a su secretario la orden de proyectar auto de mandamiento de pago con relación a unas copias de resoluciones administrativas y de "negarlo respecto a otras", instrucción que éste no cumplió a cabalidad porque incluyó "los títulos que el juez le había ordenado excluir", con lo cual tácitamente admite, de un lado, la ausencia de dolo, y del otro la presencia de la culpa por omisión en la conducta cumplida por el acusado, lo que lógicamente cuenta con respaldo probatorio. Y entonces, la falla del exfuncionario "consistió en no haber revisado minuciosamente los proyectos elaborados por su subalterno".

La falta de dolo, prosigue el recurrente, cobra vigencia con la invalidez que el sentenciado decretó de los autos de mandamiento de pago después de que tuvo conocimiento de su legalidad" (sic) y del incumplimiento de las instrucciones impartidas a su secretario, con ocasión de la visita de la Procuraduría.

En punto aparte, niega la tipicidad de la conducta porque los autos censurados no son manifiestamente contrarios a la ley que, por el tema tratado, parece que lo fueran los artículos 488 del C. de P. C. y 100 del C. de P. L.

En torno a las copias de las resoluciones de CAJANAL, aducidas como títulos de recaudo ejecutivo, cita los artículos 253 que consagra

que los documentos se aportan en original o en copia de conformidad con este código; 254, que señala cuáles copias tienen el mismo valor que los documentos originales; y el 268 que contempla los casos en que, a falta del original, se pueden aportar válidamente como prueba.

Así concluye que se pueden aportar copias auténticas como título ejecutivo y que si de *segundas copias* se trata, las cuales rechaza el Tribunal como válidas en tal función, se deben observar los siguientes principios:

1. Donde el legislador no distingue no le es permitido al juez distinguir.

2. Respecto de las copias diferentes a la primera existen normas de excepción que no se pueden aplicar por extensión ni por analogía. Ellas son los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil que aluden a "copias y actuaciones judiciales" y 80 del Decreto 960 de 1970 (subrogado por el art. 42 del Decreto 2163 de 1970) que exige la primera copia de la escritura pública para la cobranza de la obligación en ella contenida.

Por tanto, prosigue el actor, cuando el Tribunal habla de la imposibilidad de emplear copia de los actos administrativos diferentes a la primera para el cobro de obligaciones (págs. 12 y 13) no hace otra cosa que invadir contrariamente el campo del legislador, ya que las normas especiales no relacionan esta casuística como requisito *sine qua non*, y por lo mismo debe aplicarse la norma general.

Luego critica la *no exigibilidad* que el Tribunal le encuentra a los títulos ejecutivos aducidos en las citadas demandas, y constituidos por las segundas copias de las resoluciones de la Caja Nacional de Previsión con fundamento en las anotaciones que las mismas contienen de que corresponden a una "segunda copia" o "no presta mérito ejecutivo", etc.

Señala que el mérito ejecutivo del título viene dado por la ley y por ende aquellas anotaciones al margen no le restan tal condición por no existir ley expresa a este respecto.

Así las cosas, concluye el apelante, la sentencia no indica la ley que sufrió tan manifiesto quebranto (244 *infra*). En otro segmento cita el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil (documentos rotos o alterados) y a doctrinante nacional sobre valor probatorio de los documentos rotos, enmendados, suplantados o alterados para restarle valor a las "anotaciones al margen", sin autor conocido, que contienen las cuestionadas copias de las resoluciones de la Caja Nacional de Previsión.

Lo anterior le permite sostener que esas anotaciones no le quitaban calidad de título ejecutivo a las pluricitadas copias y por ende

daban lugar a los mandamientos de pago que expidió el exjuez acusado. Por manera que éste no incurrió en prevaricato ni objetiva ni subjetivamente y esto lo lleva a deprecar la revocatoria de la sentencia impugnada para que en su lugar se le absuelva.

Consideraciones de la Corte:

Tiene razón el Tribunal al señalar que el aspecto de fondo de la controversia jurídica sobre los hechos gravita entorno a la *exigibilidad* de las obligaciones contenidas en las resoluciones que la Caja Nacional de Previsión Social expidió en su momento para reconocer, en algunos casos, derechos pensionales y, en otros, reajustes de las mesadas, exigibilidad que hace viable el cobro judicial de esos derechos, ya que sin ella el documento carecería de mérito ejecutivo.

Por tanto, *ab initio*, la Corte se ocupará de ilustrar acerca de los diferentes conceptos que se involucran en el caso objeto de este debate, con miras a ofrecer la claridad y precisión a los razonamientos que se esbozarán para adoptar la decisión pertinente.

Por *título ejecutivo* —apunta Kisch— se entiende un documento en el cual consta el derecho que ha de hacerse efectivo por conducto del proceso ejecutivo y cuya finalidad —ejecutiva— es declarada por la ley.

En términos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil constituye título ejecutivo las obligaciones *expresas claras y exigibles* que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyen plena prueba contra él...

El título ejecutivo es, pues, el presupuesto o condición general de cualquier proceso de ejecución y por ende de la ejecución forzosa, materializándose así el principio *"nulla executio sine titulo"*. El título ejecutivo es siempre una declaración que debe constar por escrito como requisito *ad solemnitatem* (Chiovenda).

En resumen el título de recaudo ejecutivo deber reunir varias condiciones:

1. Que conste por escrito.

2. Que exista un documento contentivo de la obligación que provenga del deudor o de su causante.

3. Que tal documento constituya plena prueba contra el deudor.

4. Que del documento resulte a cargo del deudor una obligación *expresa, clara y exigible*.

Que la obligación debe ser *expresa* significa declarar precisamente lo que se quiere dar a entender. El documento debe contener una obli-

gación expresa, es decir debe expresarse en él los contenidos y alcance de la obligación, las partes vinculadas y los términos en que la obligación se ha estipulado.

La *claridad* reclama que la obligación sea fácilmente inteligible, es decir que no sea equívoca ni confusa y que por lo mismo pueda entenderse en solo sentido, sin incertidumbre.

Además, la claridad, debe emerger del título ejecutivo, sin que sea necesario acudir a razonamiento u otras circunstancias aclaratorias que no estén consignadas en el título o que no se desprendan de él.

Por su parte la *exigibilidad*, el tercer elemento del título ejecutivo, significa que la obligación permita demandar su cumplimiento al deudor, no hallándose presente ninguna de sus causas impedientes: El plazo o la condición. De la exigibilidad de la obligación se ocupan, entre otros, los artículos 488, 491, 493 y 498 del Código de Procedimiento Civil.

De lo visto hasta aquí fácilmente se infiere que el título ejecutivo por fuerza debe aportarse en original al proceso. Así lo informa el *principio de la originalidad de la prueba* —regla de oro en materia de prueba documental—, según el cual la parte en cuyo poder se encuentren documentos que pretenda hacer valer como prueba en el proceso debe aportarlas *originales* con la demanda o su contestación.

Sólo cuando el documento no pueda aportarse en *original*, el legislador autoriza que sirvan como medio de prueba *las copias* auténticas del documento, tal como sucede con las escrituras públicas (Decretos 960 de 1970, art. 80, modificado por el Decreto 2163 de 1970, art. 42), cuyo original reposa archivado en el protocopo de la notaría respectiva, razón por la cual el original no puede ser llevado al proceso. Igual ocurre con el Registro del Estado Civil de las personas, del cual se lleva la copia auténtica del acta respectiva expedida por el notario correspondiente o certificación de su inscripción.

Entonces, por regla general, los documentos —y con éstos el título ejecutivo— se deben aportar en *original* al proceso para que actúe como medio probatorio y *sólo* cuando el documento original no pueda llevarse al proceso, la ley autoriza que se aporte la *copia* auténtica del mismo.

En este orden de ideas, las resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social que se aportaron en *copia* a los dos procesos ejecutivos laborales son verdaderos actos administrativos en virtud de los cuales se reconocían derechos pensionales en unas, y reajustes de mesadas, en otras, y por lo mismo sus originales conforman el archivo oficial de la entidad, no pudiéndose llevar éstos al proceso ejecutivo sino en copia o fotocopia auténtica.

Por tal motivo, así no exista norma que regule de manera expresa que sólo la primera copia de aquellos actos administrativos presta mérito ejecutivo, y que de manera excepcional hayan preceptos que contemplan esta situación para casos distintos al aquí tratado, es lo cierto que la lógica y la razón natural enseñan, al igual que la experiencia, que únicamente la primera copia de estos actos administrativos prestan mérito ejecutivo, pues de lo contrario se harían interminables las demandas ejecutivas que sucesivamente pudieran entablarse contra el ente oficial.

Es así como la Corte encuentra razonable que frente a la inexistencia de norma positiva se establezcan controles que como el que implantó la entonces jefe de la Sección de Archivo de la Oficina de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, Flor Elba Ríos Cerinza, buscaba restringir el uso de las copias de sus actos administrativos, estampándole sellos que indicaran que se trataba de una segunda copia, o que no prestaba mérito ejecutivo, o acompañadas de la constancia de que ya habían sido cancelados por vía ejecutiva en otros despachos judiciales, con la sana finalidad de impedir que personas inescrupulosas acudieran al fácil y lucrativo expediente de la doble ejecución.

Tal manera de defender los intereses patrimoniales de una entidad oficial que como la Caja Nacional de Previsión Social le corresponde reconocer y ordenar el pago de cuantiosas sumas de dinero por concepto de derechos pensionales y reajustes de mesadas, en modo alguno traduce indebida aplicación de la analogía o suplantación al legislador, como lo alega el libelista.

La Corte también comparte el criterio del *a quo*, en el sentido de que el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil —en el cual el recurrente se apoya para alegar que la segunda copia vale tanto como el original y por ende hallar válida la segunda copia de aquellas resoluciones como título ejecutivo— pertenece al gran grupo de disposiciones generales que constituye el régimen de pruebas, siendo aquél ajeno a la problemática que aquí se discute, ya que en parte alguna se ha desconocido que las copias auténticas del original valen tanto como éste y cuya eficacia depende del evento en que el original del documento no pueda ser llevado al proceso.

Así las cosas, débese concluir, como lo hizo el juez colegiado de primera instancia, que el exjuez Ciro Alfonso Tovar Mosquera profirió sendas resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, vale decir sin parar mientes a los requisitos intrínsecos y extrínsecos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, al cual remite el artículo 100 del Código de Procedimiento Laboral para la aceptación del título ejecutivo que sí cita el sentenciador, a diferencia de lo que manifiesta el censor, cuando dictó los dos (2) mandamientos de pago contra CAJANAL, con fundamento en copias auténticas de resoluciones administrativas

que como títulos ejecutivos se acompañaron a las demandas no obstante que las mismas presentaban sellos o constancias de la entidad que las expidió, en el sentido de que se trataba de segundas copias o que no prestaban mérito ejecutivo, o que los derechos en ellas reconocidos ya habían sido pagados judicialmente.

Y esa contradicción protuberante de las citadas actuaciones judiciales que cumplió el sentenciado frente al mandato legal (art. 488 del C. de P. C. y art. 100 del C. de P. L.) se evidencia, con los autos que después hubo de dictar (30 de mayo y 4 de junio de 1991) declarando la nulidad de los autos de mandamiento de pago, tras argüir ahora sí, su ilegalidad, consistente en que los documentos presentados con las respectivas demandas no reunían los requisitos legales de título ejecutivo.

De otro lado, no es creíble ni de recibo la excusa que ensaya el acusado acerca de la supuesta delegación de labores que hizo en su secretario, quien, según sus acotaciones fue infiel al seguimiento de sus instrucciones de que fueron rechazadas aquellas demandas por ineficacia de los títulos de recaudo ejecutivo, toda vez que el exjuez mal podía confiarse de su colaborador, de quien había sido advertido acerca de su cuestionada honestidad laboral desde el mismo momento en que fue elegido como juez por el Tribunal, tal como consta en el acta del 25 de mayo de 1990 de su Sala Plena, aparte de la experiencia judicial de más de diez años que le servían para ser sumamente prevenido con persona de tales referencias, a fuer de que ya en otras oportunidades y respecto de otros hechos había rechazado varias demandas ejecutivas que también se apoyaban en títulos ejecutivos con similares defectos (fls. 141 y ss. del cuaderno 1).

Frente a estos antecedentes mal podía aceptarse el error alegado como causal de inculpabilidad (art. 40.4 del C. P.).

El proceso pone en evidencia que el juez acusado no obstante el advertir los vicios e irregularidades de que adolecían los títulos ejecutivos y que les restaban toda validez para su cobro, los aceptó actuando dolosamente para proferir una decisión manifiestamente contraria a derecho, lo cual subsume su conducta dentro de la norma penal que describe y sanciona el prevaricato por acción.

Acreditada como está entonces la responsabilidad del sentenciado en el delito de prevaricato por acción, en concurso real homogéneo y sucesivo de hechos punibles (arts. 149 y 26 del C. P.) que se le dedujo en la resolución de acusación, se impone la aprobación del fallo objeto de censura, no sin antes anotar que la pena impuesta aparece bastante benigna y con ésta el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, que ha debido negarse, teniendo en cuenta la reiteración de la conducta y el grave riesgo que corrió la entidad demandada de ver exaccionado su patrimonio económico con las cuantiosas sumas

de dinero que pretendieron obtener los demandantes por la vía ejecutiva (arts. 61 y 67 del C. P.). Sin embargo, la situación permanecerá inmodificable al no poderse agravar en esta instancia por la prohibición de la *reformatio in pejus*, prevista en el artículo 31 de la Carta Fundamental, al ser el sentenciado el único recurrente.

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

Resuelve:

CONFIRMAR íntegramente la sentencia recurrida, de fecha, origen y procedencia indicados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Manuel Torres Fresnedo, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz NO, *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* NO, *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / COMPETENCIA

La condena de ejecución condicional sólo puede ser otorgada por el juez del conocimiento al momento de dictar sentencia, o el juzgador de segunda instancia al revisar por vía de apelación o de consulta en los casos previstos en la ley, o por la Corte en sede de casación al proferir el fallo que ponga fin al recurso extraordinario, siempre y cuando prospere la demanda que se haya presentado sobre el punto concreto.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 37.

Vistos:

El apoderado del procesado *Juan Manuel García Borrero*, solicita se le conceda a su representado el subrogado de la condena de ejecución condicional en razón a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, al modificar la sentencia de primera instancia, olvidó otorgar el beneficio aludido pues, dentro del proceso se hallan acreditados los requisitos para su procedencia.

Advierte que con su petición, lo que pretende es la "libertad jurídica" de su patrocinado a fin de que los principios de humanización de la justicia y del derecho penal sean una realidad, y con mayor razón cuando el numeral 1º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 enseña que la libertad no podrá ser negada con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario, cuando están demostrados los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado 38 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 8 de mayo de 1992 condenó a Juan Manuel García Borrero y a Asdrúbal Germán Restrepo Romero a la pena privativa

de la libertad de dieciocho (18) meses de prisión como coautores de los delitos de falsedad en documento privado, uso fraudulento de sello oficial y fraude procesal, negándole a los acusados el subrogado de la condena de ejecución condicional y, como consecuencia de ello, ordenó su captura.

El Tribunal Superior de la misma ciudad, en providencia de fecha 28 de octubre del citado año, modificó el de primera instancia en el sentido de absolver a los procesados de los delitos de falsedad en documentos privados y uso fraudulento de sello oficial, manteniéndolo en cuanto al fraude procesal, fijándoles en definitiva como pena privativa de la libertad la de doce (12) meses de prisión; modificó en igual proporción la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y revocó parcialmente la condena al pago de daños y perjuicios de carácter moral, confirmando la sentencia en todo lo demás, o sea, la improcedencia del subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Cabe precisar que el Juzgado de instancia, en proveído de fecha 10 de julio de 1991 negó a los acusados el beneficio de libertad provisional que se le demandara con apoyo en el numeral 1º del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal vigente para ese momento, decisión que fuera confirmada por el Tribunal el 29 de agosto siguiente. Además, el defensor de García Borrero, en su demanda de casación, presenta un cargo (el segundo) contra la sentencia de segundo grado, precisamente por no haberse otorgado el subrogado ahora reclamado por su nuevo apoderado.

No puede entonces la Corte entrar a considerar el subrogado penal que reclama el libelista, en primer término porque la condena de ejecución condicional sólo puede ser otorgada por el juez del conocimiento al momento de dictar sentencia, o el juzgador de segunda instancia al revisarla por vía de apelación o de consulta en los casos previstos en la ley, o la Corte en sede de casación al proferir el fallo que ponga fin al recurso extraordinario, siempre y cuando prospere la demanda que se haya presentado sobre el punto concreto.

En tales condiciones, la Sala se abstendrá de considerar sobre la petición del apoderado de García Borrero, pues ello implicaría un pronunciamiento anticipado respecto de uno de los cargos contenidos en la demanda de casación, lo cual no es posible como reiteradamente se ha puntualizado.

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

Resuelve:

1º Reconocer personería al doctor Edgar Santa Piedrahita como apoderado del procesado Juan Manuel García Borrero en los términos y para los efectos del poder presentado ante notario público.

2º ABSTENERSE de considerar solicitud consistente en que se le otorgue a García Borrero la condena de ejecución condicional 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.

TRASLADO DE RECLUSO / COMPETENCIA

El artículo 74 de la Ley 65 de 1993 (Estatuto Penitenciario y Carcelario) establece que los traslados de los internos pueden ser solicitados al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, por el director del respectivo establecimiento carcelario, el funcionario del conocimiento y el interno. Así mismo, en el artículo 75 se consagran las causales de traslado, entre otras, por "...motivos de orden interno del establecimiento" y "...cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad" (numerales 3º y 6º).

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 037.

Vistos:

La Auditora Auxiliar de Guerra número 33 del Departamento de Policía Atlántico, hizo llegar a esta Corporación la solicitud de traslado de lugar de reclusión elevada por el exagente *José Alejandro Maitán Canlillo*, de fecha 10 de febrero del corriente año, en la que manifiesta que "se me quiere trasladar hacia la Cárcel de Ternera en Cartagena, donde no tengo ninguna parte afectiva o familiar, quiero y tenga en cuenta si se me puede trasladar hacia la Cárcel de Riohacha, ya que mi señora madre reside en esta capital y se encuentra en estado delicado de salud".

Consideraciones de la Corte:

El artículo 74 de la Ley 65 de 1993 (Estatuto Penitenciario y Carcelario) establece que los traslados de los internos (en el presente caso sindicado) puede ser solicitado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, por el director del respectivo establecimiento carcelario, el funcionario del conocimiento y el interno. Así mismo, en el artículo

75 se consagran las causales de traslado, entre otras, por "...motivos de orden interno del establecimiento" y "...cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad" (numerales 3º y 6º).

En informe de fecha 3 de febrero último, el jefe de Seguridad del Departamento de Policía del Atlántico da cuenta al señor brigadier general Félix Gallardo Angarita que los detenidos Edgardo Rodríguez, Lucas Zulbarán, Luis Guillermo Gamarra y José Alejandro Maitán Cantillo, constantemente son objeto de quejas e informes por parte de los comandantes de guardia "por su comportamiento irrespetuoso... se tienen informaciones relacionadas más directamente con el último mencionado (se refiere a Maitán Cantillo), sabiéndose que en algunas ocasiones se evade de las instalaciones en horas nocturnas" (fl. 8, cuaderno de la Corte).

El ya citado brigadier general en oficio número 296 del 7 de los citados mes y año, dirigido al Tribunal Superior Militar, en su condición de juez del conocimiento informa que: "...ha dispuesto el traslado al Pabellón Especial del Centro de Reclusión de Ternera en la ciudad de Cartagena del agente (retirado) José Alejandro Maitán Cantillo, debido a que desde su llegada a esta Unidad, ha observado una conducta indisciplinada y agresiva respecto de sus demás compañeros que el día 02-02-94 culminó con amenazas y agresión física a otros tres detenidos, utilizando un puñal".

Hallándose recurrida en casación la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior Militar, resulta claro que el comandante del Departamento de Policía del Atlántico, como director del centro de reclusión y como juez de primera instancia, con el fin de preservar la disciplina interna del establecimiento y evitar una fuga o evasión de Maitán Cantillo, dispuso su traslado al Pabellón Especial de Ternera en Cartagena. Tal determinación adoptada acorde con las normas ya citadas, no puede ser desconocida por la Corte por el solo hecho de manifestar el detenido que en dicha ciudad no cuenta con familiares y que su detención debe cumplirla en la ciudad de Riohacha donde reside su señora madre quien se halla enferma, circunstancias no probadas dentro del informativo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SE ABSTIENE de considerar la petición del procesado José Alejandro Maitán Cantillo consistente en que se ordene su traslado a la Cárcel del Distrito Judicial de Riohacha, 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.

IMPEDIMENTO / NULIDAD / COSA JUZGADA / REVISION

La no manifestación de un impedimento existente no vicia de nulidad la actuación del funcionario en quien concurre la causal. / La cosa juzgada en materia penal únicamente puede ser removida por la vía de la acción de revisión de que trata el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 232 y siguientes. Si se consulta esa normatividad por parte alguna se constata que la nulidad sea causal de revisión. / En sede extraordinaria no está permitida la oposición de discernimientos pues no se trata de demostrar cuál de las tesis es más sugestiva o vigorosa, tarea reservada a las instancias. Unicamente se persigue establecer si el fallo proferido se ajusta a derecho, esto es, si encuentra respaldo en la normatividad y en la verdad procesal.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 38.

Por apelación, revisa la Sala el auto del 5 de enero de 1994, por medio del cual el Tribunal Nacional negó una nulidad solicitada por el defensor del procesado *Orlando Arias Lima*, Exjuez Primero de Orden Público de Pereira, condenado por el delito de concusión.

Antecedentes:

1. El Tribunal en mención, por medio de sentencia del 5 de agosto de 1993 (fls. 772 y ss.-2), condenó a Arias Lima a dos (2) años de prisión por el citado delito contra la administración pública.

El defensor del procesado solicitó la nulidad del proceso y subsidiariamente interpuso recurso de apelación. El Tribunal negó la nulidad y concedió la impugnación (fls. 912 y ss.-2), pero esta Sala de Casación, mediante auto del 18 de noviembre (fls. 3 y ss. del cuaderno número 2 de la Corte), inadmitió el referido recurso por considerar que éste no podía interponerse de modo subsidiario a la nulidad.

2. El 26 de noviembre, el defensor apeló la nombrada sentencia, señalando que "nuestro pedimento es viable habida cuenta que la honorable Corte Suprema de Justicia inadmitió la anterior impugnación, por simple cuestión de ritualidad y no por extemporaneidad en su presentación" (fl. 930-2).

Por auto del 13 de diciembre, el Tribunal negó ese recurso de apelación, por considerarlo extemporáneo (fls. 932 y ss.).

El 21 de diciembre, el defensor solicitó que se decretara la nulidad del referido proveído, argumentando al respecto: "El doctor Rueda Soto, quien fue el ponente de dicho auto se encuentra impedido para conocer de este expediente, toda vez que participó en la providencia que destituyó al doctor Arias Lima y por ende está incurso en la misma causal que separó del conocimiento a los magistrados Jorge Luis Quintero Milanés y Luz América Ruiz Yepes. En tales condiciones, el doctor Marco Antonio Rueda Soto ha debido declararse impedido para conocer del expediente. Como no lo hizo, esta providencia está afectada de nulidad, puesto que el magistrado sustanciador no es el competente para proferirla. De ahí que se dé la causal primera del artículo 304 del C. P. P., cuya invalidación demandamos" (fl. 941).

Mediante auto del 5 de enero (fls. 966 y ss.-3), el Tribunal negó la nulidad impetrada y dispuso dar cumplimiento a lo dispuesto en el fallo sobre la expedición de copias del mismo (art. 501 del C. de P. P.).

Estima al efecto el Tribunal que los impedimentos y recusaciones sólo tienen operancia dentro del proceso, el cual ya concluyó, pero que, además, de aceptarse la procedencia del impedimento alegado, su "omitida declaratoria" no comportaría la nulidad del proveído, como ha sostenido la jurisprudencia.

3. Al sustentar la apelación interpuesta contra dicha providencia (fls. 1006 y ss.), el defensor del procesado insiste en que el magistrado ponente del auto del 13 de diciembre estaba impedido por haber tomado parte en la sentencia disciplinaria del 8 de enero de 1993, por medio de la cual se destituyó al condenado Arias Lima, indicando que por la misma razón fueron separados del conocimiento de este asunto "todos los integrantes de la Sala", no resultando entonces entendible que "se declare exento al doctor Marco Antonio Rueda Soto quien está en igualdad de condiciones tanto en el aspecto legal como en su actuación dentro del proceso disciplinario" (fl. 1008).

Pide entonces que se revoque la providencia impugnada y se decrete la nulidad del auto del 13 de diciembre.

En la Corte, el impugnante reitera esos puntos de vista y pide, además, que la Sala se ocupe oficiosamente de otros, como la "ilegalidad de la sentencia condenatoria de fecha 5 de agosto de 1993" (fl. 6

del cuaderno 3 de la Corte), pues considera que uno de los magistrados que la suscribe —la doctora Luz América Ruiz Yepes— estaba impedida para hacerlo, cosa que, a su entender, quebranta el debido proceso.

Opina que como en este caso no hay recurso de casación, esta es "la única oportunidad" para que la Sala "corrija los yerros y retome el cauce legal del proceso, que habrá de culminar con una sentencia ajustada en un todo a derecho".

Se considera:

1. Una primera observación que debe hacerse con respecto a la afirmación del impugnante de que el doctor Marco Antonio Rueda Soto no podía, como magistrado ponente, proferir el auto del 13 de diciembre de 1993, es que la aseveración que se hace de que dicho magistrado participó en la sentencia disciplinaria mediante la cual se destituyó al procesado Orlando Arias Lima, no es cierta.

En efecto, si bien es verdad que dicho magistrado suscribe el fallo disciplinario de 8 de enero de 1993 (fls. 945 y ss.-2), también lo es que ese fallo fue anulado por medio de auto del 1º de abril (fls. 961 y ss-2), en el cual se ordenó reemplazar con conjueces a dos de los magistrados. Luego, con fecha 27 de mayo, se dictó en el mismo proceso disciplinario sentencia condenatoria, la cual no suscribe el doctor Rueda Soto (fls. 970 y ss.) fallo este de la Sala Plena del Tribunal Nacional mediante el cual se revisó el proferido el 17 de febrero de 1992 por una Sala Disciplinaria de la misma Corporación, revisión efectuada en virtud de lo previsto en el Decreto 1888 de 1989.

Entonces, como la base fáctica de la pretendida nulidad desaparece, es obvio que la misma no puede prosperar.

Agréguese que la no manifestación de un impedimento existente no vicia de nulidad la actuación del funcionario en quien concurre la causal, tal como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación (Sentencia de noviembre 23 de 1989, magistrado ponente doctor Gómez Velásquez, entre otras), aunque sí puede constituir falta disciplinaria y, en determinados eventos, dependiendo del caso concreto, hasta una conducta punible.

2. Como ya se dijo, la sentencia penal de condena del 5 de agosto de 1993 (fls. 772 y ss.-2), se encuentra ejecutoriada hace bastante tiempo, habiendo hecho, pues, tránsito a cosa juzgada.

Siendo ello así, la nulidad que invoca ante esta Corporación el impugnante (que no adujo ante el *a quo*), resulta de manifiesta improcedencia.

La cosa juzgada en materia penal únicamente puede ser removida por la vía de la acción de revisión de que trata el Código de Proce-

dimiento Penal en sus artículos 232 y siguientes. Si se consulta esa normatividad, por parte alguna se constata que la nulidad sea causal de revisión.

Se confirmará entonces el auto apelado.

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

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia impugnada.

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.

IMPEDIMENTO / JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA

En el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal no se menciona el Tribunal Superior Militar, de quien la Corte Suprema de Justicia, de otra parte, únicamente es superior en los casos expresamente previstos en la ley, concretamente en el artículo 319 del precitado código, que contempla la "competencia de la Corte Suprema de Justicia", norma que por parte alguna se refiere a los impedimentos y recusaciones, figuras estas específicamente tratadas en la parte pertinente de dicho código.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 38.

Se pronuncia la Sala acerca del impedimento manifestado por la Sala Quinta del Tribunal Superior Militar, en el proceso que por el delito de favorecimiento de fuga de presos se adelanta respecto del teniente coronel (r) *Hernando Navas Rubio*, Exdirector General de Prisiones.

Se considera:

Al prever el trámite del impedimento de magistrado, dice el artículo 477 del Código Penal Militar:

> "Trámite. Cuando sea un magistrado del Tribunal Superior Militar, el impedido o recusado manifestará esta circunstancia en el auto en que ordene pasar el proceso a quien en su Sala le siga en orden alfabético de apellidos, para que decida el impedimento por auto interlocutorio. Si el magistrado hallare fundado el impedimento, continuará conociendo del asunto que se decidirá con la intervención de un magistrado de las otras Salas, escogido a la suerte.

"Si no se aceptare, se le devolverá el proceso para que continúe conociendo...".

Claramente se ve, entonces, que en la tramitación del impedimento para nada y en ninguna circunstancia interviene la Corte Suprema de Justicia, que sí lo hace en tratándose —en la justicia ordinaria— de Tribunales Superiores o del Tribunal Nacional, como expresamente lo señala el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal.

Ante ello forzosamente hay que colegir que esta Sala de Casación carece de competencia para resolver un asunto como el que ahora se le plantea, motivo por el cual se abstendrá de hacerlo y ordenará que el expediente regrese al Tribunal de origen.

El magistrado Gustavo Duarte Castillo, perteneciente a la Tercera Sala de Decisión, quien decidió remitir el expediente a esta Corporación, expresó: "De acuerdo con lo que se ha dejado relacionado es claro que no se trata de un conflicto en torno al reparto del proceso, que insistimos no se presentó, sino de un incidente generado por la no aceptación de un impedimento entre magistrados que corresponde resolver a la honorable Corte Suprema de Justicia, organismo judicial superior a este Tribunal conforme lo establece el artículo 106 del nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano, norma esta que por razón del principio de integración establecido en el artículo 302 del Código Penal Militar debe aplicarse en este asunto" (fl. 417).

Esta reflexión resulta equivocada, pues en el citado artículo 106, como se dijo, no se menciona el Tribunal Superior Militar, de quien la Corte Suprema de Justicia, de otra parte, únicamente es superior en los casos expresamente previstos en la ley, concretamente en el artículo 319 del precitado código, que contempla la "competencia de la Corte Suprema de Justicia", norma que por parte alguna se refiere a los impedimentos y recusaciones, figuras estas específicamente tratadas —como se señaló— en la parte pertinente de dicho código.

Como la normatividad actual en relación con este asunto es sustancialmente igual a la que traía el Código Penal Militar anterior al actualmente en vigencia, todavía conserva su valor el siguiente planteamiento de esta Sala:

> "Lo anterior entre otros significados tiene el de que, como es de rigor, es la misma ley penal militar la que determina la competencia para conocer de los impedimentos y recusaciones en esa justicia especial. No se olvide que constituye verdad de simple enunciado afirmar que la ley es fuente y medida de la competencia. Resulta así incuestionable que la Corte no tiene atribución ninguna en este incidente militar..." (Auto del 12 de julio de 1988. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Se resolverá, pues, de conformidad con lo dicho.

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

Resuelve:

ABSTENERSE de conocer del impedimento examinado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen. 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.

SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA / COMPETENCIA

Según las previsiones del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, la ejecución de penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias debidamente ejecutoriada, corresponde a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (anterior Dirección General de Prisiones), con la vigilancia del Juez de Ejecución de Penas. / Así mismo, la preceptiva del artículo 507 ibídem, establece que el Juez de Ejecución de Penas podrá imponer al aplazamiento o la suspensión de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos eventos previstos en el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal. / Corresponde entonces a la Corte, en virtud del mandato del artículo 15 transitorio del Decreto 2700 de 1991, mientras los jueces de ejecución de penas entran en ejercicio de sus funciones, atender las solicitudes que se elevan con posterioridad a la ejecutoria del fallo condenatorio. / La suspensión o el aplazamiento de la ejecución de la pena procede cuando el condenado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años (elemento objetivo), "siempre que su personalidad y la naturaleza y modalidad del hecho punible hagan aconsejable la medida" (elemento subjetivo). / El solo hecho de satisfacerse el requisito objetivo, esto es, el tener más de 65 años de edad, no hace viable la suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena, sino que por mandato legal, debe recurrirse a todos los antecedentes procesales que permitan al juez o funcionario judicial realizar una evaluación respecto de su personalidad para determinar si la medida resulta o no aconsejable.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 038.

Vistos:

El apoderado del condenado *Hernando Rosas Pulido*, solicita "la *suspensión* o la *revocatoria* de la medida de aseguramiento de 28 meses de prisión proferida contra mi representado...", en razón de haber cumplido 65 años de edad, invocando para ello los artículos 407 y 412 del Código de Procedimiento Penal.

Como consecuencia del beneficio demandado, reclama de la Corte la cancelación de la orden de captura para lo cual deben librarse las correspondientes comunicaciones a las distintas autoridades a las que se dio cuenta de la medida de aseguramiento decretada en contra de su patrocinado.

Consideraciones de la Corte:

Esta Colegiatura en sentencia de fecha 4 de octubre de 1993, condenó al doctor Rosas Pulido, Excónsul de Colombia en Toronto (Canadá), como autor responsable del delito de peculado por apropiación, a la pena privativa de la libertad de veintiocho (28) meses de prisión, multa de cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de dieciséis (16) meses. Se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y por lo tanto se dispuso solicitar su extradición a los Estados Unidos con el fin de obtener su captura para el cumplimiento de la sanción impuesta.

Según las previsiones del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, la ejecución de penas o medidas de seguridad impuestas en sentencia debidamente ejecutoriada, corresponde a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (anterior Dirección General de Prisiones) con la vigilancia del juez de ejecución de penas.

Así mismo, la preceptiva del artículo 507 *ibidem*, establece que el juez de ejecución de penas podrá ordenar el aplazamiento o la suspensión de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos eventos previstos en el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal.

Corresponde entonces a la Corte, en virtud del mandato del artículo 15 transitorio del Decreto 2700 de 1991, mientras los jueces de ejecución de penas entran en ejercicio de sus funciones, atender las solicitudes que se eleven con posterioridad a la ejecutoria del fallo condenatorio, razón por la cual se procederá a decidir lo relativo a la petición del apoderado del doctor Rosas Pulido.

La suspensión o el aplazamiento de la ejecución de la pena procede cuando el condenado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años (elemento objetivo), "*siempre que su personalidad y la naturaleza y modalidad del hecho punible hagan aconsejable la medida*" (elemento subjetivo). En el presente caso, con la partida eclesiástica acompañada

a la deprecación se establece plenamente el primer requisito, pues el doctor Rosas Pulido nació en esta ciudad el 26 de marzo de 1929.

No ocurre lo mismo respecto del elemento subjetivo pues, como lo destacó la Sala en la sentencia, su displicencia hacia sus jueces fue la nota predominante en el curso del proceso. "No se molestó en cancelar la caución que le fuera impuesta para gozar de su libertad provisional; tampoco compareció al proceso para rendir la injurada de rigor; mucho menos dio muestra del deseo de reparar el daño causado... A esto se agrega la modalidad misma del peculado por el cual se le condena. Aprovechando su alto cargo consular y aparentando el compromiso de su propio peculio en la compa de elementos de oficina para el mejor funcionamiento del Despacho a su mando, pretendió defraudar los intereses del Estado colombiano, como en efecto lo hizo...".

La única circunstancia favorable, cual es el de estar cumpliendo con las presentaciones periódicas, desapareció desde el momento mismo de proferido el fallo condenatorio, pues la última la realizó el 6 de octubre de 1993. Luego aparece en el Consulado General Central de Colombia en Nueva York, el 17 de marzo del corriente año, exclusivamente para autenticar el poder otorgado al doctor Carlos Paz Méndez para elevar la petición que ocupa la atención de la Sala.

El solo hecho de satisfacerse el requisito objetivo, esto es, el tener más de 65 años de edad, no hace viable la suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena, sino que, por mandato legal, debe recurrirse a todos los antecedentes procesales que permitan al juez o funcionario judicial realizar una evaluación respecto de su personalidad para determinar si la medida resulta o no aconsejable.

En el presente caso, como quedó ya anotado, la Sala tuvo oportunidad de realizar tal evaluación para deducir el necesario tratamiento penitenciario y por tanto, denegar el subrogado penal de la condena de ejecución condicional. Ahora, sin que esto signifique la equivalencia del subrogado con la suspensión de la ejecución de la pena, encuentra la Sala que el análisis de su personalidad realizada en el fallo, en tan corto tiempo transcurrido, ninguna de esas circunstancias aparece desvirtuada y por el contrario, el condenado al dejar de cumplir con las presentaciones personales está demostrando una vez más su desacato a las decisiones judiciales que le son adversas, es decir, su rebeldía para someterse al imperio de la ley, comportamiento que impide a la Corte en este momento, llegar al convencimiento de que la medida reclamada resulte aconsejable en atención a su edad, que en condiciones normales constituye una obligación del Estado brindarle especial protección.

Todo lo anterior, resulta demostrativo de una personalidad que hace improcedente el beneficio reclamado.

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

Resuelva:

1º Reconocer personería al doctor Carlos Paz Méndez como apoderado del condenado Hernando Rosas Pulido.

2º NEGAR al citado sentenciado la suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA ACLARACION DE VOTO

Partir de la base de que como se negó al procesado la condena de ejecución condicional, ya por ello tampoco procede la suspensión de la condena, traduce en mi sentir, una visión recortada de la institución que se pide aplicar. Esta parte de un hecho real, cual es el deterioro de la salud física y mental, que se va acentuando por los años y que ya en la senectud es muy pronunciado. En estas circunstancias, ya de por sí muy limitantes para que el anciano pueda delinquir, lo que se comprueba estadísticamente, su privación de libertad agravaría su precaria situación, no obteniéndose de ello ningún beneficio social, porque ya de ese sexagenario normalmente no se espera que vuelva a delinquir. Sólo se conseguiría empeorar las condiciones del anciano y quizás precipitar su muerte, con grave perjuicio para él y para la sociedad de la cual hace parte.

Aunque estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la providencia, y parcialmente también con su motivación, considero que ésta fue insuficiente, ya que la Sala no tuvo en cuenta que en relación con la solicitud formulada, más importante que el delito cometido y sus circunstancias, y que el mismo comportamiento del condonado frente al proceso, es el hecho de que haya cumplido ya sesenta y cinco (65) años de edad.

Partir de la base de que como se negó al procesado la condena de ejecución condicional, ya por ello tampoco procede la suspensión solicitada, traduce, en mi sentir, una visión recortada de la institución que se pide aplicar.

Esta parte de un hecho real, cual es el deterioro de la salud física y mental, que se va acentuando con los años y que ya en la senectud es muy pronunciado. En estas circunstancias, ya de por sí muy limitantes para que el anciano pueda delinquir, lo que se comprueba estadísticamente, su privación de libertad agravaría su precaria situación, no obteniéndose de ello ningún beneficio social, porque ya de ese

sexagenerario normalmente no se espera que vuelva a delinquir. Sólo se conseguirá empeorar las condiciones del anciano y quizás precipitar su muerte, con grave perjuicio para él y para la sociedad de la cual hace parte.

Tal vez la Sala olvidó el contenido humanitario de la norma, o al menos no lo destacó ni le dio la trascendencia que yo sigo considerando debió dársele.

Guillermo Duque Ruiz, Magistrado.

FAVORABILIDAD / DEMANDA DE CASACION

A partir de la reforma de la Ley 81 de 1993 el recurso de casación solamente procede por delitos cuya pena privativa de la libertad máxima sea o exceda de 6 años (antes el término era de 5). / Como por virtud del artículo 35 de la Ley 81 de 1993 se aumentó dicho punitivo a seis (6) años, es preciso darle aplicación retroactiva a esta norma por resultar más favorable al procesado, ya que si el recurso se rechaza, por lo dispuesto en ella, no es posible que la absolución se convierta en condena.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 38.

Por medio de la presente providencia la Sala declarará improcedente el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia del primero de marzo de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja absolvió al procesado *Jorge Arturo Moreno Ojeda,* por el delito de violación al derecho de asociación.

Antecedentes:

1. El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Tunja, por sentencia del 7 de diciembre de 1992 (fls. 88 y ss.-1), absolvió al procesado Moreno Ojeda del referido delito por el cual había sido acusado (art. 292 del C. P.).

2. El apoderado de la parte civil apeló ese fallo, y el Tribunal, por medio del suyo del 1º de marzo de 1993, lo confirmó por mayoría (fls. 15 y ss.-2).

3. El apoderado de la parte civil recurrió en casación esa sentencia absolutoria, presentando la respectiva demanda, la cual se declaró ajustada a las prescripciones legales (fl. 4 del cuaderno de la Corte).

Concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Corte:

1. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, con apoyo en un auto de esta Sala del 19 de enero de 1994, considera que la impugnación debe ser declarada improcedente en virtud del principio de favorabilidad, ya que a partir de la reforma de la Ley 81 de 1993 el recurso de casación solamente procede por delitos cuya pena privativa de la libertad máxima sea o exceda de 6 años (antes el término era de 5), exigencia que no cumple el ilícito por el cual se acusa a Moreno Ojeda, y que de entrar la Sala a conocer de la impugnación, el procesado, hoy absuelto, podría resultar condenado.

2. En verdad, tal afirmación hizo esta Sala, frente a un caso similar, en la reciente decisión que cita la Delegada.

Cuando se interpuso en este proceso el recurso de casación, como cuando se presentó demanda y ésta se declaró ajustada a la ley, regía el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), por lo cual estuvo acertado admitirlo, pues dicha norma marcaba la procedencia del mismo cuando, como en el presente evento, la pena privativa de la libertad máxima señalada para el delito objeto de acusación fuera o excediera de 5 años.

Pero como por virtud del artículo 35 de la Ley 81 de 1993 se aumentó dicho tope punitivo a seis (6) años, es preciso darle aplicación retroactiva a esta norma por resultar más favorable al procesado, ya que si el recurso se rechaza, por lo dispuesto en ella, no es posible que la absolución se convierta en condena.

En la referida ocasión la Sala, luego de hacer algunas reflexiones sobre la favorabilidad en casos como el que ahora se encara, precisó:

> "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*)".

Se procederá, pues, en consecuencia.

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

Resuelve:

DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de fecha y origen anotados.

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.

ACCION DE REVISION / CIRCUSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION / SENTENCIA

Esta Corporación no ha cambiado su jurisprudencia en torno a las causales genéricas de agravación punitiva que, pese a respetables opiniones en contrario, sí pueden deducirse válidamente en la sentencia aunque no se hubieren mencionado de manera particularizada en la resolución acusatoria, pero imponiéndose su conocimiento por parte del proceso en razón de la narración de los hechos y el escrutinio de las probanzas. En casos tales falta un aspecto formal de suma perfección, no así lo básico y sustancial, o sea, saber las modalidades reconocidas de la conducta por la cual se determina un juicio de responsabilidad. Además, ha sido interpretación tradicional que la fijación de esos factores genéricos de acentuación de pena, se suele acometer en la sentencia.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 37, abril 13 de 1994.

Vistos:

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda que en acción de revisión y a nombre propio presentó el abogado *Carlos Enrique Niño Amaya.*

Antecedentes procesales:

El actor fue condenado por el Tribunal Superior de Villavicencio, mediante sentencia del 16 de enero de 1992, a la pena principal de 40 meses de prisión, como autor penalmente responsable del delito de concusión, cometido cuando se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de Arauquita (Arauca).

Apelada la decisión por el propio condenado, hubo de ser revisada por esta Corporación, que mediante fallo del 30 de julio de 1992 resolvió impartirle confirmación a la condena con algunas modificaciones.

El tres de febrero de 1993 fue radicado en la Secretaría de la Sala el libelo objeto de estudio, al cual se hará referencia en el acápite siguiente.

La demanda:

En extenso escrito el actor dice formular demanda de revisión contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de fecha 16 de enero de 1992 y mediante la cual fue condenado a 40 meses de prisión como autor del delito de concusión.

Luego de hacer un recuento histórico de los hechos y de criticar detalladamente las pruebas aducidas al proceso que culminó con la mencionada condena, el libelista invoca primeramente la causal sexta de revisión como fundamento de la demanda, expresando que la sentencia atacada "es violatoria de la ley sustancial: Artículos 29, 26 y 21 de la C. N.".

Aunque la redacción no es clara y el escrito se muestra incoherente en algunos apartes, puede inferirse que el actor lo que pretende es que la Corte acoja el concepto rendido por el Procurador Delegado con ocasión de la apelación a que fue sometida la sentencia del Tribunal de Villavicencio actualmente cuestionada en sede de revisión, concretamente en cuanto le sugiere a la Corte cambiar su jurisprudencia en el sentido de prohibir que en la sentencia se deduzcan circunstancias genéricas de agravación punitiva que no hayan sido señaladas expresamente en la resolución acusatoria, so pena de considerarse vulnerado el derecho de defensa del procesado, garantizado plenamente en la nueva Constitución Política.

Empero al ocuparse de la demostración de esta causal de revisión, el actor se dedica a consignar una serie de comentarios subjetivos tan inexactos como deshilvanados sobre diversos temas del derecho penal sustancial y procesal, así como sobre las decisiones tomadas a lo largo del proceso, que no guardan relación alguna con la eventualidad prevista en el artículo 232-6 del Código de Procedimiento Penal.

En segundo orden, invoca el actor la causal tercera de revisión para atacar la sentencia del Tribunal, sin mencionar cuáles son los hechos nuevos que aparecieron con posterioridad a la sentencia condenatoria, o las pruebas surgidas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan su inocencia o su inimputabilidad. En su intento por demostrar esta causal, el demandante expresa que en el sumario existen "constantes contradicciones ameritan (sic) un sinnúmero de dudas maliciosas...", y seguidamente se refiere a ellas narrando he-

chos y circunstancias ocurridas antes del fallo, a la manera de un típico alegato de instancia, como si con ello pudiera desvirtuar ahora lo probado en el proceso.

Además, solicita su libertad y pone de presente sus condiciones personales y familiares, advirtiendo que teme por su seguridad personal y la de su familia.

En capítulo separado el accionante solicita tener como pruebas una serie de documentos que obran en el proceso y anexa algunos otros relacionados con sus desatinados planteamientos formulados en esta sede.

Finaliza su libelo solicitando se decrete la nulidad de la sentencia alacada por ser violatoria de la Constitución y las leyes.

Consideraciones de la Corte:

Es evidente que la demanda en estudio no reúne los requisitos exigidos en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal para promover la acción de revisión, toda vez que aunque en ella se invocan dos de las causales previstas en el artículo 232 *ibídem*, los fundamentos fácticos en que se apoyan una y otra son inadecuados, en la medida en que no satisfacen las condiciones de procedibilidad exigidas por la ley.

En efecto, la causal sexta de revisión que invoca el libelista no puede prosperar debido a que esta Corporación no ha cambiado su jurisprudencia en torno a las causales genéricas de agravación punitiva que, pese a respetables opiniones en contrario, sí pueden deducirse válidamente en la sentencia aunque no se hubieren mencionado de manera particularizada en la resolución acusatoria, pero imponiéndose su conocimiento por parte del procesado en razón de la narración de los hechos y el escrutinio de las probanzas. En casos tales falta un aspecto formal de suma perfección, no así lo básico y sustancial, o sea, saber las modalidades reconocidas de la conducta por la cual se determina un juicio de responsabilidad. Además, ha sido interpretación tradicional que la fijación de esos factores genéricos de acentuación de pena, se suele acometer en la sentencia.

Con respecto a la causal tercera de revisión, también invocada por el libelista, observa la Sala que tampoco amerita ser estudiada de fondo, pues como ya se dijo, en la demanda no se hace mención a ningún hecho realmente nuevo, ni a pruebas surgidas con posterioridad a la sentencia condenatoria, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan o insinúen la inocencia del condenado o su inimputabilidad.

Por manera que al no cumplir la demanda el requisito consagrado en el numeral tercero del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, se impone su inadmisión y así se procederá.

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

Resuelve:

INADMITIR la demanda de revisión presentada en nombre propio por el abogado Carlos Enrique Niño Amaya contra la sentencia condenatoria debidamente determinada en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Nodier Agudelo B., Jorge Arenas Salazar, Jaime Bernal Cuéllar, Hugo Humberto Rodríguez C., Julio Rozo Rozo, José I. Talero Losada, Eduardo Torres Escallón.

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

ASESORAMIENTO ILEGAL

La estructuración del hecho punible, asesoramiento ilegal y otras actuaciones ilegales exige que un empleado oficial realice cualquiera de las conductas descrita por los verbos rectores allí contenidos, desplegadas en forma ilegal, en el trámite de algún asunto judicial, administrativo o policivo. / El asesoramiento ilegal conlleva que quien brinde esa colaboración posea conocimientos y experiencia en la materia, inclinando la potestad del influenciado en favor del resultado por el cual se interesa.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 38.

Vistos:

Decide la Sala de Casación Penal si la denuncia formulada por el senador Tiberio Villarreal Ramos y las diligencias preliminares allegadas tienen mérito para abrir investigación penal contra el también senador, doctor *Alberto Montoya Puyana.*

La denuncia:

El senador Tiberio Villarreal Ramos denunció a su colega Alberto Montoya Puyana como presunto autor de un delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales (art. 157 del C. P.) por cuanto, por su intervención se declaró desierta la licitación pública efectuada para adjudicar el contrato de construcción del Viaducto La Flora que unirá la Meseta de Bucaramanga con el Municipio de Floridablanca.

Al decir del denunciante la conducta del imputado quedó plasmada en la carta que le dirigió al alcalde de Bucaramanga con fecha 14 de julio de 1994, publicada en un diario santandereano, que el propio doctor Montoya entregó en la Comisión de Etica del Senado, de la cual se reconoció autor. Copia de ese documento se anexó al escrito de denuncia.

Agrega el acusador que Alberto Montoya Puyana, prevalido de su condición de parlamentario, ejerció presión sobre la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga para impedir el cumplimiento de lo que ésta ya había decidido y en consecuencia declarara desierta la licitación, porque la firma Beltrán Pinzón, seleccionada en primer lugar de elegibilidad, no es de sus afectos ni pertenece a su grupo político.

Comenta que el haberse desempeñado como alcalde de Bucaramanga y ser amigo del actual burgomaestre no lo facultaba para distorsionar, con consejos malintencionados y asesorías ilegales las decisiones administrativas ya adoptadas.

En aras de dar claridad a las imputaciones conviene transcribir el texto de la Carta que el doctor Alberto Montoya Puyana dirigió al alcalde de Bucaramanga, doctor Jaime Rodríguez Ballesteros, cuyo contenido es el siguiente:

"Señor alcalde:

"Al regresar a la ciudad el pasado domingo, luego de algo menos de un mes de estar en el exterior en un viaje de estudio al que fui invitado por el Gobierno de los Estados Unidos de América, me encontré con informaciones de prensa y radio sobre las presuntas presiones que sobre usted he ejercido para que se le adjudique a determinada firma constructora la licitación del Viaducto de La Flora.

"Preocupado por estas versiones, tendenciosas y totalmente apartadas de la verdad, y porque a nadie le permito que maltrate el más importante y preciado de mis patrimonios, como es el moral, conversé telefónicamente con el doctor Alvaro Beltrán Pinzón para proponerle una reunión con usted, y dejar así, de una vez por todas, la situación perfectamente clarificada.

"En la reunión que celebramos hacia el medio día de hoy, a la que me permití invitar a una persona totalmente ajena al problema, al doctor Juan José Reyes Peña, y a la que asistimos con el doctor Beltrán Pinzón y usted, expuse cuál ha sido mi participación en este caso, la cual considero necesario debe quedar sentada en este escrito:

"En reunión realizada en Santafé de Bogotá, en la oficina del doctor Carlos Ardila Ballesteros, días después de la reunión de la Junta del Area Metropolitana de Bucaramanga que decidió sobre la licitación del Viaducto de La Flora, consideré mi obligación transmitirle, como amigo que me considero suyo y basado en mis experiencias pasadas, una serie de comentarios sobre las implicaciones de una posible adjudicación, basada en:

"1. Ganaría la licitación la firma cuya propuesta es la cuarta más costosa.

"2. En la reunión de la Junta del Área, se tenían conceptos jurídico de dos abogados, pero totalmente contrapuestos y la decisión tomada obedecía a uno solo de ellos.

"3. Las consecuencias de una demanda por una decisión mal tomada, recaen exclusivamente en cabeza y bolsillo del ordenador del gasto, mas no a cargo de la entidad que representa o su junta directiva.

"4. Ante la gravedad de lo anterior, mi consejo fue: Solicite conceptos de abogados especializados en derecho administrativo, que le permiten tomar una decisión con toda la tranquilidad del caso.

"A pesar de que en la reunión que sostuvimos, esta situación quedó totalmente clara, quiero preguntarle nuevamente:

"A) He ejercido alguna presión para que la referida licitación se le adjudique a determinada firma constructora?;

"B) Le he mencionado siquiera el nombre de alguna firma constructora?;

"C) Considera usted presión los comentarios que le hice, buscando protegerlo de las consecuencias de una eventual decisión equivocada?

"……".

Diligencias preliminares:

Además de los documentos que acreditan al doctor Alberto Montoya Puyana como senador de la República, elegido para el período constitucional de 1991 a 1994, se recaudaron los elementos de convicción que a continuación se relacionan.

Mediante comisión otorgada a la Unidad de Fiscalía de Bucaramanga se escuchó en declaración bajo juramento al doctor Jaime Rodríguez Ballesteros, alcalde municipal de Bucaramanga. El funcionario dio noticia del procedimiento al cual se ajustó la licitación de la construcción del Viaducto de La Flora, especificando que una vez cerrada, el Comité de Licitaciones abordó el estudio de un orden de elegibilidad que sería puesto a consideración de la Junta Directiva, ésta, una vez reunida, debatió jurídicamente la eliminación de algunas propuestas y después de las discusiones recomendó un orden de elegibilidad a cuya cabeza se encontraba la firma Beltrán Pinzón y Cía. Ltda. Esto provocó reclamos provenientes de firmas que se sentían

afectadas y de algunos gremios de la ciudad, lo que motivó a suspender el hecho administrativo que ratificaría la decisión de la Junta Directiva, con el objeto de consultar abogados especializados en Derecho Administrativo con respecto al acierto de haber eliminado algunas de las propuestas. Al reunir nuevamente la Junta Directiva, surgieron nuevas causas para eliminar proponentes que se presentaron formando consorcios, los cuales no habían sido descartados anteriormente, y temiendo por las dificultades que le acarrearía al Area Metropolitana este enredo le propuso a la Junta que declarara desierta la licitación. Al someter su propuesta a votación obtuvo dos votos favorables y tres en contra; pero después de consultar jurídicamente sobre la posibilidad de no acoger el resultado mayoritario, optó por declarar desierta la licitación.

En cuanto a la participación del senador Montoya Puyana el funcionario municipal admitió que había conversado casualmente con él en Bogotá y que en esa oportunidad el parlamentario le comentó las reclamaciones que se hacían sobre el proceso de adjudicación y, además, le recordó que tomar una decisión equivocada en esa materia propiciaría demandas, por las cuales habrían de responder solidariamente los miembros de la Junta en caso de que el Area Metropolitana resultara vencida en los procesos respectivos.

Aclaró el testigo que debido a malas interpretaciones que se dieron a ese diálogo, en una nota enviada a la Alcaldía, el senador Montoya le ratificó sus comentarios, escrito que él le respondió aludiendo a la posible participación que hubiera podido tener el proceso de licitación.

En definitiva el alcalde de Bucaramanga negó que el senador denunciado hubiera ejercido cualquier presión o injerencia indebida en el proceso de adjudicación de la licitación, pues no se refirió en particular a ninguno de los proponentes; simplemente hizo comentarios al respecto, como se los hicieron muchas otras personas y gremios de la ciudad.

Finalmente comenta que para proponer que se declarara desierta la licitación tomó en cuenta los conceptos jurídicos que pidió con respecto a la eliminación de algunos de los proponentes. Agrega que en últimas se abrió la licitación por segunda vez y ya había sido adjudicada.

También se recaudó el testimonio del ingeniero Guillermo Alonso Benjumea Pacheco, presidente de la Sociedad Santandereana de Ingenieros, quien dijo que al analizar las propuestas presentadas para la licitación la administración municipal había eliminado aquellas que se ofrecieron en consorcio, por cuanto supuestamente incumplieron las condiciones exigidas para licitar en consorcio, lo que dio lugar a que la administración contratara una consultoría jurídica externa que con-

ceptuara sobre la legalidad de los consorcios, concepto que recomendó no eliminarlos a pesar de lo cual la mayoría de los miembros de la Junta, exceptuando al alcalde, se apartaron de ese criterio; por ello, afirma, la administración resolvió declarar desierta la primera licitación. Por otra parte, el declarante dijo no tener conocimiento de que el senador Montoya Puyana hubiera ejercido influencias, asesoramientos o presiones, ni que hubiera expresado favoritismo o rechazo con respecto a alguna de las firmas proponentes de la licitación. Así mismo manifestó que en su opinión la licitación se declaró desierta por decisión del alcalde.

El secretario ejecutivo del Area Metropolitana de Bucaramanga remitió a esta Corporación copia de los actos administrativos correspondientes a la Licitación Pública número 001 de 1993 y del Acta número 006 de la Junta Metropolitana del 23 de junio de ese mismo año. En este último documento se dejó constancia de los debates que surgieron en el trámite de la adjudicación y de las causas que los originaron.

A esta documentación se anexó copia de la Resolución número 077 del 24 de julio de 1993, por medio de la cual el alcalde de Bucaramanga, finalmente declaró desierta la licitación 001 de ese año por cuanto no se habían tenido en cuenta en forma rigurosa los criterios de adjudicación y la ponderación de tales criterios en el pliego de condiciones, porque se eliminaron algunas propuestas por el supuesto incumplimiento en la conformación de consorcios y porque, por el contrario, no fueron eliminados algunos oferentes que de alguna forma habían participado en la elaboración de los pliegos de condiciones, todo lo cual constituía transgresión al artículo 33 del Acuerdo Metropolitano número 062 de 1991.

También hace parte de la investigación preliminar, copia del informe evaluativo que el doctor Alfonso Valencia Moreno, abogado visitador de la Procuraduría Provincial de Bucaramanga rindió ante el titular de ese Despacho con respecto al trámite de la licitación pública de la construcción del Viaducto La Flora y que concluye considerando acertada la decisión del alcalde municipal de declarar desierta dicha licitación, que además fue abierta en segunda oportunidad.

El Procurador Departamental de Santander acogió el informe evaluativo y en consecuencia ordenó archivar las diligencias.

Al diligenciamiento se allegó un ejemplar del periódico Vanguardia Liberal editado el 24 de julio de 1993 en cuya página 5A se publicó la carta que el doctor Montoya Puyana envió al alcalde de Bucaramanga; texto transcrito en este mismo proveído. Igualmente se anexó fotocopia de la página 6A del diario El Tiempo del 27 de junio de 1993, en el cual se publicó un artículo sobre la polémica que suscitó la licitación del viaducto.

Finalmente se escuchó en versión libre al doctor Alberto Montoya Puyana quien declara tener vínculos de amistad y políticos con el doctor Jaime Rodríguez Ballesteros, alcalde de Bucaramanga, desde hace aproximadamente diez años. En lo que atañe con el trámite de la primera licitación efectuada para la construcción del Viaducto La Flora y el hecho de que hubiera sido declarada desierta, el parlamentario relata que por diversos medios de comunicación se enteró de los comentarios que había producido el orden de elegibilidad que había aprobado la Junta Directiva del Area Metropolitana, que dejaba en primer lugar a la cuarta firma proponente más costosa, y en razón de su amistad con el doctor Rodríguez Ballesteros le transmitió tales inquietudes, haciéndole caer en cuenta la importancia de que se asesorara de abogados especializados en derecho administrativo con respecto a la posibilidad de elegir a consorcios, por cuanto la adjudicación mal hecha acarrearía demandas cuyo costo económico recaería en el propio alcalde.

El senador Montoya reconoció como auténtica la copia de la carta que le dirigió al alcalde de Bucaramanga, que el denunciante allegó a estas diligencias; a la cual dicho funcionario le dio respuesta, según texto que el congresista agregó al expediente. En ese documento, el alcalde, después de hacer el recuento del trámite que se le dio a la licitación de la construcción del Viaducto La Flora, concluyó:

> "No he recibido ninguna presión suya para que la licitación fuese adjudicada a alguna firma contratista en particular.
>
> "No me mencionó ninguna firma, ni como preferida suya, ni como contraria a sus preferencias.
>
> "Como consecuencia de las dos anteriores respuestas, le reitero que no considero elemento de presión ni intención alguna, la conversación que sostuvimos sobre este asunto".

Consideraciones:

En la denuncia, se señala al doctor Alberto Montoya Puyana, senador de la República, como presunto responsable de ejercer alguna interferencia constitutiva de un asesoramiento ilegal en el trámite de la adjudicación de la Licitación 001 de 1993, por medio de la cual se contrataría la construcción del Viaducto La Flora que unirá la Meseta de Bucaramanga con el Municipio de Floridablanca; intervención que habría logrado que aquella fuera declarada desierta.

Con las diligencias preliminares se logró establecer que efectivamente el alcalde de Bucaramanga declaró desierta la Licitación número 001 de 1993 y que este funcionario y el parlamentario Alberto Montoya Puyana sostuvieron algunas conversaciones con respecto al correspon-

diente trámite administrativo, como lo admiten uno y otro en las versiones rendidas, y en las misivas que se cruzaron y cuyas copias hacen parte de este informativo.

Ahora bien, partiendo de los elementos de convicción con que en este momento cuenta la Sala, la hipótesis que podría ser objeto de investigación penal bien podría ser la realización de alguna de las conductas descritas en el artículo 157 del Código Penal, el cual establece:

> *"Asesoramiento ilegal y otras actuaciones ilegales.* El empleado oficial que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos o interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años".
>
> "Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad si el responsable fuere funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público".

Al tenor de esta descripción, la estructuración del hecho punible exige que un empleado oficial realice cualquiera de las conductas descritas por los verbos rectores allí contenidos, desplegadas en forma ilegal, en el trámite de algún asunto judicial, administrativo o policivo.

Durante el año de 1993 el doctor Montoya Puyana fungió como senador de la República, condición que por disposición del artículo 63 del Código Penal le da el carácter de empleado oficial. Además el trámite de la licitación que se declaró desierta, nadie lo pone en duda, es de índole administrativa.

Ahora bien, si, como lo define Luis Carlos Pérez, en la representación se suple la presencia o actividad de otra persona sea natural o jurídica, no es esta la situación que se podría atribuir al doctor Montoya Puyana, por cuanto durante el trámite administrativo no asumió la representación de ninguno de los protagonistas de la negociación, ni públicos ni privados.

Tampoco es posible endilgarle una actividad litigiosa, por cuanto de la misma manera ésta implica un apoderamiento en defensa de un interés cuyo titular sea el poderdante; situación que ni siquiera se vislumbró en el comportamiento del senador Montoya Puyana.

La gestión, por otra parte, envuelve la realización de diligencias tendientes a un logro determinado; objetivo que no revela el proceder del parlamentario denunciado, pues si bien sostuvo conversaciones con el alcalde de Bucaramanga respecto a la legalidad del proceso de adjudicación de la licitación relacionada con la construcción del Viaducto La Flora, no hay base para deducir que las ideas y conceptos expre-

sados ante el burgomaestre representaron una insinuación o presión para que decidiera en un específico sentido, en favor de determinados intereses o en contra de otros.

El comportamiento del congresista se redujo a recomendarle al doctor Rodríguez Ballesteros que consultara abogados expertos en materia administrativa, sobre todo para evitar el riesgo de afrontar la responsabilidad económica que caería sobre él mismo en caso de que los inconformes con lo resuelto interpusieran demandas que prosperaran. Este consejo, si así puede llamarse, otorgado por razones de amistad, como lo expresó el imputado, de ninguna manera reviste el carácter de asesoría, pues ésta conlleva que quien brinde esa colaboración posea conocimientos y experiencia en la materia, inclinando la potestad del influenciado en favor del resultado por el cual se interesa.

En la situación analizada, el doctor Montoya Puyana, se sabe, es ingeniero y el punto álgido en la adjudicación de la licitación era de índole jurídico administrativa, materia en la cual no es experto. Por lo demás, en las conversaciones adelantadas con el alcalde de Bucaramanga no le sugirió, insinuó o presionó para que orientara su decisión hacia un determinado objetivo, y tampoco expresó conceptos personales que solucionaran los inconvenientes surgidos en desarrollo del trámite administrativo. Su intervención precisamente consistió en recomendar la consecución de una asesoría jurídica; luego, no existe fundamento para predicar que prestó una asesoría, como sí la brindaron los profesionales del derecho que contrató la administración municipal con ese específico propósito.

Ahora bien, en el evento, aquí ya descartado, de que el congresista hubiera asumido cualquiera de las conductas ya comentadas, la tipificación de éstas habría dependido de su carácter ilegal, esto es, que estuviera expresamente prohibida para ese funcionario público. Elemento normativo que tampoco se estructuró en estos hechos.

En estas condiciones, queda absolutamente claro que el doctor Alberto Montoya Puyana no desplegó ninguna de las actividades descritas por los verbos rectores que contiene el artículo 157 del Código Penal, y se advierte que su comportamiento tampoco encuadra en otras descripciones típicas que consagra ese mismo estatuto.

Así las cosas, la conducta por la cual el doctor Alberto Montoya Puyana fue denunciado es atípica, situación que al tenor de lo dispuesto por el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, amerita una resolución inhibitoria respecto a iniciar una acción penal.

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

Resuelve:

INHIBIRSE de abrir investigación penal contra el senador Alberto Montoya Puyana por los hechos que puso en conocimiento de esta Sala, el también senador Tiberio Villareal Ramos.

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.

RECURSO DE HECHO

El Código de Procedimiento Penal (art. 208) estipula que las copias de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes solicitadas por el interesado deberán ser enviadas inmediatamente al superior. Recibidas estas, el artículo 209 del estatuto en comento le da un plazo de tres días al interesado para sustentar la impugnación, con el fin de que exponga los fundamentos que lo llevaron a interponer el recurso de hecho. En el inciso siguiente, la norma es clara en advertir que: "Si el recurso no se sustenta dentro del término indicado, se desechará".

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 38.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de hecho interpuesto por el procesado *Carlos Alberto Giraldo Mejía* contra el auto de tres (3) de marzo del año en curso, mediante el cual, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, inadmitió el recurso de apelación contra el auto que denegó el recurso de casación.

Antecedentes:

El primero (1º) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993), el Juez Segundo Penal del Circuito de Honda condenó a Carlos Alberto Giraldo Mejía a purgar las penas principales de seis (6) meses de arresto y multa de diez mil pesos ($ 10.000.00) como autor penalmente responsable de un delito de cohecho por dar u ofrecer (art. 143 del C. P.).

Recurrida la sentencia en apelación por el procesado, en el escrito sustentatorio de rigor resolvió recusar a todos los magistrados de la

Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué que concurrieron a la sesión plenaria de la Corporación que lo relevó del cargo que desempeñaba como Juez Trece (13) de Instrucción Criminal del Tolima, pedimento que no fue aceptado por los funcionarios, según proveído del quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Posteriormente, el siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), la otra Sala de Decisión Penal convalidó la decisión adoptada por sus colegas, rechazando la recusación propuesta por el encartado.

El veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), el Tribunal Superior de Ibagué desató la alzada, confirmando en su integridad el fallo de primera instancia por encontrarlo ajustado a derecho. Al notificársele la decisión, el imputado interpuso recurso de apelación contra los autos reseñados anteriormente, al tiempo que impugnaba en casación, el fallo de segunda instancia.

El tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), el Tribunal inadmitió por improcedente los recursos interpuestos. Lo primero, porque los autos que se profieren en el trámite de un impedimento o una recusación no son susceptibles de impugnación alguna de acuerdo con el mandato del artículo 117 del C. de P. P. Cuanto al recurso de casación, destacó el incumplimiento de los requisitos cuantitativos pues únicamente procede contra los delitos cuya pena privativa de la libertad sea o exceda de seis (6) años de prisión (art. 35 de la Ley 81 de 1993). Como quiera que el cohecho tiene fijada una pena de tan solo dos (2) años de prisión, la impertinencia del recurso extraordinario es manifiesta.

Notificado de la anterior decisión, el procesado resolvió interponer contra ella el recurso de hecho, con fundamento en los artículos 207, 208 y 209 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte:

1. El Código de Procedimiento Penal (art. 208) estipula que las copias de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes solicitadas por el interesado deberán ser enviadas inmediatamente al superior. Recibidas éstas, el artículo 209 del estatuto en comento le da un plazo de tres días al interesado para sustentar la impugnación, con el fin de que exponga los fundamentos que lo llevaron a interponer el recurso de hecho. En el inciso siguiente, la norma es clara en advertir que: "Si el recurso no se sustenta dentro del término indicado, se desechará".

2. En el caso de la especie si bien el recurrente presentó un escrito donde simplemente manifiesta que interpone el recurso de hecho, guardó silencio cuando las copias llegaron a esta Colegiatura, absteniéndose

de sustentar su protesta. Esta carencia, por expreso mandato legal, impide el estudio de fondo de su inconformidad y concita el rechazo consiguiente.

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

Resuelve:

DESECHAR el recurso de hecho impetrado en razón a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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.

NULIDAD / DICTAMEN PERICIAL / INEXISTENCIA / IRREGULARIDAD / PRUEBA / SANA CRITICA

El actor alega como causal de nulidad, que no se corrió traslado a las partes del dictamen pericial para poder ser objetado, irregularidad que de ser trascendente, ha debido alegar por la vía de la violación indirecta, por falso juicio de legalidad, en el cual incurre el juzgador cuando niega validez jurídica a una prueba legalmente producida o le otorga mérito a la que no reúne los requisitos que establece la norma que regula su rito. En estas condiciones, si la prueba no se practicó con sometimiento a los ritos que demanda su aducción al proceso, tal prueba no tendría validez y no podría ser apreciada por el juzgador, pero en ninguna forma esta circunstancia se puede communicar a todo el juicio para invalidarlo. / El hecho de no surtir el traslado del dictamen a las partes, es una irregularidad intrascendente, que no afecta el debido proceso ni lesiona el derecho de defensa. Cuando se tiene la oportunidad para objetarlo, pedir su aclaración o su ampliación, y se deja pasar el término sin expresar reparo alguno, tácitamente manifiestan su conformidad con lo dictaminado por los peritos. / Es al juez a quien corresponde estimar la conducencia y procedencia de la prueba, para practicar la práctica de aquellas que considere pertinentes para la demostración de los hechos o la responsabilidad del acusado, rechazando todas aquellas que sólo conduzcan a entrabar o dilatar el proceso, o que incidan sobre circunstancias o hechos suficientemente conocidos o debatidos.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 42, abril 21 de 1994.

Vistos:

José Julio Mendoza Salamanca, recurrió en casación, contra la sentencia del veintidós de diciembre de 1992 proferida por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá y por la cual fue condenado a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de *homicidio* en la persona de María Belén Pérez Bohada, confirmando en su totalidad el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito de la misma ciudad.

Episodio procesal:

Dan cuenta los autos, que el catorce de febrero del año de mil novecientos noventa y uno, María Belén Pérez Bohada mujer casada, llegó al establecimiento denominado Residencias Jockey acompañada de José Julio Mendoza, su amante. Los dos ocuparon una de las habitaciones que más tarde abandonó Mendoza informando al salir a una de las empleadas del lugar, que su compañera permanecería por unos minutos en la residencia. Unas horas después fue encontrado en la habitación el cuerpo sin vida de la infortunada mujer, quien según el médico legista había muerto por laceración cerebral, a consecuencia de un disparo de arma de fuego (revólver) localizado en la región fronto temporal derecha. La víctima presentaba además, según el legista, signos de estrangulación.

Llamado a rendir indagatoria José Julio Mendoza, se declaró totalmente ajeno al hecho de sangre investigado, negó su presencia en el lugar de los hechos, aceptando tan solo conocer a la mujer quien era su novia ocasional. En ampliación de su indagatoria y en la audiencia pública, el acusado admitió haber sido el acompañante de María Belén, pero negó ser el autor del homicidio afirmando que aquella se había suicidado.

Los medios probatorios recogidos en la investigación, de manera especial aquellos de carácter técnico, permitieron proferir en contra de Mendoza Salamanca resolución de acusación, y sentencia de primera instancia, que al ser recurrida por el sindicado fue confirmada en su integridad por el Tribunal en el fallo que es ahora objeto de impugnación extraordinaria.

La demanda de casación:

Al amparo de la causal tercera de casación, artículo 220 del C. de P. P., diversos cargos formula el recurrente, alegando violación a las normas propias del juicio y al derecho de defensa.

Presenta como irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, las siguientes:

a) No se pusieron en conocimiento de las partes los dictámenes periciales obrantes a los folios 65 a 68 del cuaderno original, esto es, el acta de la necropsia y una ampliación de la misma;

b) No se corrió traslado a los sujetos procesales por el término legal, de la ampliación o aclaración de los dictámenes rendidos por el Instituto de Medicina Legal;

c) No se notificó la providencia que se abstuvo de desatar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación.

En relación con los dos primeros cargos, considera el casacionista, que al no correrse traslado a los sujetos procesales de los dictámenes periciales, se quebrantó el debido proceso por incumplimiento de formalidades que la ley expresamente señala en la práctica de dicha prueba.

Respecto al tercer cargo, insiste el memorialista, en que el auto mediante el cual el Tribunal Superior se abstuvo de conocer de la apelación de la resolución de acusación, ha debido notificarse, y que al no procederse así, se quebrantó por el juzgador el debido proceso, porque se privó al procesado de la oportunidad de interponer contra dicha decisión el recurso de reposición.

Como causas generadoras de nulidad por quebrantamiento del derecho de defensa, enuncia el casacionista las siguientes:

a) No se verificaron las citas que hizo el acusado en la ampliación de su indagatoria durante la etapa del juicio. Según el censor, el procesado citó a Rubén Darío Molina, Inés y Ruth Ballén, como personas a quienes les constaba que el sujeto pasivo del hecho investigado había tenido con anterioridad tendencias suicidas.

Con estos testimonios en concepto del casacionista, se podía demostrar que María Ballén se había autoeliminado y así liberar de toda responsabilidad penal al acusado. Agrega, que el juez estaba en la obligación de verificar las citas del indagado y que al no hacerlo, afectó con su comportamiento omisivo, el derecho de defensa.

b) Presenta como causal de nulidad una presunta omisión en la práctica de pruebas y que hace consistir en que el defensor del procesado durante la etapa del juicio, solicitó la exhumación del cadáver de la víctima para que se practicara el examen de parafina con el objeto de precisar la existencia o no de residuos de pólvora en su mano derecha. Que la prueba fue rechazada esgrimiendo argumentos acomodaticios a priori, quebrantando de este modo la facultad que tiene el procesado a pedir la práctica de todas aquellas pruebas que considere pertinentes, en el ejercicio de su derecho de defensa.

En el *petitum* de su demanda, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y proferir sentencia de sustitución absolviendo al procesado de los cargos formulados en la resolución acusatoria.

El Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en jurídico y bien fundamentado concepto, se opone a las pretensiones de la demanda y solicita su desestimación.

En relación con los dos primeros cargos considera la Delegada que el actor bajo el ropaje de una causal de nulidad, denuncia algunas irregularidades en la práctica de la prueba pericial, entendiendo que por no haberse ceñido el juzgador en su totalidad a los cánones legales para su aducción, tal irregularidad sería suficiente para hacer surgir la nulidad del proceso, cuando en el caso de tener fundamento la censura, ello tan solo acarrearía la ilegalidad de la prueba, alegable por la vía de la violación indirecta y no por la causal de nulidad. Y agrega:

"Ni siquiera porque escogió la vía equivocada, el libelista se esforzó en alegar, mucho menos en demostrar que tales errores del juzgador pudieron restar al imputado concretas oportunidades para el ejercicio de su derecho a la contradicción probatoria,... menos cuando la defensa ... contó con amplísimas oportunidades no solamente de conocer el contenido de las pruebas periciales, sino también de discutir sus conclusiones...".

Considera en consecuencia la Procuraduría que estos dos cargos deben ser desestimados por no encontrar acogida dentro de la causal de nulidad alegada.

Entiende la Delegada que el tercer cargo se limita a su simple enunciación, sin que el censor presentara argumentos para demostrar que la omisión en la notificación del auto del Tribunal, tuviera consecuencias perjudiciales para los derechos del procesado.

Argumenta, que "... es bueno tener presente, que el principio de la doble instancia como garantía constitucional, está consagrada en forma específica para las sentencias, que no para los autos interlocutorios que se dicten dentro del proceso y que por tanto no se vé, en un primer momento, una violación flagrante al principio del debido proceso que deba ser remediado a través de la declaratoria de nulidad. Agrega la Procuraduría, que ... tampoco la realidad procesal permite avalar la petición de anulación bajo el concepto de violación al derecho de defensa, como quiera que las actuaciones subsiguientes al auto del Tribunal dan fe de las amplísimas oportunidades con que contó la defensa en sus propósitos de resguardar sus particulares intereses, a través de la solicitud de pruebas tendientes a desvirtuar los fundamentos de la acusación".

Pasa luego la Procuraduría a ocuparse de las irregularidades que presenta el actor, como motivos de nulidad por violación del derecho de defensa, para afirmar que los cargos carecen de fundamento y que no existe razón valedera que conlleve a invalidar la actuación.

En relación con el primer reproche responde la Delegada, que "...que la falta de verificación de las citas del indagado no puede constituirse por sí misma en irregularidad procesal, pues en todo caso corresponde al juez examinar la pertinencia de las pruebas que se enuncian por parte de la defensa para determinar si es procedente o no su evacuación, toda vez que el proceso penal no es el rito que se encuentre a disposición del procesado para su entrabamiento o demora, sino la ritualidad previamente definida que contempla un órgano de dirección que es quien ha de decidir sobre los lineamientos generales trazados y con fundamento en los principios rectores y las garantías constitucionales, cuándo resulta o no procedente la práctica de una prueba".

Considera la Delegada, temeraria la posición del recurrente, al solicitar la nulidad de lo actuado por haberse negado el juez a ordenar la exhumación del cadáver para la práctica de un prueba ya en desuso dentro de la investigación criminal y a todas luces improcedente de acuerdo a los criterios científicos, pues ningún resultado podía dar la prueba del guantelete de parafina, si se realizaba mucho tiempo después de haber sido enterrado el cadáver, tratándose además de un medio de convicción, equivocó y poco confiable.

Nítido resulta de lo anterior —concluye la Procuraduría—, que la demanda en ese aspecto tampoco tiene vocación de éxito. Critica finalmente la posición del casacionista, quien demanda la absolución del acusado, cuando en la hipótesis de que prosperara alguna de las peticiones, lo debido era reclamar la nulidad de lo actuado para reponer la actuación. De ahí que se solicite a la Corte no casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

Debe recordar una vez más la Sala, que la sanción de nulidad representa un acto de carácter excepcional como que mediante él se corrigen los errores prominentes en la tramitación del proceso o se repara el agravio inferido al procesado a quien se ha juzgado sin permitirle ejercitar sus derechos dentro del proceso. Por eso, cuando se demande la nulidad es indispensable que el actor precise y demuestre en qué forma ocurrió la violación de aquellas garantías y cuál el influjo determinante en el fallo recurrido. En forma reiterada ha sostenido la jurisprudencia que no es cualquier irregularidad o deficiencia en la ritualidad de los juicios la que debe pesar en el ánimo de la Corte para invalidar la actuación, sino la que desconozca en forma grave las formas del debido proceso o la que niegue, desconozca o quebrante las garantías del procesado y en especial su derecho de defensa.

El casacionista, como se ha visto, formula diversos reparos a la sentencia, al amparo de la causal de nulidad sin demostración de su

influencia determinante en el proceso y en el fallo, y apartándose en muchos casos de la técnica y la lógica que regulan el recurso extraordinario.

Así, en los dos primeros cargos que se reducen por su naturaleza a uno solo, el actor alega como causal de nulidad, que no se corrió traslado a las partes del dictamen pericial para poder ser objetado, irregularidad que de ser trascendente, ha debido alegar por la vía de la violación indirecta, por falso juicio de legalidad, en el cual incurre el juzgador cuando niega validez jurídica a una prueba legalmente producida o le otorga mérito a la que no reúne los requisitos que establece la norma que regula su rito.

En estas condiciones, si la prueba no se practicó con sometimiento a los ritos que demanda su aducción al proceso, tal prueba no tendría validez y no podría ser apreciada por el juzgador, pero en ninguna forma esta circunstancia se puede comunicar a todo el juicio para invalidarlo.

Pero como también lo ha expresado la Corte, el hecho de no surtir el traslado del dictamen a las partes, es una irregularidad intrascendente, que no afecta el debido proceso ni lesiona el derecho de defensa, en casos como el presente donde los sujetos procesales tuvieron la oportunidad de conocerlo y por tanto pudieron objetarlo, pedir su aclaración o ampliación, hasta antes de que el proceso entrara al despacho para sentencia, como expresamente lo autoriza la ley, amplio término que tanto el procesado como su defensor dejaron transcurrir sin expresar reparo alguno, con lo cual tácitamente manifestaron su conformidad con lo dictaminado por los peritos. Son suficientes estas razones para que los dos cargos no puedan prosperar.

Se pretende elevar en un tercer cargo a la categoría de nulidad, una irregularidad a la cual, como lo expresa la Procuraduría, la ley de procedimiento no le atribuyó el valor intrínseco suficiente para invalidar la actuación o parte de ella.

Consiste la irregularidad como se dejó atrás anotado, en que se omitió por el juez de segunda instancia la notificación del auto por medio del cual el Tribunal se abstuvo de revisar la resolución de acusación recurrida en apelación, por no haberse sustentado esta en debida forma.

Es indudable que a pesar de que el auto en referencia se profirió en el curso de la segunda instancia, este ha debido notificarse por ser una providencia interlocutoria susceptible del recurso de reposición. Sin embargo, no puede afirmarse, ni el casacionista lo demuestra, que esta omisión hubiera quebrantado en forma manifiesta el derecho de defensa, o vulnerado las garantías del procesado. El Tribunal se abstuvo de revisar la providencia, porque el demandante en la sustentación del recurso se limitó a expresar que se debía examinar con mayor

detenimiento el aspecto del posible suicidio, sin presentar los fundamentos de orden lógico o jurídico que respaldaran su petición. Y adoptada la decisión por el Tribunal, ni el procesado ni su defensor dejaron oír su inconformidad por la falta de notificación, no obstante que el expediente permaneció varios días en la Secretaría de la Corporación, antes de su remisión al juez de la primera instancia donde el proceso siguió su curso normal.

Tampoco puede afirmarse, que por la referida omisión, los derechos del procesado, hubiesen sufrido menoscabo, porque como bien lo anota la Procuraduría, "...las actuaciones subsiguientes al auto del Tribunal, dan fe de las amplísimas oportunidades con que contó la defensa en sus propósitos de resguardar sus intereses a través de la solicitud de pruebas tendientes a desvirtuar los fundamentos de la acusación...".

Agréguese a lo anterior, que sobre el tema del presunto suicidio gravitó toda la argumentación de la defensa, fue aspecto debatido a través del proceso, en la etapa del sumario y de manera especial en la audiencia pública, momento procesal en el cual todas las partes que en ella intervinieron, pudieron referirse a la materia y expresar todos los argumentos que consideraron pertinentes al caso. El tema fue objeto de especial atención por los juzgadores, quienes en sentencia tanto de primera como de segunda instancia, estudiaron con detenimiento este aspecto del supuesto suicidio, para rechazar su existencia y pregonar en cambio la relevante responsabilidad del procesado.

En estas condiciones, si se le garantizó al acusado su derecho a ser escuchado, si el Tribunal se pronunció con amplitud sobre sus descargos, y si no se demostró en la fundamentación de la demanda que la irregularidad alegada hubiera irrogado perjuicio a sus intereses, o hubiese vulnerado el derecho de defensa, el cargo no puede prosperar.

Un nuevo reproche eleva el casacionista, cuando solicita invalidar el proceso, por no haberse verificado en el período de la causa, todas las citas que hizo el acusado en el curso de la ampliación de su indagatoria y en especial por no haberse oído en declaración juramentada a Rubén Darío Molina, Inés y Ruth Ballén, a quienes les constaba, según el procesado, que la víctima había tenido con anterioridad cierta tendencia al suicidio.

Puede afirmarse de antemano, que la irregularidad alegada no vulnera el derecho de defensa, ni constituye omisión de ninguna forma esencial para la validez del proceso. Téngase en cuenta, que es al juez a quien corresponde estimar la conducencia y procedencia de la prueba, para decretar la práctica de aquellas que considere pertinentes para la demostración de los hechos o la responsabilidad del acusado, rechazando todas aquellas que sólo conduzcan a entrabar o dilatar el proceso, o que incidan sobre circunstancias o hechos suficientemente conocidos o debatidos. Por estas razones, no prospera la censura.

Un último cargo presenta el demandante a consideración de la Corte, también con apoyo en la causal de nulidad y se hace consistir en que el Juzgado, se negó a decretar la exhumación del cadáver de la víctima y practicar la prueba del guantelete de parafina, para determinar los residuos de pólvora que pudieran hallarse en sus manos.

Para demostrar la improcedencia de este cargo, es suficiente para la Corte, rememorar lo expresado en el punto anterior, sobre la facultad discrecional que la ley otorga al juez, para decretar prudentemente sólo aquellas pruebas, que de acuerdo a lo acreditado en autos se consideren conducentes para los fines de la investigación. Y en el caso *sub judice*, el juez del Circuito mediante auto debidamente motivado, rechazó la práctica de la prueba solicitada, por considerar que ella ningún resultado podía aportar a la investigación, por lo tardía.

Poderosas razones de carácter lógico, jurídico y técnico tuvo en cuenta el Juzgado para declarar la improcedencia de la prueba solicitada. En el auto mediante el cual se adoptó la decisión que se comenta, se lee lo siguiente:

"...Los hechos materia de la investigación tuvieron ocurrencia el 14 de febrero del año que avanza, por lo que al día de hoy, ha transcurrido un tiempo superior a los ocho (8) meses desde que se registró la inhumación del cuerpo sin vida de María Belén Pérez Bohada, siendo indudable que por dicho lapso se ha presentado el fenómeno de la putrefacción, donde se transforman notablemente los diversos tejidos y órganos del cadáver, lo que hace que la prueba solicitada por el libelista se torne imposible en su práctica, pues para este momento no existe piel alguna sobre la cual se pueda aplicar la parafina y así detectar partículas (nitratos y nitritos) adheridos a ella, habida consideración de que por la descomposición cadavérica se verifican fenómenos en los tejidos celulares que traen como consecuencia alteraciones profundas de la piel, la cual se recubre de hongos, se revienta y finalmente es consumida por los diferentes organismos vivos que conforman la fauna cadavérica. Cosa diferente sucede con el sistema óseo, porque éste permanece más en el tiempo, pero las partes blandas desaparecen rápidamente por la acción del fenómeno mencionado...". Contra esta acertada decisión no se interpuso recurso alguno.

Razón le asistió al juzgador, para adoptar la anterior decisión, porque si la prueba del guantelete de parafina, por sí sola es poco confiable, ya que puede alterarse su resultado por la presencia de otras sustancias químicas, aún por un simple aseo de las manos encaminado a borrar las huellas que en ellas se encuentren, con mayor razón se torna inane e improcedente este medio de prueba, cuando se solicita —como en el caso que se analiza— ocho meses largos después de haberse efectuado la inhumación del cadáver, cuando ya la descomposición de las materias orgánicas, hacía imposible su práctica y nulo el resultado.

En estas condiciones, no se puede afirmar que se trate de una caprichosa o indebida denegación de la prueba, sino de un acto propio de la función jurisdiccional del juez, que no puede irrogar quebranto al derecho de defensa, como lo pretende el recurrente. No prospera el cargo.

De otra parte, el censor incurre en grave falta de técnica y lógica en su libelo, al alegar la existencia de vicios que afectan el debido proceso y el derecho de defensa, y solicitar a la Corte, no la nulidad del proceso para que se retrotrayera la actuación y se corrigieran los presuntos errores *in procedendo*, sino la absolución del acusado, aspecto que ni siquiera se intentó demostrar en el curso de la impugnación y que sería demandable por causal diferente a la invocada por el recurrente.

Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a considerar sustancialmente inepta la demanda.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en total acuerdo con el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

NO CASA la sentencia recurrida a nombre del procesado José Julio Mendoza Salamanca, de fecha, naturaleza y origen ya 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.

COLISION DE COMPETENCIA / FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

De conformidad con el artículo 13-1 del Código Penal, el hecho punible se considera realizado "en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción". Si el delito de falsedad en documento privado se configura no por la creación o adulteración de un escrito sino por su utilización como medio relevante en el ámbito demostrativo —art. 221 del C. P.—, ninguna duda asoma en cuanto la ejecución de esa segunda conducta se da en este último y no en el primero, siendo por ello de competencia de las autoridades judiciales de dicho lugar.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado por Acta número 42.

Vistos:

Del Juzgado Catorce Penal del Circuito de Cali proceden estas diligencias seguidas en contra de *Jorge Alberto Carvajal Echeverry* por el delito de falsedad, después de inaceptar el conocimiento que le atribuye el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, y con el fin de que la Corte entre a resolver de plano el conflicto negativo planteado.

Antecedentes:

Jorge Alberto Carvajal Echeverry fue capturado en la sede del Consulado de los Estados Unidos en Bogotá el 11 de junio de 1990, al entregar, para el trámite de su visa, una copia de la escritura pública 2879 de la Notaría Quinta de Cali donde figura como adquirente de un inmueble, certificación expedida por una oficina del Banco de Bogotá de la misma ciudad que lo acredita como titular de una cuenta corriente, y extractos de ese movimiento correspondientes a los meses de diciembre de 1989 a mayo de 1990, documentos todos acreditados como falsos.

El Juzgado Ochenta y Ocho de Instrucción Criminal de Bogotá inició la investigación mediante auto del 14 de junio de 1990, ordenando la vinculación del capturado mediante indagatoria, a quien luego liberó con fundamento en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal para entonces vigente. Sin otra actuación, por auto del 19 del mismo mes las diligencias se enviaron al reparto de los Juzgados de Instrucción Criminal de Cali, considerando que los hechos a investigar habían ocurrido en esa ciudad.

En Cali avocó el conocimiento el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal, pero pese a impartir la orden de proseguir con la investigación, la mantuvo inactiva, hasta que en el mes de junio de 1993 un fiscal de la Unidad de Patrimonio Económico practicó diligencias de inspección en la Notaría y la Sede Bancaria para establecer que tanto la copia de la escritura pública como la certificación del Banco de Bogotá y los extractos presentados por el procesado, resultaban falsos en su integridad.

El mismo Despacho resolvió la situación jurídica del indagado, y en esa decisión dispuso enviar el expediente a la Fiscalía con sede en Bogotá, considerando que aquí radicaba la competencia por haber sido esta ciudad el lugar donde se usaron los documentos apócrifos, como también "donde se llevó a cabo la aprehensión".

Sin objeciones, el Fiscal 159 de la Unidad de Patrimonio Económico de Bogotá asumió el conocimiento, declaró clausurada la investigación y profirió el 27 de septiembre de 1993 resolución acusatoria en contra de Carvajal Echeverry por los delitos de falsedad material de particular en documento público, en concurso con falsedad en documento privado, adicionando que el cuaderno de copias debía pasar a la Seccional de la Fiscalía de Cali para que allí se adelantaran las averiguaciones relacionadas con el presunto autor material de la conducta.

Notificada la acusación, el expediente pasó por reparto a cargo del Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá que avocó el conocimiento y ordenó surtir el traslado previsto en el artículo 443 del estatuto procesal, para luego y mediante decisión del 1º de febrero último reconsiderar su posición con el argumento de que la competencia la determinaba el lugar de elaboración de los documentos falsos, decidiendo remitir el proceso a su homólogo de Cali a quien propuso de una vez colisión de competencia.

El Juzgado Catorce Penal del Circuito de Cali, donde fuera recibido el asunto, inaceptó el conocimiento razonando que si bien es cierto la falsedad material de particular en documento público fijaba la competencia ante los funcionarios judiciales de Cali, la falsedad en documento privado señalaba como lugar de consumación la ciudad de Bogotá, así que por la conexidad procesal el juzgamiento debía se-

guirse "bajo una misma cuerda" y dentro del rigor del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal que atribuye la competencia al funcionario del territorio "donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción", en este caso la ciudad capital.

Consideraciones de la Sala:

1. Es competente la Corte para dirimir el conflicto negativo planteado, pues los Juzgados del Circuito trabados en colisión tienen su sede en distintos Distritos Judiciales, evento contemplado bajo la atribución de esta Colegiatura por el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal.

2. Surgida en este asunto la discrepancia con fundamento en el factor territorial porque en criterio del juez de Cali los hechos sucedieron en Bogotá pero a juicio de su colega en esta ciudad, aquellos tuvieron ocurrencia en Cali, corresponde comenzar por recordar que si de conformidad con el artículo 13-1 del Código Penal, el hecho punible se considera realizado "en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción", la primera noticia que de los aquí investigados aparece indica su realización cuando menos parcial en esta capital, pues fue en ella donde se sorprendió al acusado Carvajal Echeverry no solamente en tenencia del documento público falso, sino aún haciendo uso malicioso tanto de éste como de los documentos privados con miras a obtener su visa.

Así se tiene que si el delito de falsedad en documento privado se configura no por la creación o adulteración de un escrito sino por su utilización como medio relevante en el ámbito demostrativo —art. 221 del C. P.—, ninguna duda asoma en cuanto la ejecución de esa segunda conducta se dio en Bogotá y no en otro sitio, siendo por ello la competencia de las autoridades judiciales de esta capital.

Sin desarticular las circunstancias dentro de las cuales se realizó el uso común de todos estos documentos, aún en el caso de pretender que alguna duda asoma sobre el lugar donde se dio la falsedad por creación de la copia formal de la escritura, porque sin concretar en el enjuiciamiento el uso, Carvajal se explicó diciendo que había encargado la confección del falso en Cali, ni siquiera de la posibilidad (en realidad incierta por la falta de detalles e individualización del supuesto autor material por parte del indagado) de haberse iniciado o realizado la conducta en lugar distinto podría definirse la competencia para el juzgamiento del asunto en Cali, porque todas y cada una de las reglas previstas en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal para la competencia a prevención se daban y persisten en la confirmación del conocimiento que le asiste al Juzgado Quince Penal del Circuito de esta ciudad, cuya titular no se tomó la mínima precaución de consultar, pues si lo hubiera hecho entendería que fue en esta capital donde se tuvo la primera noticia de los hechos, donde se decretó la apertura de

la investigación y donde se aprehendió al imputado, conjunto de circunstancias evidentes y coincidentes que con claridad definen la controversia en favor del Juzgado del Circuito de Cali.

En estos términos se habrá de dirimir el conflicto suscitado, remitiendo la actuación a la funcionaria inequívocamente competente, y dando de esta solución noticia al Juzgado remitente para lo de su cargo.

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

Resuelve:

Asignar al Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá el conocimiento de esta causa seguida en contra de Jorge Alberto Carvajal Echeverry por el delito de falsedad, despacho al cual se remitirá el expediente.

Entérese al Juzgado Catorce Penal del Circuito de Cali, remitiéndole copia de esta providencia.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas NO, *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.

INDICIO

Cuando el hecho indicador se presta a variadas hipótesis o interpretaciones, es apenas natural entender, exactamente por esa equivocidad, que pierde fuerza indiciaria, probatoria, pues permite suponer tantas cosas al propio tiempo que, científicamente, no comprueba nada.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 34, abril 7 de 1994.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, por sentencia de seis (6) de septiembre del año en curso, *absolvió* al señor *Jorge David Tovar Guerra* por el delito de *"prevaricato por omisión"*, exactamente la ilicitud por la que le había dictado resolución de acusación el 30 de julio de 1991.

Contra aquella determinación interpuso recurso de *apelación* el señor apoderado de la parte civil, el que se concedió, *estando debidamente sustentado*, el 22 de septiembre de la anualidad que corre.

En sede de la Corte, la Secretaría surtió el traslado a que alude el artículo *213* del C. de P. Penal (el único sujeto procesal que alegó y fuera de término fue el representante de la parte civil), siendo este el momento procesal oportuno para la decisión de fondo.

Hechos y actuación procesal:

Sobre los primeros, muy brevemente, se tiene que están referidos a la manifiesta inactividad del Juez Tercero de Instrucción Criminal de Maicao, doctor Jorge David Tovar Guerra, en la investigación que, por denuncia del abogado Jorge Eliécer Barliza, adelantó contra Rodrigo Orlando Zapata Granda. Esta conducta omisiva, que no respondió

a la obligación de esclarecer cuestiones de fácil comprobación, llevó a que, finalmente, se diera aplicación al artículo *34* del entonces vigente Código de Procedimiento Penal *("cesación de procedimiento")*.

De otra parte, la denuncia en contra del juez Jorge David Tovar Guerra, también fue formulada por el abogado Jorge Elíecer Barliza, recibiendo la debida ratificación bajo la gravedad del juramento y, después de una brevísima indagación preliminar (fue cuando se trajeron a los autos fotocopias del proceso contra Zapata Granda), el Tribunal de Riohacha decidió abstenerse de abrir sumario (abril 22 de 1989), resolución de la que conoce la Corte por la vía de la apelación, revocándola (auto de agosto 22 de 1989, magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

La instrucción respectiva se cumplió mediante distintos jueces comisionados y, entre otras pruebas, se logró practicar la indagatoria de Tovar Guerra, el reconocimiento de la parte civil y de su representante, la recepción de las declaraciones de la doctora Nubis Omara Ramírez Brito, Juez Laboral del Circuito de Riohacha, de Rodrigo Orlando Zapata Granda (sindicado dentro del proceso del cual se le desprendieron los cargos a Tovar G.), de José Jorge Anniochiarico Robles (secretario del Juzgado Tercero de Instrucción Criminal) y la ampliación de su testimonio, la del doctor Armando Enrique Guerra Bermúdez, para ese momento Juez Tercero de Instrucción Criminal de Maicao. Se realizó, también, una inspección judicial al Juzgado a cargo del procesado para acreditar record de trabajo en el tiempo que corrió de febrero 4 de 1989 al 1º de octubre del mismo año.

En su momento (octubre 30 de 1990) se produce el cierre de la investigación, calificándose la misma con *resolución de acusación* el 30 de julio de 1991. Contra esta determinación se interpuso recurso de reposición y, de manera subsidiaria, de apelación; negado el primero, se concedió el segundo, el cual fue despachado, ante la entrada a regir del entonces nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), *por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte*, confirmando la decisión impugnada.

En la etapa de la *causa*, se realizó la ampliación de indagatoria de Tovar Guerra (junio 23 de 1993) y la audiencia pública que se cumplió el 27 de julio del año en curso. Vino, entonces, la *sentencia absolutoria* de septiembre 6 de 1993, sobre la que —como quedó visto— interpuso recurso de apelación el representante de la parte civil, impugnación que es exactamente la razón de ser del presente proveído.

De la decisión impugnada:

1. Previamente, se hace precisión de que se profirió resolución de acusación en contra de Jorge David Tovar Guerra porque en su condición de Juez Tercero de Instrucción Criminal de Maicao, al conocer

del proceso contra Rodrigo Orlando Zapata Granda tuvo que dictar cesación de procedimiento a su favor (art. 437, inciso 2º del anterior C. de P. P.) por haber dejado de practicar las pruebas que él mismo había, tinosamente, ordenado cuando dispuso la reapertura de la investigación (primera calificación del proceso, auto de febrero 4 de 1988), así, entre otras, la ampliación de indagatoria de Zapata Granda, quien debía aclarar lo referente a los endosos de los cheques números *336* y *379*, girados a una misma persona, la que aparece en ellos con cédula diferente; se le tomarían, también a Zapata G. muestras escriturales para las confrontaciones de rigor; la recepción de la declaración del gerente de la "Hardys", Alvaro Montilla y la práctica de la inspección judicial a los archivos del consorcio "Abella-Hardys". Consideró la Sala que como en el expediente obraban los referidos cheques en su original, "con base en ellos se le podían formular preguntas al procesado en su ampliación de indagatoria, así *sin contar con la inspección judicial* porque con los originales de los cheques se obtenía el peritazgo grafológico y dentro de ello, tomarle las muestras escriturales al procesado.

"Lo anterior condujo a la Colegiatura a hacer la afirmación de que *sí se daban elementos nuevos de juicio para interrogar al procesado en una ampliación de indagatoria* y si ello no se hizo, se debió a una decisión consciente y voluntaria por parte del juez investigado, a fin de evitar la comprobación de la responsabilidad del sindicado Orlando Zapata Granda en la falsedad. Dijo la Sala que *la cesación de procedimiento* que *era la decisión provocada con su inactividad judicial* puso de relieve que quiso deliberadamente esa omisión, de allí que su actitud fue *dolosa*, lo cual se reafirma cuando resulta favorablemente la pretensión de Zapata G., ahí sí aparece notificándose al día siguiente hábil del pronunciamiento del Juzgado, finalmente concluyó la Sala que esa relación de datos indiciarios convergentes y el análisis anterior de su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad permitían considerar a la Colegiatura que en contra del juez procesado se daban los requisitos exigidos por el artículo *470* del C. de P. P. para dictar en su contra *resolución de acusación* por el punible de prevaricato por omisión".

Luego, el Tribunal recuerda apartes del pronunciamiento de la *Fiscalía*, cuando confirmó la *resolución de acusación*, así: "Que el juez Tovar Guerra no podría explicar que haya dejado de considerar que dentro de los exiguos límites de reapertura de que disponía era previsible que agotarlo en busca de una prueba de difícil recaudo implicaría dejar de practicar por ausencia física de tiempo otra que podría arrojar muchas luces a la investigación, *aún en ausencia de la inspección*, pues permitiría identificar o descartar al autor de las falsedades investigadas, ya que al menos sobre estos delitos existía suficiente recaudo para orientar el interrogatorio, con lo cual forzó una decisión carente de sustento probatorio suficiente.

"No podía, dijo la *Fiscalía*, dejar de apreciar que estaba omitiendo un acto propio de sus funciones, como que él mismo admite que obró

conscientemente aunque presa del *error*, pues él mismo había ordenado recibir la injurada de marras, y como director de la instrucción estaba en la obligación de adoptar las disposiciones pertinentes a obtener la finalidad de recaudar los medios de prueba a su alcance, *sin condicionar unos a la posibilidad de otros, especialmente si no existía una relación concluyente de causalidad entre una y otra...*".

Entra ahora el Tribunal a responder "los planteamientos del defensor del procesado y de la fiscal ante este Tribunal, así mismo lo expuesto por el enjuiciado Jorge Tovar Guerra. Sobre la tesis del profesional del derecho, que en la resolución de acusación no se precisó por parte del Tribunal ni de la Fiscalía Delegada ante la Corte, cuál de los comportamientos contemplados en el prevaricato por omisión que el que realizó su apadrinado, la Sala en la providencia fue categórica en manifestar que el juez acusado al dejar de recibir los testimonios de quienes aparecían como beneficiarios de los cheques dubitados para clarificar todo lo relacionado con sus endosos, la inspección judicial en los archivos del consorcio "Abella-Hardys", no practicar la ampliación de indagatoria al implicado Rodrigo Zapata y el resto de pruebas ordenadas en el auto de reapertura de investigación y al dictar cesación de procedimiento como consecuencia de la *omisión* en que incurrió, encuadra su conducta en el delito de prevaricato por *omisión*, con lo cual queda claro que sí se concretó el verbo rector. En el proceso de adecuación típica realizado por el Tribunal encuadró el comportamiento del implicado oficial Jorge Tovar Guerra en el preciso verbo rector de *omitir*, argumentos que fueron acogidos por la Unidad de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. La Sala mantiene el criterio de que la conducta del encausado Jorge Tovar es *típica*, el cual es respaldado por la Fiscal Delegada ante este Tribunal.

"El defensor y la fiscal sostienen que la conducta del señor Jorge Tovar no es antijurídica porque ningún daño se le ha causado a la administración pública ni a un tercero... Esta Sala al proferir la resolución de acusación en contra del señor Jorge Tovar Guerra al referirse a la *antijuridicidad* manifestó 'con este comportamiento el sumariado quebrantó sin justa causa los deberes de cumplimiento y eficacia de la administración pública'.

"El delito de prevaricato por omisión es de *tipo instantáneo y de mera conducta* puesto que se perfecciona en un solo momento, vale decir, con la omisión del acto que contiene la prevaricación, sin importar que la conducta omitida lograre causar daño a un tercero...

"En el estudio de la *culpabilidad* encontramo que el prevaricato omisivo es esencialmente de *dolo directo* y se presenta cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización. Respecto al aspecto cognoscitivo del *dolo* el implicado Jorge Tovar Guera ordena mediante providencia de febrero 4 de 1988, al calificar el mérito del sumario de la investigación seguida en contra de Rodrigo Orlando Zapata Cranda

por el delito de estafa, entre otras pruebas, la ampliación de indagatoria al procesado antes citado y la inspección judicial a la empresa 'Abela-Hardys' y la recepción de algunos testimonios. El juez acusado como conductor de la investigación estaba en la obligación de utilizar los mecanismos legales necesarios para la práctica de las pruebas, las cuales no las realizó conscientemente ya que él mismo las había autorizado.

"Por cuanto respecta a las conductas omisivas el aspecto volitivo del *dolo* 'se evidencia en el hecho de querer no hacer la acción a que estaba jurídicamente obligado de acuerdo con la descripción típica' (Reyes Echandía Alfonso, en su libro La Culpabilidad, 1982, pág. 71). De otra parte, Luis Carlos Pérez, en su libro Derecho Penal, Tomo I, páginas 472-473, 1987, refiriéndose al aspecto volitivo del *dolo* expone 'que se traduce más adecuadamente con el verbo *querer*, consiste en orientar la actividad hacia la consecución de determinado resultado... Querer un resultado es aceptarlo anticipadamente como cierto, como probable o apenas posible...'. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, entiende que el *elemento doloso* emerge de la comprobación real de que el procesado habiendo podido ejecutar el comportamiento positivo que de él se esperaba, de manera *deliberada e intencional*, se abstuvo de realizar el mandato que lo impelía al cumplimiento del *deber de actuar* (Providencias de mayo 3 de 1993; Radicaciones 6342 y 8247 y de abril 14 del mismo año, Radicación 7975).

"En el asunto a estudio se analiza si existe certeza de que el juez Jorge Tovar Guerra quiso no practicar las pruebas relacionadas en la reapertura de la investigación, entre ellas, *la inspección judicial* a la empresa 'Abela-Hardys', la ampliación de indagatoria del procesado Rodrigo Zapata Granda por el delito de estafa y los testimonios de Leopoldo Rivadeneira, Rafael Buendía y Aníbal Bustamante, omisión que condujo a que se le cesara procedimiento. ... Sobre la práctica de *la inspección judicial* al consorcio 'Abela-Hardys' se envió marconigrama (fl. 107) con fecha febrero 11 de 1988, dirigido al gerente de 'Alberto Abella Hardys' para localizar los archivos de esa empresa, con fecha marzo 18 de 1988, se reitera el marconigrama (fl. 122 c. c.) al gerente de 'Alberto Abela Hardys'; con fecha marzo 24 de ese mismo año se recibe constancia de 'TELECOM' donde se informó que el telegrama número 139 dirigido a 'Alberto Abela Hardys' con destino a Barranquilla no fue entregado porque se desconoce su dirección.

"La anterior prueba no se practicó pero existió intento de efectuarla, por lo cual no se puede predicar que no se quiso realizar. Referente a *las declaraciones* de Leopoldo Rivadeneira, Aníbal Bustamante y Rafael Buendía, el inculpado sostiene en su injurada que no se citaron porque no existía la dirección en el expediente; en cuanto a Aníbal Bustamante y Rafael Buendía no aparecen en el proceso sus domicilios pero *sí se encontraba la de Leopoldo Rivadeneira* (fl. 98 c. c.) que figura como propietario de la firma 'Comercial Coordinadora del Ca

ribe'. La manifestación del imputado respecto a la no recepción del testimonio de Leopoldo Rivadeneira se encuentra desvirtuada probatoriamente, de tal suerte que la justificación dada por el encausado no es de recibo.

"En lo atinente a la no recepción de la ampliación de la indagatoria a Rodrigo Zapata Granda lo expuesto por el exjuez Jorge Tovar en su ampliación de indagatoria en el sentido que le había dado pautas para que si no se conseguía la dirección de la empresa 'Abela-Hardys' le informara para decidir la ampliación de indagatoria, lo cual fue corroborado por el secretario José Annichiarico en la declaración que rindió en la audiencia pública, *no son aceptadas atendiendo que la ampliación de indagatoria a Rodrigo Zapata con el acervo probatorio existente se podía practicar y ésta no dependía de la mencionada inspección judicial a la empresa 'Abela-Hardys'*.

"Esta mala justificación de la no práctica de las pruebas relacionadas podría dar margen para inferir que el señor Jorge Tovar no quiso evacuarla, pero la Sala encuentra una serie de hechos y circunstancias consignadas en el proceso que se valoran como *contraindicios* de responsabilidad. En efecto, en el expediente se encuentran las siguientes actuaciones: *Aceptar la constitución de parte civil*, con lo cual se aseguraba la defensa de los intereses de la entidad ofendida, después de vencido el término de investigación; *no cerrar la reapertura con el término vencido* antes de disfrutar de vacaciones lo cual facultaba al juez encargado de realizar la nombrada diligencia; *calificar por segunda vez la investigación sin la agilidad procesal correspondiente* (se cerró el *11* de julio y se resolvió el *1º* de octubre de 1988). *Disponer la consulta del auto cuestionado no obstante no ser procedente* obedeciendo lo estipulado en el artículo *210* del C. P. P. vigente para la época, con lo que se deduce no sintió temor que su superior revisara su decisión, a la vez que garantizaba los intereses de la contraparte en el proceso, comportamiento del exjuez acusado que crea la *duda* sobre el aspecto volitivo del *dolo* y no permite a esta Sala tener la certeza, es decir, la seguridad plena de que el procesado quiso deliberadamente la omisión de no practicar las pruebas mencionadas, para favorecer a Rodrigo Zapata con la cesación de procedimiento que se le dictó por los punibles que se le investigaban. Como la *duda* debe resolverse a favor del sindicado, la Sala *absolverá* al señor Jorge Tovar Guerra del delito de prevaricato que se le imputó en la resolución de acusación por no darse a cabalidad el presupuesto de la certeza sobre la responsabilidad y no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le asiste (arts. *247* y *445* del C. P. P.).

"Con la ejecutoria de este fallo desaparece la inhabilidad que dio motivo para la suspensión en el cargo al funcionario procesado, en consecuencia se le deberá informar lo pertinente al Director Seccional de Fiscalías..." (Lo que se destaca es de la Corte).

De la impugnación:

La providencia del Tribunal da a entender en gran parte de su contexto que se va a condenar a Jorge David Tovar Guerra, pero, al final, inexplicablemente ("de una manera caprichosa") desaparece del escenario jurídico su responsabilidad, y, entonces, lo *absuelve*. A partir de la resolución acusatoria y hasta la audiencia pública sólo se presenta como favorable la ampliación de indagatoria del procesado, que fue lo que sirvió para su absolución, pero que es una prueba *nula*, puesto que "se recepcionó en un momento procesal inoportuno" (arts. 361, ordinal 2º, 446 y 449 del C. P. P.), ya que esta última disposición "ordena que las pruebas se practiquen dentro de la audiencia pública".

El no cumplimiento de los términos como lo confiesa el procesado, no deber ser causal de absolución, sino de condena, pues los términos son "perentorios e improrrogables" (art. 118 del C. P. C., en concordancia con el 21 del C. P. Penal), so pena de entronizar "la arbitrariedad y el caos".

No se entiende por qué la Sala "da un cambio de 180 grados, favoreciéndolo (a Tovar G.) con una absolución que se lleva por delante todo el orden jurídico" ... ...,tenemos la certeza de que en el proceso están plasmados los requisitos sustanciales mínimos exigidos por el artículo 270 del C. de P. Penal, y eso es lo que reconoce el Tribunal en el primer aparte de su providencia, esto es, cuando respondió los planteamientos de la defensa y de la fiscal ante el Tribunal y verificó una valoración jurídica de las pruebas.

No se dan hechos nuevos que desvirtúen la reconocida responsabilidad de Tovar Guerra "ya que la tantas veces mencionada ampliación de indagatoria para nuestro concepto lo que amerita es reafirmar su condena y compulsar copia para que se investigue a su leal exsecretario señor José Jorge Anichiarico Robles, a quien el procesado le hace cargos directos y éste los acepta simple y llanamente con tal de favorecer a su exjefe a costa de su propia estabilidad laboral en la rama de la justicia, a pesar de que las funciones del *secretario* están taxativamente descritos en el Decreto 1265 de 1970 y dan a entender que también tenía facultades para impulsar el proceso cuando se dice alegremente que el doctor Tovar Guerra ordenó las pruebas y que el secretario no las practicó...".

Breves consideraciones de la Corte:

1. Desde los albores de la investigación que se adelantó contra Rodrigo Orlando Zapata Granda (la averiguación estaba a cargo de un juez distinto al acusado) se dispuso la citación de éste para la recepción de su injurada y para que se tomaran dictados "en tinta para posteriores cotejos grafológicos". Y se sabía, por comunicación del

Banco Ganadero de Albania, Guajira (aquí funcionaban las empresas "Morrison-Knudsen International Company Inc." —"M.K.I."—, "Abela-Hardys", "Hardys S. A." e "Intercor") que los cheques números 0034166, 0034128, 0000392, 0000336, 0000379, pertenecían a la cuenta corriente de "Hardys S. A." y que fueron pagados a Zapata Granda, identificado con la cédula de ciudadanía número 7.408.092 de Barranquilla.

También se encontraba establecido que el NIT 65.455.380 de Riohacha que figuraba en la factura de "Importaciones Técnicas Ltda." correspondía a una cédula de ciudadanía y que el NIT número 95.405.225 de Maicao que figuraba en la factura de "Distribuidora Comercial Maicao" no se había expedido aún, pues que apenas se iba en la serie número 32.000.000.

Un juez de Barranquilla fue el funcionario comisionado para la práctica de la diligencia de indagatoria, la que se realiza en febrero 17 de 1986. Pero, inexplicablemente, al indagado no se le pregunta sobre por qué aparece él cobrando los referidos cheques, de quién los recibió y la causa de esa entrega; tampoco sobre los negocios que tenía con los endosantes y el por qué, por ejemplo, los cheques números 0000336 y 0000379, aparecen endosados por Rafael Buendía, con diferentes números de cédula. Nada se indagó tampoco sobre las inexactitudes que presentaban las facturas ya mencionadas. Todo esto importaba, ciertamente, habida consideración de que el denunciante concretaba los cargos contra Zapata Granda en que retiraba repuestos de "M.K.I." como si fueran para los comedores de "Abela" y, posteriormente, los vendía a "Intercor", con la complicidad de empleados de "Abela-Hardys", "M.K.I." e "Intercor", utilizando facturas falsas y nombres supuestos y aprovechando la circunstancia de que existían contratos de suministro entre "Abela" y "M.K.I." y entre "Intercor" y "Hardys" y de que sus funciones le permitían retirar repuestos de "M.K.I." y de "Intercor".

En la indagatoria, Zapata Granda, menciona algunos nombres de empleados de las indicadas empresas, con los que dice tenía mayor relación; pero, sus testimonios, no fueron recepcionados.

El Juzgado Penal del Circuito de Riohacha, a cargo del doctor Luis Deluque Semprum, el *16 de marzo de 1986*, resuelve la situación jurídica de Zapata Granda, sin haber practicado mayores pruebas, favorablemente, esto es, dejando que "siga gozando de la libertad que viene disfrutando". *Y no vuelve a practicar ninguna prueba.* Y, en *julio 9 de 1987*, decide remitir por competencia, las sumarias al Juzgado de Instrucción Criminal Radicado y en turno en la ciudad de Maicao, correspondiéndole, por *reparto*, al Juzgado Tercero a cargo del doctor Jorge David Tovar Guerra, quien el mismo día que las recibe, esto es, el 28 de septiembre de 1987, avoca el conocimiento del asunto, disponiendo continuar con la instrucción. *Sin que se hubiera practicado ninguna prueba*, el defensor de Zapata G. solicita el cierre de la investiga-

ción, a lo cual accede el Juzgado, cerrándola el 30 de octubre de 1987, *el mismo día en que la respectiva solicitud entró al Despacho* y, calificándola, el 4 de febrero de 1988, con reapertura de la averiguación.

Era, pues, patente para cuando se emitió el primer calificatorio la horfandad probatoria tremenda en que se encontraban las sumarias. Y a ello habían contribuido, primordialmente, el Juez del Circuito de Riohacha, doctor Luis Deluque Semprum y el Juez Tercero de Instrucción Criminal de Maicao, doctor Jorge David Tovar Guerra. Quiere la Corte, ahora, transcribir del auto de reapertura de la investigación, lo siguiente:

"...Haciendo un análisis exhaustivo al material recopilado, este Despacho no comparte el concepto del apoderado del sindicado de decretar el cese de procedimiento al presente informativo. Ciertamente, se pudo constatar que existen irregularidades en las facturas aportadas, y antes señaladas, al observar que en el oficio que obra al folio 41 c. o., se señala por parte de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, que el NIT número 65.455.380 corresponde dicha numeración a una cédula de ciudadanía y el número 95.405.225 no había sido expedido aún a septiembre 2 de 1985, ya que solamente habían expedido hasta la serie 92.000.000, quedando pendiente por constatar el NIT número 90.105.903.

"La presente investigación debió guiarse, buscando establecer si sobre las mencionadas facturas se efectuó el pago respectivo; a qué persona y qué relación existe entre los cheques cobrados por el señor Rodrigo Zapata tal y como se constata en el folio 26 c. o. y las facturas de compraventa inicialmente señaladas. En lo que concierne a los cheques este despacho observó que los números 336 y 379 fueron girados a la misma persona, Rafael E. Buendía y en lo que corresponde al endoso el número de la cédula es totalmente diferente. Además que el señor Rodrigo Zapata debe responder a título de qué le correspondió cobrar o cambiar los mencionados cheques. Detectada la irregularidad de los NIT hace falta comprobar también con los respectivos propietarios o gerentes de los almacenes distribuidores o provedores la legalidad de las facturas aportadas.

"Así las cosas, este Despacho ordenará la reapertura de la presente investigación, donde se llevarán a cabo las diligencias que a continuación se relacionan:

"a) Ampliación de indagatoria del señor Rodrigo Zapata y tómensele muestras escriturales; b) Solicitar a la administración de impuestos de Barranquilla a nombre de quién fue expedido el NIT 90.105.903; c) Recibir declaración jurada al señor Hernán Bracho Baquero. Cítesele; d) Oír en declaración

jurada al señor Alvaro Mantilla, gerente de 'Hardys'. Envíese despacho comisorio al Juzgado de Instrucción Criminal en reparto de Barranquilla con los insertos anexos; e) Solicítese al consorcio 'Abela-Hardys' copia del contrato de suministro con la empresa 'Intercor' y la 'Morrison'; f) Solicítese al Banco Ganadero oficina de Albania los cheques originales números 0000392, 0000336 y 0000379, correspondientes a la cuenta número 758-034-56-6 y a la sucursal Riohacha números 0034128 y 0034166 de la misma cuenta; g) Reiterar a la Cámara de Riohacha si en esa entidad se encuentran registradas las siguientes firmas: Importaciones Técnicas Ltda., Edificio Ejecutivo y Leopoldo Rivadeneira Pana. Desde cuándo y quién ejerce la representación legal de dichas compañías; h) Solicítese al administrador del Edificio Ejecutivo en Riohacha, si para la fecha del mes de abril de 1985, funcionaba en este edificio oficinas de la entidad 'Importaciones Técnicas Ltda.', en caso afirmativo qué oficina le corresponde o correspondió y por qué tiempo; i) Practicar diligencia de inspección judicial en los archivos del consorcio 'Abella-Hardys' y constatar el concepto por el cual fueron cobrados los cheques que se relacionan en la presente investigación y con qué cheques fueron cobradas las facturas igualmente relacionadas; j) Citar y oír en declaración jurada al señor Stevan De Jesús Romero C.; k) Solicítese a la Cámara de Comercio, sucursal Maicao, si en esa entidad se encuentra registrada la 'Distribuidora Comercial Maicao', desde cuándo y quién ejerce su representación legal; l) Establecer la relación existente entre el señor Rodrigo Zapata con Leopoldo Rivadencira, Rafael Buendía y Aníbal Bustamante...".

Pues bien, en febrero 11 del mismo año, se libra telegrama al gerente de "Alberto Abela Hardys" (fl. 107) y, el 18 de febrero de 1988, se libran comunicaciones al jefe de personal de "Intercor" —fl. 108—, a la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla sobre a quién le fue expedido el NIT 90.105.903, a la Cámara de Comercio de Maicao sobre si allí estaba registrada la "Distribuidora Comercial Maicao", a la Cámara de Comercio de Riohacha, con respecto a si obraban registradas allí las firmas "Importaciones Técnicas Ltda." y Leopoldo Rivadeneira Pana". Se recibe respuesta en el sentido de que la indicada Distribuidora no está registrada. *Se reciben los cheques originales.* En marzo 18 de 1988, se reitera marconigrama al gerente de "Alberto Abela Hardys" (fl. 122) y, en la misma fecha, se hace cosa igual con Impuestos Nacionales de Barranquilla y la Cámara de Comercio de Riohacha. Después se estableció que la firma de "Importaciones Técnicas Ltda." no se encontraba registrada ni su domicilio ubicado en el edificio "El Ejecutivo" de Riohacha; sobre "Leopoldo Rivadeneira Pana" se comprobó que sí desempeñaba actividad comercial y que era el propietario de la firma "Coordinadora del Caribe". Al folio 126 obra comunicación de "TELECOM" sobre que el gerente de

"Alberto Abela Hardys" no ha podido ser ubicado, pues se fue de la ciudad y "se desconoce su dirección actual".

"Hardys S. A." otorga poder al doctor Jorge Eliécer Barliza en orden a la constitución de parte civil; se presenta, entonces, la respectiva demanda y se acepta en *junio 2 de 1988;* viene luego un memorial de pruebas de su representante, donde *se insiste en la práctica de las ordenadas en el calificatorio* y se precisa que *el domicilio del consorcio "Abela-Hardys" está en Medellín*, sin ubicar su dirección exacta. *El Juzgado nada dice sobre las pruebas pedidas y tampoco decreta ninguna* y, el *27 de junio de 1988*, la defensa, solicita el *cierre de la investigación*, a lo que se *accede* por auto de *julio 11 de 1988*, calificándose con cesación de procedimiento el *1º de octubre* del mismo año. Con posterioridad al cierre, el representante legal de "Hardys S. A.", concreta que la dirección de la empresa para esa época está en Medellín en la carrera 66 número 37-17.

2. Está, pues, la Corte de acuerdo con el Tribunal sólo en cuanto a que, en orden a la práctica de la diligencia de *inspección judicial* en las instalaciones de "Abela-Hardys", el doctor Jorge David Tovar Guerra, libró las comunicaciones respectivas para ver de lograr su realización. Pero no se puede desconocer que aún en este particular le faltó empeño investigativo, diligencia, voluntad de sacar adelante la averiguación a su cargo. Cuando al fin la "Hardys S. A." otorga poder al denunciante para constituirse en parte civil y ésta es reconocida, y en el memorial respectivo, se refiere que el domicilio de la citada empresa se encuentra en Medellín, nada hace para lograr en concreto su dirección, a pesar de que para él, según lo refiere en su indagatoria, esa prueba, era *"la columna vertebral ..., el elemento primordial de la investigación"*, hasta el punto de que, sin ella, prácticamente nada existía por averiguar. Deja, pues, pasar, *sin ninguna actuación*, desde el *4 de junio de 1988*, en que se presentó el memorial de la parte civil, solicitando la práctica de las pruebas ordenadas cuando el calificatorio, hasta que cerró nuevamente la investigación el *8 de julio de 1988*, atendiendo petición de la *defensa*.

3. Es cierto, los domicilios o el lugar donde pudieran ser ubicados Aníbal Bustamante y Rafael Buendía, no obraban determinados en el proceso y, esa circunstancia, la aprovechó el acusado para asegurar en la indagatoria que no los hizo comparecer al Juzgado a su cargo, por esa razón. Pero si se aprecian bien las cosas hay que concluir pensando que, así las direcciones se hubieran establecido, tampoco los habría citado. Obsérvese que la dirección de Leopoldo Rivadeneira, quien junto con los otros dos era endosatario de los cheques cuestionados y prueba igualmente importante en orden al esclarecimiento de los hechos, *sí* obraba en el plenario y, empero, no fue citado. Es que todo indica que ánimo dilucidador nunca existió en el doctor Tovar Guerra y por ello fue que no amplió la indagatoria de Rodrigo Orlando Zapata Granda, a pesar de que lo imperioso de la práctica de tal prueba

en orden al esclarecimiento de los acontecimientos era una verdad procesal sobradamente diáfana y a que la dirección de éste *sí* estaba en el expediente. Sencillamente no quiso realizarla porque no le interesaba perfeccionar la averiguación penal. Y analícese lo sostenido por el procesado buscando explicar o justificar su conducta, para terminar construyendo un *indicio de mala justificación* que, obviamente, corre en su contra. Que la práctica de la inspección judicial era lo esencial dentro del proceso y como no se había podido cumplir, no era del caso que se ampliara la indagatoria de Zapata Granda. Esto fue lo primero que aseguró, cuando se le vinculó al proceso; pero como en el discurrir del mismo se hizo claridad en el sentido de que para la recepción de la ampliación de injurada no se requería de la verificación de la inspección, esto es, que no existía una relación excluyente de causalidad entre una y otra, como bien lo aseguró la Fiscalía ante la Corte cuando conoció de la apelación sobre la resolución de acusación, se inventa entonces la patraña de que no practicó la diligencia porque su secretario no le avisó que no se había podido conseguir la dirección de la firma "Abela-Hardys" a lo que había condicionado la realización de aquella prueba, en lo que encontró apoyo de última hora (la audiencia) de su servil empleado, pero olvidando uno y otro que así sólo creaban una prueba de cargo, pues que la inexistente noticia de la no ubicación de la señalada firma en nada seguía oponiéndose a que el juez cumplirera con su deber de ampliar la injurada de Zapata Granda.

4. No hay tal, como lo asevera la instancia, de que existan *contraindicios* que dan al traste con la prueba de culpabilidad que, límpida, emerge contra el doctor Jorge David Tovar Guerra. Veámos, *primero, la aceptación de la parte civil*. No se percata la Corte de cómo la realización de este acto procesal, cuando la demanda reunía los requisitos legales en orden a esa determinación, pueda tomarse como circunstancia diciente de la inocurrencia delictiva por la que se procesa a Tovar G. El juez estaba obligado a emitir ese auto, so pena de que se le tachara, con razón, de arbitrario, y de constituir un indicio más en su contra. Constituye entonces enorme desaguisado predicar que de la emisión de ese auto se colige un contraindicio. Otra cosa, apréciese que si bien se aceptó la constitución de parte civil, ninguna de las pruebas por su representante solicitadas (las mismas que se echaron de menos cuando el primer calificatorio), se realizó, sin que se diera ninguna explicación para tan inaudita omisión. *Segundo, no cerrar la reapertura con el término vencido* antes de disfrutar de vacaciones, lo cual facultaba al juez encargado de realizar la nombrada diligencia. Lo que refulge del proceso es que las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, no se quisieron practicar; entonces, si las pruebas no se ordenaban ni realizaban, ninguna importancia tiene que la investigación continuara abierta por encima del período de su duración legal. Ahora, que el juez que reemplazó al acusado *hubiera podido* practicar las pruebas que requería una cabal investigación, es verdad. Pero se está ante un álea, esto es, que también ha podido no

realizarlas, que fue lo que efectivamente sucedió. Y esto es lo que hace que esa circunstancia no pueda recibir en derecho el calificativo de "*contraindicio*". Nada hace pensar que el aquí procesado, ciertamente quería que su reemplazo evacuara las probanzas de rigor o que le hizo indicaciones en tal sentido. Y bien puede suponerse también que, ante el cúmulo de procesos adelantados por el Juzgado jugó al albur de que ese no mereciera la atención de quien le sucedió temporariamente en el cargo, *y acertó. Tercero, calificar por segunda vez la investigación sin la agilidad procesal correspondiente* (se cerró el 11 de julio de 1988 y se resolvió el 1º de octubre del mismo año). Este hecho mal puede comportar algo así como prueba de descargo para el procesado porque, al fin de cuentas, qué le significó de gratificante a la justicia tal circunstancia, o fue que, acaso, con ello borró o aminoró en alguno su dolosa inactividad por la no práctica de las pruebas a que legalmente estaba obligado, o podrá sostenerse que así se colocaba en imposibilidad de ser considerado como persona capaz de realizar la conducta por la que se le enjuició. Cómo es entonces que tal hecho equivale a un *contraindicio*?, y habrá de responderse que sólo por la contravía del absurdo, pues que en puridad de verdad de allí nada se sigue que contravenga la prueba de cargo contra el doctor Tovar G. o que de alguna manera levante dudas sobre su fortaleza. Lo que más de allí se desprende es, quizás, que no ha debido cerrarla tan prestamente, cuando estaban sin practicarse las pruebas de vital importancia en orden a la aclaración de los hechos, y cuando la que él consideraba "la columna vertebral de la investigación" ahora sí con la ubicación exacta en Medellín de la empresa "Abela Hardys", podía ser realizada, y cuando, finalmente, no tenía ninguna disposición para calificarla en el momento legal que él mismo se impuso. Y, *cuarto, disponer la consulta del auto cuestionado no obstante no ser procedente*. Fuera de lo que cree el Tribunal es razonable también pensar que aconteció una de estás dos cosas, primero, que se equivocó y entendió que su obligación era consultar el auto y no quiso construir un indicio en su contra, negándose a dar cumplimiento a lo que creía le era exigible legalmente; segundo, que estaba seguro que la consulta era improcedente y, empero, la surtió, plenamente convencido de que el Tribunal no conocería de la misma por ser patentemente inoperante, pero que lograría crear a manera de un *contraindicio*, pues no faltaría quién pensara que una persona que ha delinquido al proferir determinada providencia es remiso a que su superior la revise, en tanto que él lo que propició fue, precisamente, esa coyuntura y de ahí su inocencia. Pues bien, cuando el hecho indicador se presta a tan variadas hipótesis o interpretaciones, es apenas natural entender, exactamente por esa equivocidad, que pierde fuerza indiciaria, probatoria, pues permite suponer tantas cosas al propio tiempo que, científicamente, no comprueba nada.

5. La Corte, pues, no tiene ninguna duda de que se está en presencia de un *hecho punible* ya que la conducta *sub examine* cumplida por el doctor Jorge David Tovar Guerra, en su condición de Juez Ter-

cero de Instrucción Criminal de Maicao, es *típica, antijurídica y culpable*. Sobre los dos primeros predicados ya el Tribunal se ocupó de ello de manera acertada y, por tanto, en gracia a la debida brevedad, la Corporación no volverá sobre el punto. Queda claro, entonces, que la conducta se subsume en el tipo plasmado en el artículo 150 del Código Penal y que con ella se vulneró el bien jurídico de la administración pública. De otra parte, sin hesitación alguna puede sostenerse que, cuando Tovar Guerra voluntaria y conscientemente dejó de practicar las pruebas a las que legalmente estaba obligado y que contribuían eficazmente al perfeccionamiento de la investigación, realizó un comportamiento que merece el calificativo de *culpable*. Sabía en su condición de abogado el doctor Tovar G. que, omitiendo la realización de las multicitadas pruebas, incurría en *delito* y, sin embargo, no quiso practicarlas. Actuó el doctor Tovar G. en forma antijurídica, pudiendo y debiendo obrar diversamente y de ahí que haya orientado su acción negativa hacia el logro del querido auto de cesación de procedimiento. Deliberada e intencionalmente *omitió* su deber funcional de *actuar*, dejando de practicar las pruebas que él mismo había ordenado cuando dispuso la reapertura de investigación.

Dosificación punitiva:

De lo anteriormente señalado se sigue, por imperio del derecho, la condena de Jorge David Tovar Guerra por el delito de *prevaricato* de que trata el Capítulo VII del Código Penal, Libro 2º, Título 3º (ilicitud por la que se profirió resolución de acusación por el Tribunal de Riohacha en julio 30 de 1991, y que fuera confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte el 4 de marzo de 1993), concretamente, por el tipo plasmado en el artículo *150* que, a la letra dice:

> "*Prevaricato por omisión*. El empleado oficial que omita rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término".

A Tovar Guerra no le obran antecedentes penales de ninguna especie, ni se encuentra acreditada ninguna circunstancia específica de agravación punitiva. Para la correspondiente *tasación de su pena*, se parte entonces del mínimo de *un (1) año de prisión*, el que, dadas la condición del procesado, la gravedad y modalidad del hecho punible (art. 61 del C. P.), se aumenta en *seis (6) meses*, para un total definitivo de *dieciocho (18) meses de prisión*, como pena principal. Se le condenará, además, a la interdicción de derechos y funciones públicas por un término de tres (3) años, lo que desde luego, comporta la *pérdida inmediata* del empleo oficial que se esté desempeñando.

No encuentra la Sala motivos especiales para privar, a Tovar Guerra, del beneficio de la condena de ejecución condicional, el cual no

comprende lo relacionado con la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones, que tendrá inmediata aplicación. El período de prueba propio a este subrogado, se determina en dos (2) años y la caución que para disfrutar del mismo, se señala en doscientos mil pesos ($ 200.000.00).

A pesar de que obró constituida *parte civil*, los perjuicios ocasionados con la infracción no fueron determinados. De otra parte, la circunstancia de la condena que ahora se imparte contra el doctor Tovar Guerra, no comporta que del proceso del que se desprendieron los hechos que le merecieron la misma, dada su omisión en la práctica de las pruebas que él mismo había ordenado cuando el asunto fue calificado por primera vez, pueda predicarse que fatalmente debía concluir en condena contra Rodrigo Orlando Zapata Granda y por ello no es del caso con propiedad asegurar que la firma "Hardys S. A." que fue la que le dio poder al doctor Jorge Eliécer Barliza para constituirse en parte civil, hubiera derivado perjuicios y, menos, puede determinarse su monto. No se advierte otras atendibles circunstancias que impongan, sobre este particular, una condena en concreto.

Por la Secretaría de la Sala se dará cuenta a las autoridades de la Carrera Judicial y al presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, del presente pronunciamiento y en orden a las inhabilidades que se desprenden del mismo.

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

Resuelve:

1. REVOCAR la sentencia absolutoria con que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Penal, cobijó al doctor Jorge David Tovar Guerra, para en su lugar, CONDENARLO por el delito de "prevaricato por omisión" a la pena principal de *dieciocho (18) meses* de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de *tres (3) años*.

2. Se le concede la condena de ejecución condicional, beneficio que no cobija lo relacionado con la interdicción de derechos y funciones públicas, penas accesorias de inmediato cumplimiento, lo cual comporta la pérdida de cualquier cargo oficial que el sentenciado pueda estar desempeñando actualmente. Como período de prueba —art. 68 del C. P.— se fija un tiempo de *dos (2) años*, y, en cuanto a la caución pertinente, se señala la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00); al prestarse ésta, se extenderá, por el Tribunal del Distrito Judicial de Riohacha, la respectiva diligencia, con las obligaciones señaladas en el artículo 69 *ibídem*.

3. Por la Secretaría de la Sala, dése cuenta del presente pronunciamiento a las autoridades de la Carrera Judicial del caso y Director Seccional de Fiscalías, para los fines de ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Sanabria Rojas NO. *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz* NO, *Gustavo Gómez Velásquez*, *Didimo Páez Velandia*, *Juan Manuel Torres Fresneda*, *Jorge Enrique Valencia Martínez*.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO / CASACION OFICIOSA / HURTO

Si el casacionista pretendía que la suma tasada carecía de sustento probatorio, implicando con ello que el juzgador supuso los medios sobre los cuales dedujo esa cuantía, era su obligación entrar a demostrarlo de manera objetiva, pues no podía bastar para lograrlo su sola afirmación en tal sentido. / También aquí confunde el actor los errores de hecho y de derecho, pues si el falso juicio de existencia propuesto de primero hace parte de aquellos, la controversia sobre la validez o no de los documentos aportados por la parte civil como soporte de los gastos implicaba la proposición de un error de derecho por falso juicio de legalidad que no podía coincidir en cargo único con el error de hecho, por la contradicción que surge entre una y otra clase de errores cuando refieren a los mismos medios, pues, o no existe materialmente la prueba documental y la equivocación se da al suponerla, o existiendo, no puede considerarse o tenerla como base del fallo proferido, por la ilegalidad de su decreto, aducción o práctica. / El artículo 228 del Código de Procedimiento Penal faculta a la Corte para casar oficiosamente la sentencia cuando ella atente contra las garantías fundamentales, que por integrar aquel conjunto de principios base de la organización social que constitucionalmente se erige sobre el respeto del Estado y de los individuos entre sí hacia la dignidad humana y todo el conjunto de bienes esenciales que le son ajenos, reperute hacia los trámites judiciales mediante el imprescindible cumplimiento de unos requisitos dentro de los cuales ocupan su sitial de preferencia la legalidad del delito, del procedimiento y de la pena. / Si de manera equivocada se califica como hurto la sustracción de unos papeles sin mayor valor material porque el suyo superior correspondía al derecho incorporado, no trasladado a sus asaltantes ni a sus determinadores quienes tendrían que recurrir a otros actos de falsedad tal vez y de engaño para poder hacerlos efectivos, tendrá que concluir la Sala en que la acción en tal sentido apenas apuntaba a uno de los conocidos por la doctrina como delitos de bagatela, donde el valor del daño

patrimonial económico no guarda proporción ni relevancia frente al derecho jurídicamente protegido, factor independiente del valor del resarcimiento que bien podría por superior desproporcionarse, como de la suma pagada al autor material como precio de la delincuencia. / Erró la resolución acusatoria por calificar equivocadamente esos hechos como hurto, cuando tan solo configurarían una violación domiciliaria y un constreñimiento ilegal, yerro que al obstruir la debida congruencia entre la acusación y la sentencia se hace constitutivo de infracción al debido proceso.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 29.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Luis Alberto Maldonado Prieto*, en contra de la sentencia de agosto 18 de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante la cual le impartió confirmación a la condena impuesta a este enjuiciado y sus compañeros de causa por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, tasando para el inconforme la pena principal de 24 meses de prisión como coautor del delito de hurto calificado y agravado, en concurso material con el delito de falsedad por destrucción de documento privado.

Hechos y actuación procesal:

1. Luis Alberto Maldonado Prieto y Arquímedes García Domínguez obtuvieron de José Antonio Fierro Cuéllar un préstamo de dinero que garantizaron con letras de cambio. Con el fin de eludir el pago de la obligación fraguaron un plan para apoderarse de los títulos valores, contratando para ello a Esteban Silva Rivera, quien a su vez buscó a Guillermo Medina Camacho, Wilmar Cárdenas Granados, Leonardo Cháux y otro sujeto cuya identidad no se pudo establecer.

El día 13 de febrero de 1991, los cuatro últimos nombrados se trasladaron en un taxi desde Neiva a la localidad de Hobo, y pasado el medio día penetraron violentamente a la residencia de la víctima, apoderándose varios títulos valores y cuatro cuadernos en los cuales el prestamista llevaba las anotaciones relacionadas con sus operaciones

de crédito. A las voces de auxilio de la compañera del agredido los delincuentes emprendieron la huída, regresando Guillermo Medina Camacho y Wilmar Cárdenas Granados a Neiva donde hicieron entrega a Silva Rivera de los documentos obtenidos, entre ellos las letras de cambio suscritas por Maldonado Prieto, las cuales, junto con los cuadernos de anotaciones, fueron destruidas.

Identificado el automotor utilizado para el traslado de los atacantes, se retuvo al conductor quien suministró los datos de las personas que lo habían contratado para el viaje, lográndose posteriormente la captura de la mayoría de los asaltantes y de sus determinadores, el esclarecimiento de los hechos y la recuperación de 65 letras de cambio.

2. Las primeras diligencias y la apertura de la investigación corrieron a cargo del Juzgado Promiscuo Municipal de Hobo, ante el cual rindieron indagatoria Esteban Silva Rivera, Guillermo Medina Camacho, Wilmar Cárdenas Granados, Luis Alberto Maldonado Prieto y Arquímedes García Domínguez, pasando luego por competencia la instrucción al Juzgado Sexto de esa especialidad radicado en Neiva, que complementó la vinculación de los comprometidos mediante declaratoria de ausencia de Leonardo Cháux.

Al resolver la situación jurídica de los indagados se les profirió medida de aseguramiento de detención, y una vez cerrada la investigación su mérito se calificó con resolución de acusación para todos los imputados por los punibles de hurto agravado y calificado respecto de los libros de cuentas del ofendido y la pluralidad de títulos valores que logró ser recuperada, en concurso con falsedad por destrucción de los documentos de los cuales se dispuso, aclarando que García Domínguez debía responder por el último delito en el grado de tentativa. Inconforme con la decisión, el defensor de Arquímedes García Domínguez interpuso el recurso de apelación, resuelto por el Tribunal Superior de Neiva mediante interlocutorio de octubre 21 de 1991 que impartió confirmación integral.

La etapa del juicio estuvo a cargo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva. Celebrada allí la diligencia de audiencia pública, se emitió fallo de condena al considerar a los implicados coautores responsables de los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso con la falsedad en documentos. Como penas principales se impuso a Luis Alberto Maldonado Prieto y Esteban Silva Rivera la de 24 meses de prisión, a Arquímedes García Domínguez 21 meses, y a Guillermo Medina Camacho y Wilmar Cárdenas Granados 18 meses. A los dos últimos nombrados se les absolvió por el delito de falsedad, pero a su vez se les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional. Leonardo Cháux fue absuelto de todos los cargos por no haber sido plenamente identificado e individualizado.

A los condenados se les impuso la obligación de pagar solidariamente de la suma de cuatro millones un mil pesos ($ 4.001.000.00) por

concepto de perjuicios, adicionándoseles la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal, y con exclusión de los encausados Medina Camacho y Cárdenas Granados, a los demás se les reconoció la condena de ejecución condicional.

Los defensores de Luis Alberto Maldonado y Guillermo Medina Camacho y el representante de la parte civil interpusieron en contra del fallo de primera instancia el recurso de alzada, impugnación desestimada por el Tribunal que adicionó tan solo la orden de obedecer en su última parte el artículo 50 del Decreto 050 de 1987. En contra de esta última determinación el defensor del acusado Luis Alberto Maldonado Prieto ha interpuesto el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

El recurrente le formula dos cargos a la sentencia del *ad quem*, el primero por aplicación indebida de los artículos 349, 350, 351 y 26 del Código Penal, 29 constitucional y 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, y el segundo por aplicación indebida de los artículos 103 y 107 del Código Penal, 2341 del Código Civil, y el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal.

En el primer cargo sobre atipicidad del delito de hurto, sostiene que el propósito de los coacusados fue el de sacar unas letras de cambio de la casa de Jesús A. Fierro para evitar el embargo de los bienes de propiedad de Luis Alberto Maldonado Prieto y Arquímedes García Domínguez, y que una vez Maldonado recibió las letras las rompió, y tal y como se desprende de las versiones de cada uno los imputados.

Agrega que el Tribunal mal interpretó las indagatorias, considerando que si la remuneración de los autores materiales ascendió a la suma de $ 400.000.00 como contraprestación, ese era el valor que correspondía al aprovechamiento en el hurto, con lo cual confundió: "El valor de la prestación de los servicios personales de tales mandatarios con el valor de los objetos sustraídos", y con relación a los imputados confundió de nuevo su interés patrimonial

> "en la falsedad impropia de destruir las letras, ocasionándose así la ventaja económica de dificultar al acreedor el ejercicio de la acción ejecutiva, con embargo de bienes, con el lucro o aprovechamiento que es esencial al hurto. La falsedad como tal, no es ajena a un interés económico en el falsificador por destrucción de un título valor y no debe confundirse el valor que pueda tener el documento sustraído como cosa, que no como crédito pues este es un bien inmaterial que no es susceptible de hurto. Obviamente quien destruye una letra de cambio para que no se la cobren procura un

beneficio económico para él pues al menos dificulta o retarda la acción ejecutiva que el acreedor pueda promoverle, pero ello no se confunde con el provecho que se pueda tener de la posesión o uso del formato en que consta la letra, el cual no alcanza a tener trascendencia en el campo del derecho como para que se configure el hurto. *'De nimia non est tractandum'*. De cosas ínfimas no se encarga el derecho penal porque no habría lesividad y, por ende, antijuridicidad (art. 4º del C. P.)".

La intención de Maldonado Prieto —continúa— no era la de aprovecharse de unas letras de cambio cuyo esqueleto no vale más de veinte pesos, sino de su ocultamiento y/o destrucción posterior. "El apoderamiento de ellas no era más que una condición para poderlas ocultar o destruir"; apoyándose en la transcripción del pensamiento de algunos tratadistas dice que: "La consideración o fin del propósito del culpable hace que la sustracción de un documento con el objeto de inutilizar su valor probatorio deba considerarse como delito de falsedad y no como concurso entre este ilícito y el hurto... Es decir, que la finalidad haría desaparecer los títulos específicos de hurto, robo, estafa, abuso de confianza, etc., cuando el fin último haya sido hacer desaparecer una prueba". Y respecto a los documentos privados: "...cuando una persona sustrae un documento y luego lo destruye, suprime u oculta, se tiene concurso cuando la conducta no se dirige a anular o impedir la función probatoria del documento v. gr. cuando lo sustrae para añadirlo a su colección de documentos raros. Si, empero, trata de vulnerar dicha función, sólo se tiene el delito del artículo 224 y no los de hurto, robo o estafa".

Añade, que no se dio el provecho —elemento esencial del hurto—, pues "cuando existe el apoderamiento de cosa mueble para destruirla, el agente no pretende obtener ese provecho que la naturaleza propia de tal mueble le depara, pues no está buscando su posesión ni su goce". "Cuando el agente se apropie de una cosa mueble ajena y la destruya, incurre en el punible de daño, no de hurto, porque el sujeto no obró con propósito de aprovechamiento material. O en el caso de la sustracción de una cartilla de ahorros con la cual el sujeto agente hace incurrir en error al cajero que le paga ante su presentación, no se daría el delito de hurto en concurso con el de la estafa, por carecer la cartilla de significación económica.

"...cuando el título valor es nominativo —agrega—, vale decir, cuando se expide en favor de una persona determinada, el aprovechamiento económico que busca quien lo sustrae implica una ampliación de la conducta del actor, como inducir a alguien en error mediante artificios o engaños...". En un evento tal, se incurriría en el punible de estafa y no en el hurto, según tesis expuestas por connotados tratadistas como Silvio Ranieri y Francesco Carrara.

"Que la acción de Luis Alberto Maldonado Prieto consistente en sustraerle, mediante mandatario remunerado, a su acreedor las cuatro letras de cambio con el objeto de destruirlas para evitar su cobro, no constituyó delito de hurto por ausencia del elemento objetivo y subjetivo aprovechamiento y por lo tanto el Tribunal de Neiva violó los artículos 349, 350.1 y 351.10, lo mismo que el artículo 26 del C. P., los primeros por dar como existente el delito de hurto calificado y agravado y el último por tener como existente el concurso entre falsedad impropia y el hurto es la conclusión de la demanda, la cua finaliza argumentando que obviamente violó también el artículo 29 de la Constitución Nacional al proferir condena por un delito inexistente y de contera, los artículos 246 y 247 del C. P. P. por ausencia de prueba legal sobre la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del procesado en lo referido al delito de hurto, como ya quedó demostrado".

El segundo cargo de la demanda se refiere a la indemnización de perjuicios, pues para el casacionista el Tribunal confirmó la obligación impuesta de resarcir la suma de $ 4.001.000.00 por los daños y perjuicios causados, fijados por el *a quo* en razón al pago de honorarios profesionales por la constitución de parte civil, la reposición del C.D.T. de la Caja Agraria del Hobo, y aunque sin especificar en que consistía la prueba legal, regular y oportunamente allegada a la actuación (art. 246 del C. P. P.), añadió que la suma incluía el deterioro económico sufrido por Fierro Cuéllar por la pérdida de los cuadernos donde llevaba sus apuntes relacionados con los préstamos efectuados a diferentes personas, quienes han podido aprovecharse de esas circunstancias para su beneficio aduciendo abonos tanto a capital como a intereses.

Además, que tanto los honorarios como la reposición del C.D.T. debían regularse como agencias en derecho en el proceso civil, artículos 303 y siguientes del Código de Comercio y 393.2 del Código de Procedimiento Civil; correspondiéndole al juez o magistrado fijarlas y no acoger lo señalado por el representante de la parte civil. De otra parte, que tampoco había lugar a incluir en la suma aludida lo relacionado con la pérdida de los cuadernos, pues la prueba de la deuda estaba representada en la letra de cambio y no en los simples apuntes en libros, que por no estar legalmente registrados, no podían constituir un medio de prueba.

En consecuencia, para el censor no existe la prueba que demuestre los perjuicios ocasionados con la sustracción y destrucción de las letras de cambio relacionadas con la deuda de Maldonado Prieto (las restantes se recuperaron); y ante la falta de demostración del daño

causado, el fallo violó los artículos 246 y 55 del Código de Procedimiento Penal, 103 y 107 del Código Penal y 2341 del Código Civil.

> "Este cargo —termina diciendo la demanda—, relacionado con los perjuicios en cuantía que no serviría para casación en materia civil, se formula por cuanto se ha elevado otro cargo en razón a la calidad de delito que tiene fijada legalmente pena privativa de libertad cuyo máximo excede de cinco años. Por lo tanto de conformidad con el artículo 221 del C. P. P. no se trata de recurso de casación que tenga por objeto únicamente lo referente a indemnización de perjuicios".

La petición se encamina a que la Corte case parcialmente la sentencia y modifique —en el primer cargo— lo relacionado con el delito de hurto, dejando en firme lo atinente a la falsedad impropia, y fije la pena respecto a este delito teniendo en cuenta la rebaja por confesión. En el segundo cargo, impetra que se anule la condena del numeral cuarto relacionada con la indemnización de perjuicios.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que a la formulación del primer cargo el casacionista le dio un manejo inadecuado, dejando de precisar si la violación de la ley sustantial se hizo de manera directa o indirecta, y desarrollando luego la censura respecto de las mismas pruebas bajo diversas formas de violación, porque de una parte adujo un supuesto error de hecho en la apreciación de las indagatorias de Maldonado Prieto y Arquímedes García (falso juicio de identidad por distorsión o tergiversación), pero al mismo tiempo argumentó que no se tomaron en cuenta las versiones libres y espontáneas de los procesados (error de hecho por falso juicio de existencia).

También se dijo que esos medios probatorios fueron mal interpretados, al sostener que para el *ad. quem* los inculpados pretendían obtener el provecho económico derivado de la posesión o uso del formato en el que consta el título valor, siendo que aquellos sostuvieron en sus versiones que su único interés era el de apoderarse de las letras de cambio para destruirlas. El censor de esa manera atentó contra el principio de no contradicción, pues mal podía argumentar que la prueba no se apreció, y luego afirmar que sí fue tenida en cuenta, pero que se le dio un alcance equivocado.

Otra falla más protagonizó el actor al proponer dentro del mismo cargo la violación al artículo 29 de la Constitución, ya que el ataque correspondería a la nulidad por violación al principio de legalidad, debiendo agregarse a esta falta de técnica la omisión de los elementos de juicio en que fundamentaba su reproche, y aquellos que permitieran determinar a partir de qué momento debía reponerse la actuación.

Muy a pesar de lo anterior, y dado que se plantea la atipicidad de una de las conductas por las cuales se impartió condena, la Delegada considera que aún podría la Corte casar oficiosamente la sentencia de acuerdo a los preceptos del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, pasando por ello a hacer el siguiente análisis:

Es evidente que el Tribunal se equivocó al subsumir la conducta en el tipo penal del hurto por el apoderamiento de una cosa mueble (letra de cambio) que ordinariamente no posee valor económico, fincándolo en los $ 400.000.00 que los mandantes pagaron para que los títulos valores fueran sustraídos. De otra parte, la obtención de provecho patrimonial la radicó en que de esa manera los acusados querían evitar que el acreedor pudiera iniciarles un proceso ejecutivo siendo entonces:

> "Dos los elementos del tipo penal sobre los cuales se centra la controversia: El objeto material (cosa mueble), y el ingrediente subjetivo (propósito de obtener provecho para sí o para otro).
>
> "En relación con el primero, ha insistido la doctrina que la cosa mueble, para ser considerada objeto material del hurto, debe tener necesariamente una significación económica. En este orden de ideas, las cosas sin valor patrimonial o que sólo posean un valor económico ínfimo, no constituyen objeto material de este delito, por su precaria trascendencia en términos monetarios.
>
> "Esto significa que el objeto material en el delito de hurto debe ser una cosa en el sentido físico (que tiene naturaleza corpórea y puede ser percibida por los sentidos), y en el sentido económico (que puede ser sometida al dominio del hombre y es apta para satisfacer necesidades).
>
> "Trasladadas estas premisas al caso concreto, se debe indicar que un documento en el cual se incorpora un derecho patrimonial, no se considera para efectos jurídico-penales, una cosa mueble susceptible de ser objeto material del delito de hurto, pues no obstante su naturaleza corporal, no es potencialmente útil en sí mismo para la satisfacción de necesidades, o sea de los intereses de una persona determinada (individuo, o colectividad, persona física o jurídica).
>
> "El hecho de que los mandatarios hubieran cancelado $ 400.000.00 por la sustracción de los títulos valores, no significa, como erróneamente lo estimó el Tribunal, que los documentos tengan ese valor económico, pues el monto que se cancele por su apoderamiento no puede confundirse con el precio (valor comercial) de la cosa, ni mucho menos con su aptitud intrínseca para satisfacer las necesidades del hombre.

"Frente al ingrediente subjetivo, el Tribunal *ad quem* consideró que Maldonado y García actuaron con ánimo de obtener provecho económico, pues mediante el apoderamiento de los títulos valores pretendían evitar un proceso civil que afectara sus bienes. Nuevamente se equivoca el juez plural en el análisis de este elemento del tipo penal, pues el provecho ilícito al que se refiere la norma es el que emana del objeto material de la conducta delictiva, es decir, el provecho patrimonial que deriva de la posesión, uso, goce o disfrute del objeto hurtado, lo cual no incluye, desde luego, el beneficio económico que se persigue con el apoderamiento y posterior destrucción de unas letras de cambio que respaldan una obligación a cargo de quien las sustrae.

"De conformidad con lo anterior, se observa palmariamente que Maldonado Prieto no puede considerarse determinador del delito de hurto, pues este hecho punible no se configuró en el caso examinado, toda vez que el objeto material y el ingrediente subjetivo de la conducta, no se adecúan a la descripción prevista en el artículo 349 del Código Penal, y por tanto, la conducta es atípica.

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

Insistiendo en que el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal otorga a la Sala competencia para ingresar de oficio a superar el yerro que avisa, la Procuraduría solicita de la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, dictando en su reemplazo fallo absolutorio favorable a los procesados por el delito de hurto, dejando incólume la condena por el de delito de falsedad por destrucción en documento privado.

Respecto del segundo cargo, el Ministerio Público sostiene que no le asiste razón al libelista al afirmar que si bien su reclamación no cumple con los requisitos de la casación civil, debe estudiarse en razón a que se acompaña de otro cargo enderezado respecto de un delito cuya pena máxima si excede los 5 años de prisión (y aún hoy alcanza los 6 años que señala la Ley 81 de 1993 aclara la Sala); porque ello daría lugar a que se presentaran situaciones inaceptables como el planteamiento de cargos sin sentido en relación con la responsabilidad del procesado, sólo para que marginalmente se estudie una segunda

censura adosada y ajena a los requisitos exigidos por la casación civil para el reclamo de perjuicios. Sobre este aspecto añade:

> "Es por ello, que esta disposición debe entenderse en otro sentido: Es decir, que si el recurso de casación tiene por objeto otros aspectos de la sentencia, además de la condena en perjuicios, es menester que exista cierta vinculación o relación directa entre el primer cargo, en el cual si se cumplen los requisitos de procedibilidad, y el segundo, que no se ajusta a los parámetros de la casación civil.
>
> "Ello ocurre, por ejemplo, cuando se pretende en un primer cargo que se varié la calificación del hecho punible para lograr que ello incida también en una tasación más favorable de los perjuicios que se controvierten en el segundo ataque.
>
> "En el caso concreto, se observa claramente que los dos cargos presentados por el libelista tienen objetos de censura totalmente distintos, y en consecuencia, el segundo ataque no procede por no cumplir con los requisitos de la casación civil".

Cualquiera sea el caso, considera la Delegada que la pretendida absolución por el delito de hurto en nada afecta la tasación de honorarios profesionales que cobró el abogado para constituirse en parte civil y la reposición del C.D.T. o el daño causado por la destrucción de los libros del prestamista, por ser igualmente inherentes al punible de falsedad por destrucción, que no se hizo objeto de censura.

El concepto remata consecuentemente en la solicitud de que se case parcialmente la sentencia, se absuelva a los procesados por el delito de hurto, regraduándose la pena por el delito de falsedad, y se confirme la condena en perjuicios proferida por el Tribunal *ad quem*.

Consideraciones de la Corte:

Son tantos y de tal protuberancia los defectos y deficiencias que contiene la demanda de casación en el caso que se estudia, que no a otra conclusión se llega distinta a la de su desestimación, según ha coincidido en apreciarlo la Procuraduría Delegada:

La primera falla que de su lectura asoma pone en evidencia que el demandante no indicó si la invocación que hacía de la causal primera de casación lo era por la vía de la violación directa, porque hallándose conforme con la presentación de los hechos contenida en la sentencia, y con la apreciación probatoria de la instancia, hubiese errado el juzgador en la escogencia de los preceptos legales aplicables, recurriendo al desacertado o desestimando el que correspondía, o si

en su defecto se atenía a la violación indirecta enunciando y demostrando la ocurrencia de errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas.

Si bien es cierto que una omisión de este tamaño aún podría superarse, si de manera clara, precisa y coherente se hubiese hecho el desarrollo de alguna de las dos vías previstas en la primera causal de casación, tal posibilidad se desestima, pues de la forma como lo ha hecho relevante el procurador, aún entendiendo que el ataque se intenta por la vía de la violación indirecta en cuanto la crítica termina encaminada hacia el debate probatorio, tampoco se invocó ni se desarrolló en debida forma la proposición de un error de hecho o de derecho y lo que es peor, dentro de único cargo se entremezclan planteamientos insuperablemente contrarios que entre sí se desnaturalizan y destruyen, impidiéndole a la Sala, restringida por el principio de limitación, entrar en rectificaciones o interpretaciones que pondrían a riesgo un distanciamiento con los términos de la demanda, que es en la impugnación extraordinaria la que de modo insustituible marca los parámetros de todo el análisis y la respuesta de la Corte.

Las contradicciones se tornan insalvables cuando a un mismo tiempo y respecto de las mismas pruebas (las versiones rendidas por los procesados), el libelista dice primero que no fueron tenidas en cuenta por los juzgadores, pero enseguida, que el error se dio en su interpretación, sufriendo en su análisis tergiversaciones.

O se tuvieron en cuenta o se inadvirtieron. Pero cómo entender que hubiesen sido deformadas en su contenido, si no se llegó a reparar en ellas? La demanda no soluciona esta ilogicidad, y mal podría la Corte entrar a suplir sus deficiencias.

Pero la defectuosa presentación no se restringe a lo advertido, porque entre las disposiciones que el censor acusa dentro de esta censura como desatendidas, incluyó el artículo 29 constitucional, cuya pretermisión acarrearía no la adopción de un fallo sustitutivo sino la invalidación misma del proceso, con lo que vienen a plantearse nuevas alternativas insolubles, pues no se comprende cómo dentro de un mismo cargo pueda aducirse que la actuación procesal está viciada, pero que pese a ello pueda proferirse válidamente la sentencia parcialmente absolutoria que se pide.

Un cargo planteado en medio de tan notorias deficiencias técnicas como insalvables contradicciones no puede prosperar.

En la segunda censura es el actor quien de primero advierte que pese a impugnar en ella el monto de los perjuicios fijados como resarcimiento del daño, la cuantía no le habilitaría para demandar en casación. Es por ello por lo que de inmediato añade que esta censura debe interpretarse al lado del cargo precedente, pues ingresando a esta sede por aquella invocación en la que ataca en parte sustancial el fallo de

consiguiente, quedó habilitado para extender la demanda al ámbito del restablecimiento, sin limitantes derivadas o supeditadas a la cuantía.

Sobre el punto precedente, la doctrina de la Sala tiene advertido que:

> "Cuando el delito que motiva el recurso extraordinario reúne los requisitos exigidos para la casación penal ordinaria esto es que se trate de sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal y que el delito que motiva el recurso tenga señalada una pena de cinco años o más de pena privativa de la libertad, como ocurre en el caso que se analiza, el censor podrá atacar la sentencia en los aspectos que a bien tenga, incluidos los perjuicios, sin que en tales circunstancias sea menester que la cuantía de aquellos coincida o sea inferior a la señalada por el legislador como interés para recurrir en casación en el proceso civil. En este caso la censura deberá orientarse bajo el amparo de las causales de casación penal" (Casación penal de junio 25 de 1993, magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas).

Si al darse estos requisitos, el cargo amerita su análisis, tendrá que concluir la Sala en su desestimación, pues no es sólo por la improcedencia del formulado de primero que las alegaciones pierden contundencia, sino que en coincidencia con las razones aducidas por la Delegada, aún si se descuenta la infracción del hurto, las razones del juzgador persistirían, dado que las erogaciones sobre las cuales se hace operante el reconocimiento de perjuicios se justifican con la sola y no impugnada infracción de falsedad y sus consecuencias de detrimento para el patrimonio de la víctima, pues en ellas se consultaron según expresa aclaración del fallo de primera instancia que se remite a los documentos allegados a los folios 414 a 417 del primer cuaderno de originales, los gastos demostrados por concepto de agencias en derecho, comprensivos de las gestiones de reposición del sustraído certificado de Depósito a Término que por la suma de $ 10.560.000.00 fue otro de aquellos que perdió definitivamente el ofendido.

Si el casacionista pretendía como lo anunció en su demanda, que la suma tasada carecía de sustento probatorio, implicando con ello que el juzgador sobrepasó los medios sobre los cuales dedujo esa cuantía, era su obligación entrar a demostrarlo de manera objetiva, pues no podía bastar para lograrlo su sola afirmación en tal sentido.

Pero es más: También aquí confunde el actor los errores de hecho y de derecho, pues si el falso juicio de existencia propuesto de primero hace parte de aquellos, la controversia sobre la validez o no de los documentos aportados por la parte civil como soporte de los gastos implicaba la proposición de un error de derecho por falso juicio de legalidad que no podía coincidir en cargo único con el error de hecho, por la contradicción que surge entre una y otra clase de errores cuando

refieren a los mismos medios, pues, o no existe materialmente la prueba documental y la equivocación se da al suponerla, o existiendo, no puede considerarse o tenerla como base del fallo proferido, por la ilegalidad de su decreto, aducción o práctica.

Tampoco el segundo cargo está llamado a prosperar.

Ha propuesto la Procuraduría Delegada, según viene de decirse, que no obstante el infortunado planteamiento como el fracaso del cargo primero, debe entrar la Sala a remediar el yerro cometido en el fallo del *ad quem* al condenar por un delito de hurto que no llegó a configurarse por falta de objeto material y de elemento subjetivo, pues a su juicio, la atipicidad de la conducta es evidente, así que mantener en este aspecto el fallo de condena contrariaría el principio de legalidad según el cual nadie puede ser penado sino conforme a una ley preexistente en que se haya descrito la conducta y previsto su sanción.

Para brindar respuesta a esta expresa petición resulta obligado recordar que en efecto el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal faculta a la Corte para casar oficiosamente la sentencia cuando ella atente contra las garantías fundamentales, que por integrar aquel conjunto de principios base de la organización social que constitucionalmente se erige sobre el respeto del Estado y de los individuos entre sí hacia la dignidad humana y todo el conjunto de bienes esenciales que le son ajenos, repercute hacia los trámites judiciales mediante el imprescindible cumplimiento de unos requisitos dentro de los cuales ocupan su sitial de preferencia la legalidad del delito, de procedimiento y de la pena.

Dentro de esta competencia, la revisión que invita la Procuraduría Delegada conduce en efecto a la Sala a la rectificación forzosa de insuperables defectos cometidos, mas no por las razones que vislumbra el pedimento del Ministerio Público sino por causas diferentes.

De regreso, necesariamente, a una sopesación debida de los hechos sometidos al caso bajo examen, cabe destacar que una vez concertados los individuos en quienes confiaron Maldonado Prieto y Esteban Silva Rivera la tarea de apoderarse de los documentos que les interesaban, penetraron de manera arbitraria a la morada del anciano José Antonio Fierro, y con empleo de armas le amenazaron y sometieron para apoderarse contra su voluntad de una cantidad de títulos valores superior en número a los setenta (la sola relación de los recuperados alcanza los 65 documentos y en valor nominal una suma aproximada de veinte millones de pesos), y tres libros dentro de los cuales llevaba el ofendido el registro de sus múltiples y cuantiosas operaciones crediticias

Así se coincida, entonces, con la tesis informal del recurrente que retoma la Procuraduría, en cuanto la sola sustracción de unas letras de cambio y unos cuadernos o libros de anotaciones no puede constituir delito de hurto por la nimiedad del valor material de los bienes

del apoderamiento, cuando con mayor razón no llega a establecerse que entre aquella cantidad de títulos valores existieran algunos ya endosados o al portador que como medios de pago resultasen sucedáneos de la moneda, es lo cierto y real que dentro de las circunstancias en que se cumplió ese alzamiento de efectos coincidieron otras ofensas a bienes diferentes, que al desaparecer el hurto y por lo mismo dejar de integrarse en él como elementos calificadores, recobran su autonomía impidiendo pregonar con el solicitante la atipicidad de ese comportamiento.

Tal ocurre con la penetración clandestina o arbitraria en la habitación del ofendido, hecho descrito y sancionado inicialmente en el artículo 284 del Código Penal y luego en la Ley 23 de 1991 —art. 1º, numeral 2º— calificado como contravención; como también con el sometimiento violento de una persona para obligarla a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, pues de las dos actividades se predica y prueba víctima el anciano Fierro Cuéllar.

De lo anterior se infiere que si en la resolución de acusación se acertó al calificar como constitutiva de falsedad la destrucción de los títulos que no logró la autoridad recuperar en poder de los acusados y por esa infracción se ha proferido la sentencia, nada tendrá que objetar la Corte con relación al trámite antecedente ni a esa decisión definitiva.

Pero si de manera equivocada se califica como hurto la sustracción de unos papeles sin mayor valor material porque el suyo superior correspondía al derecho incorporado, no trasladado ni a los asaltantes ni a sus determinadores quienes tendrían que recurrir a otros actos de falsedad tal vez y de engaño para poder hacerlos efectivos, tendrá que concluir la Sala en que la acción en tal sentido apenas apuntaba a uno de los conocidos por la doctrina como delitos de bagatela, donde el valor del daño patrimonial económico no guarda proporción ni relevancia frente al derecho jurídicamente protegido, factor independiente del valor del resarcimiento que bien podría por superior desproporcionarse, como de la suma pagada al autor material como precio de la delincuencia, que con notorio error pretendió equiparar el Tribunal *ad quem* como cuantía del objeto material.

Siendo ello así, erró la resolución acusatoria ciertamente, mas no como lo indica la delegada teniendo como típico un comportamiento que no lo era, sino por calificar equivocadamente esos hechos como hurto, cuando tan solo configurarían una violación domiciliaria y un constreñimiento ilegal, yerro que al obstruir la debida congruencia entre la acusación y la sentencia se hace constitutivo de infracción al debido proceso.

Como reposición de la actuación y por quedar sometidos a distintas competencias, de hallarse aún vigente, para el conocimiento de la contravención se expedirá copia pertinente con destino a las autorida-

des de Policía, y duplicados a la Unidad de Fiscalía que corresponda, con miras a la valoración de la conducta contraria al artículo 276 del Código Penal.

La decisión que oficiosamente se anuncia repercute necesariamente sobre la tasación de la sanción prevista para los acusados, que sólo ha de perdurar respecto del delito de falsedad por destrucción de documentos privados. Siendo ello así y sin distanciamiento en los parámetros que por respeto al artículo 31 constitucional tuviera en cuenta la primera instancia, a Luis Alberto Maldonado Prieto y Esteban Silva Rivera les corresponde el mínimo previsto en el artículo 224 del Código Penal equivalente a un (1) año de prisión, reducido en una tercera parte por confesión, para un total de ocho (8) meses; Arquímedes García sólo fue condenado por la falsedad pero en grado de tentativa, reconociéndole la diminuente de la confesión, lo que equivale a una imposición de cuatro (4) meses de la misma pena.

Guillermo Medina Camacho y Wilmar Cárdenas Granados sólo fueron condenados por el cargo de hurto, de modo que la anulación de la actuación a ese respecto inhibe retomar en su caso el tema de la pena.

Las penas accesorias impuestas a los tres condenados por falsedad quedarán parejamente reducidas a un tiempo igual al de la pena principal, e inmodificable la decisión atinente al otorgamiento de la condena de ejecución condicional, como también al resarcimiento de perjuicios que, como ya se vio, corresponde a una tasación pericial y a la consideración de factores relacionados con la pérdida de documentos, excluyendo tan solo y por ese motivo la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) en que se estimó el valor de los documentos que se dijeron objeto material del hurto.

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: Desestimar la demanda de casación formulada por el defensor del acusado Luis Alberto Maldonado Prieto en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva dentro del presente asunto.

Segundo: CASAR parcial y oficiosamente la sentencia motivo de impugnación extraordinaria, decretando la nulidad de la actuación respecto exclusivamente de lo atinente a los hechos erróneamente calificados como constitutivos del delito de hurto, a partir, inclusive, del auto de agosto nueve de mil novecientos noventa y uno por medio del cual se calificó el sumario.

Tercero: IMPONER como consecuencia a los condenados por el delito de falsedad por destrucción de documento privado (art. 224 del Código Penal) las siguientes penas definitivas:

A los acusados Luis Alberto Maldonado Prieto y Esteban Silva Rivera la pena principal de ocho (8) meses de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Al acusado Arquímedes García Domínguez la pena principal de cuatro (4) meses de prisión, y por el mismo término la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones.

Cuarto: Modificar el quantum de la condena al pago de daños y perjuicios, reduciéndola a la suma de cuatro millones de pesos ($4.000.000.00), dejando en todo lo demás vigente la sentencia en cuanto se refiere al delito de falsedad en documentos.

Quinto: Como consecuencia de la nulidad decretada, ordénase la reposición de lo actuado en lo referente a los cargos por infracciones contra la autonomía personal, para lo cual se expedirán las copias de lo pertinente con destino a las autoridades competentes para proveer la calificación respectiva.

Cópiese, notifíquese, 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 Cordillo Lombana, Secretario.

VERSION LIBRE / FALSEDAD EN DOCUMENTO

Rindiendo la versión libre e injurada que autoriza el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal, difícilmente podrían interpretarse las inexactitudes o mentiras consignadas por el enterante como constitutivas de infracción penal, porque ajena esa pieza a un valor probatorio salvo el caso de convertirse en confesión, llevarla a los extremos de exigir en ella la verdad, sería contrariar para el imputado la garantía constitucional prevista en el artículo 33 superior, según la cual no está obligado a auto incriminarse, ni a acusar a su esposa, compañera permanente o su parentela más allegada. / Cosa distinta ocurre si en el curso de esa intervención o de la indagatoria el imputado ofrece o pide tener como prueba documental unos escritos que guardando identidad como medios probatorios de naturaleza pública y privada se concluyen apócrifos, porque autorizado legalmente a intervenir independientemente del abogado que lo represente y a pedir o aportar medios de prueba, su compromiso como parte le vincula con el deber de lealtad que en un caso como el de la hipótesis llevaría a imputarle, cuando menos, la adecuación de su comportamiento al tipo de la falsedad previsto y sancionado por el Código Penal en su Libro 2º, Título VI, Capítulo Tercero.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 044.

Vistos:

Decide la Corte sobre el mérito de la presente actuación preliminar, así como la validez de algunas de las decisiones adoptadas dentro de la misma por la Fiscalía 35 de la Unidad de Previas y Permanentes de Santafé de Bogotá, de la cual procede el expediente.

Actuación procesal:

La Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación adelantó averiguación disciplinaria en contra del senador Jorge Tadeo Lozano Osorio, pero advirtiendo que podía hallarse incurso en un presunto enriquecimiento ilícito, dispuso remitir copia de aquella actuación con destino a la Corte.

El magistrado a quien le correspondió actuar como ponente cumplió con la valoración del caso concluyendo en inhibición de la instrucción, pero atendiendo solicitud del Procurador Segundo Delegado en lo Penal dispuso mediante auto de diciembre 1º de 1992 la expedición de copias para investigar por separado los posibles delitos de peculado, falsedad y fraude procesal, considerando que este último se habría

> "...materializado en el hecho de haber el doctor Lozano Osorio aportado en su versión libre ante la Corte varios comprobantes de egreso presumiblemente inveraces"

relacionados con el recibo de arriendos durante los años de 1990 y 1991 por el alquiler que hiciera su compañera doña Julia Raquel Rueda de un inmueble de su propiedad a la emisora La Voz del Chocó.

De esta última conducta vino a ocuparse la presente averiguación, y como se refiriera a una conducta y una época dentro de las cuales el imputado carecía de aforamiento, recibidos los duplicados y asignados a la Fiscalía 35 de Previas y Permanentes, allí se decretaron y allegaron testimonios y documentos considerados necesarios para agotar la etapa preliminar, concluyendo su valoración en que los documentos aportados por el doctor Lozano ante la Corte resultaban ciertos y reales, así que procedía inhibir, como así lo hizo mediante auto de noviembre 24 de 1993, la apertura de nueva instrucción.

No estuvo de acuerdo con esta decisión la Procuraduría Quinta en lo Judicial que la recurrió en reposición y subsidiaria alzada, pero luego varió su pedimento a una solicitud de nulidad por incompetencia, atendiendo el fuero sobreviniente del imputado, quien asumió funciones de senador a finales de 1993.

La Fiscalía acogió de las dos proposiciones la segunda, y mediante providencia del 13 de diciembre último invalidó el auto inhibitorio, remitiendo las diligencias a la Corte.

Recibida la actuación en esta Corporación y confirmada la calidad del imputado como aforado en cuanto a partir del 10 de noviembre de 1993 asumió como senador de la República en reemplazo del trágicamente fallecido doctor Darío Londoño Cardona, e independientemente de la validez de las determinaciones adoptadas por la Fiscalía sobre las cuales se ha de referir la Sala más adelante, procede reseñar los resultados de la actuación preliminar que dentro de su competencia

había logrado acopiar el instructor, dada la incidencia que las mismas muestran para la determinación que ha de adoptarse:

—Mediante la verificación de inspecciones judiciales, la Fiscalía estableció primeramente que la casa localizada en la carrera 6ª de Quibdó, número 25-08 tiene construida una segunda planta, que de ese inmueble aparece como propietaria la señora Julia Raquel Rueda, y que esa parte del inmueble se halla arrendada a la asociación "Comunicar" gerenciada por Jorge Tadeo Lozano, y en ella funciona la emisora La Voz del Chocó.

En nueva constatación con asistencia de perito del Cuerpo Técnico de Investigación se complementó la información anterior verificando en la sede de la emisora y con la participación de la contadora María Luisa Parra Murillo la existencia de comprobantes de egreso por concepto de alquiler del local sede de la radiodifusora correspondientes a los meses de diciembre de 1990 a enero de 1992, firmados y con sello de cancelación, enteramiento complementado por la respuesta del perito que se agrega al folio 238, donde incluye como observación adicional el hecho de que tan sólo el último de los recibos pudo cruzarlo con los libros contables, pues los anteriores libros auxiliares no le fueron exhibidos con la explicación de haber sido deteriorados por la humedad.

—Testimonialmente declararon Alvaro Rodríguez Roa y Epifanio Copete explicando que inicialmente el propietario del inmueble donde funciona La Voz del Chocó había sido el señor Bernabé Rueda quien luego lo negociaría con su hija Julia a quien conocen como dueña, agregando que la emisora le perteneció hasta el año de 1986 a la Cadena Líder de Colombia, siendo adquirida por entonces entre varios inversionistas, entre ellos los testigos Rodríguez Roa y Copete, la entidad Fundar y el imputado doctor Lozano Osorio como mayor inversionista, aspectos que todavía apoya el declarante Alfredo Lozano, hermano del aforado, añadiendo que hacia el año de 1990 Fundesco trató de adquirir los derechos de Fundar en la empresa de radiodifusión.

La señora Julia Raquel Rueda asegura que desde hace 19 años hace vida conyugal con el parlamentario, y que es efectivamente la propietaria del segundo piso del inmueble 25-08 de la carrera 6ª de Quibdó que terminó de construir mediante crédito que le otorgó el Banco Central Hipotecario sobre terrenos del dominio de su padre. Se dijo además dueña del colegio SENAP y coducña con el senador Lozano de un lote de terreno en el corregimiento de Samarindó, pero sin inversión ni derecho sobre la emisora, de la cual sólo recibe dineros por concepto de alquiler desde el año de 1989, sumas que le entrega la tesorera de la arrendataria e invierte en el pago de su crédito ante el Banco Central. Aclara que originalmente el inmueble tuvo la nomenclatura 25-14 y que con ese dato obtuvo el préstamo bancario, y que ante el Banco del Comercio se acreditó dueña del inmueble donde funcionaba la emisora, pero no de la emisora en sí, porque en realidad

no le pertenece, como tampoco el establecimiento comercial "Distribuidora de Licores de Antioquia", pues a pesar de haber registrado esa razón social, jamás llegó a funcionar ni a cancelarse su inscripción.

Gildardo Figueroa Rentería, director de La Voz del Chocó, locutor y periodista, asegura bajo juramento que la emisora es de propiedad de los ya citados Lozano Osorio, Rodríguez y Copete Alvarez, ratificando la existencia de contrato de alquiler sobre el piso que ocupa esa radiodifusora, por lo menos desde 1990.

Otra de las allegadas a la radiodifusora como secretaria y tesorera, doña Luisa Rivas de Ortega, informó que su vinculación con esa empresa se inició desde el año de 1986, y por lo mismo sabe y le consta que originalmente operó en la primera planta del inmueble de la calle 25 con carrera 6ª, pero que allí la humedad deterioró los libros de contabilidad debiendo trasladarse a la segunda planta, y que como las cuentas de la entidad se encontraban invariablemente en sobregiro, el pago de los cánones se realizaba en efectivo, pasando los comprobantes luego de su elaboración a manos de la contadora María Luisa Parra Murillo. Reconoce como suya la firma que aparece en los documentos aportados por el imputado en su versión libre ante la Corte en la casilla de "preparado" y bajo la sigla LUDEOR, reconociendo también la firma de la contadora señora Parra como auditora y las iniciales de Gildardo Figueroa como encargado de la aprobación.

—De la inscripción de la contadora Luisa Parra ante el Ministerio de Educación Nacional da fe la copia de su tarjeta profesional allegada al folio 52 de estas diligencias y de su aval profesional sobre la realidad de la operación contable que acreditó el doctor Lozano ante la Corte da fe como aparece con el respaldo de su firma en certificaciones que aparecen en los folios 50 y 51 de estas diligencias, con el respaldo a folios 53 a 56 de copia autenticada de los mismos documentos allegados por el imputado en su versión preprocesal.

—Otros documentos de importancia para el esclarecimiento de los hechos aparecen a los folios 89 y 90: Copia formal de la escritura 236 de la Notaría Única de Quibdó de mayo 19 de 1986 que acredita a Julia Raquel Rueda como compradora de la segunda planta del inmueble de la calle 25 esquina con la carrera 6ª de Quibdó, números carrera 25 número 6-05 y carrera 6ª número 25-16 según certificación predial anexa; folios 94 y siguientes, escritura de constitución de hipoteca de septiembre 16 de 1986 otorgada por Julia Raquel Rueda como parte hipotecante al Banco Central Hipotecario sobre el inmueble de la calle 25 esquina con la carrera 6ª número 25-14, y 66 y siguiente, copia auténtica de la Resolución número 5852 de diciembre 16 de 1986 expedida por el Ministerio de Comunicaciones autorizando la cesión o transferencia de los derechos de concesión otorgados a "La Voz del Chocó" de la ciudad de Quibdó, a favor de la "Fundación para el Desarrollo del Chocó" —FUNDAR—; del doctor Jorge Tadeo Lozano;

del doctor Alvaro Rodríguez Roa y del señor Epifanio Alvarez Copete, obligando a los cesionarios a suscribir el nuevo contrato de concesión, una vez formalizado el de cesión con los anteriores adquirentes, requisitos al parecer todavía pendientes.

Consideraciones de la Sala:

1. La demostrada revinculación del imputado doctor Lozano Osorio como senador a partir del 10 de noviembre próximo pasado indica que la competencia de la Corte por razón del fuero sólo asomó a partir de esa fecha, y como obvia consecuencia, que lo actuado por la Fiscalía hasta antes de ese momento se asiste plenamente de valor.

De lo anterior emerge que cuando se emitió el auto inhibitorio de noviembre 24 de 1993, ya para entonces el Fiscal 35 Delegado de la Unidad de Previas y Permanentes carecía de competencia para adoptarlo, viéndose entonces afectado de nulidad ese pronunciamiento, de conformidad con la causal 1ª del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Y si el conocimiento del asunto debía pasar desde entonces a la Corte en obedecimiento del mandato expreso del artículo 68 del Decreto 2700 de 1991, también se ve con claridad que mucho menos le asistía razón ni competencia a la Fiscalía para proferir aún su nuevo auto de diciembre 13 en el que invalida lo allí surtido a partir de la decisión inhibitoria, pues el decreto de nulidad sólo le corresponde proferirlo, como es obvio, al funcionario competente, y no a quien viene precisamente de reconocerse legalmente ajeno al asunto.

Con vista en este breve razonamiento será claro que la primera decisión a adoptar por parte de la Sala guarda relación con la necesidad de invalidar formalmente lo actuado por la Fiscalía 35 Delegada de la Unidad dos previa y permanente dentro del presente asunto, a partir, inclusive, del auto de noviembre 24 de 1993, mediante el cual se inhibió de abrir investigación penal con relación a los hechos que son materia de esta actuación preliminar. Así habrá de decretarse.

2. Como de la argumentación expuesta surge que el diligenciamiento previo adelantado por la Fiscalía se verificó con ceñimiento a la ley, resulta procedente entrar a sopesar su mérito con miras a decretar o no la apertura de la correspondiente instrucción, decisión que asoma como consecuencia de las siguientes consideraciones:

2.a) El aviso de infracción que dio sustento a la iniciación de estas diligencias tuvo que ver con la intervención que sin formalidad de juramento realizó el doctor Lozano Osorio ante el Despacho del magistrado de esta Sala de Casación doctor Guillermo Duque Ruiz, el día 27 de agosto de 1992, pues indagándose allí un posible enriquecimiento ilícito, a fin de esclarecer la fuente de unos ingresos hasta

entonces no debidamente justificados y percibidos en época en que se desempeñaba como parlamentario, el aforado presentó un total de diez recibos relacionados con el pago de cánones de alquiler en favor de su compañera Julia Raquel Rueda y referentes al arrendamiento dado por ésta a La Voz del Chocó, del local que le sirve como sede.

2.b) Concretado de este modo el cargo bajo la sugerida calificación de fraude procesal, una primera aclaración obliga para indicar que dada la naturaleza de la intervención surtida por el doctor Lozano Osorio ante la Corte, rindiendo la versión libre e injurada que autoriza el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal, difícilmente podrían interpretarse las inexactitudes o mentiras consignadas por el enterante como constitutivas de infracción penal, porque ajena esa pieza a un valor probatorio salvo el caso de convertirse en confesión, llevarla a los extremos de exigir en ella la verdad sería contrariar para el imputado la garantía constitucional prevista en el artículo 33 superior, según la cual ni está obligado a autoincriminarse, ni a acusar a su esposa, compañera permanente o a su parentela más allegada.

Cosa distinta ocurre si en el curso de esa intervención o de la indagatoria el imputado ofrece y pide tener como prueba documental unos escritos que guardando idoneidad como medios probatorios de naturaleza pública y privada se concluyen apócrifos, porque autorizado legalmente a intervenir independientemente del abogado que lo represente y a pedir o aportar medios de prueba, su compromiso como parte le vincula con el deber de lealtad que en un caso como el de la hipótesis llevaría a imputarle, cuando menos, la adecuación de su comportamiento al tipo de la falsedad previsto y sancionado por el Código Penal en su Libro 2º, Título VI, Capítulo Tercero.

Hechas las anteriores advertencias, vale advertir que como conclusión de los distintos medios allegados sólo asoma la de que los escritos allegados por el doctor Lozano en su versión sin juramento encontraron suficiente respaldo de verdad dentro de estas preliminares, haciendo improcedente entrar a iniciar una averiguación penal encaminada a reprimir un hecho sabidamente atípico.

En su totalidad, los elementos allegados y en esta providencia analizados indican la existencia del contrato de alquiler en cuanto a las partes contratantes, el objeto, el canon y hasta su cumplimiento, extremos que debidamente soportan como verdad los escritos reprochados:

Los comprobantes de pago de arriendos identifican ante todo la existencia de un inmueble objeto del contrato, la presencia de un arrendador y un arrendatario, la voluntad de obligarse y de asumir deberes de contenido patrimonial recíproco, y finalmente, la ejecución y cumplimiento del convenio, según termina por certificarlo una profesional fedataria en materia contable.

Que el inmueble localizado en la carrera 6ª número 25-08 de la ciudad de Quibdó existe realmente lo confirmó mediante inspección la Fiscalía 8ª de esa ciudad en cumplimiento de comisión que le fuera conferida por el funcionario que adelantaba la indagación preliminar en esta capital, adicionándose la información para afirmar que allí mismo fue localizada y funcionando la emisora La Voz del Chocó —fl. 118—.

Que quien detenta la posesión con ánimo de señora y dueña del inmueble no es La Voz del Chocó sino la señora Julia Raquel Rueda es otro hecho demostrado testimonial y documentalmente, pues a él refieren no solamente las versiones de las personas que ya en esta providencia fueron destacadas, sino además la documentación relacionada con el crédito bancario que permitió a la compañera del doctor Lozano la construcción de la segunda planta.

En la solicitud de la Procuraduría para que se iniciara esta averiguación y luego en la alegación encaminada a la revocación del auto inhibitorio de la Fiscalía se sugiere que el contrato de alquiler debió ser simulado, pues la señora Julia Raquel se presentaba como dueña de la emisora en una solicitud de crédito bancario, así que mal podría cobrarse así misma arrendamientos por un local que a ella misma le servía.

Las diligencias realizadas demostraron que ni ante el Ministerio de Comunicaciones ni con posterioridad a la resolución de esa entidad autorizando la cesión de la radioemisora figura la señora Rueda Guerrero como propietaria o accionista de "La Voz del Chocó", sin que una afirmación en tal sentido incluida en una solicitud de crédito pueda otorgar derechos que en ninguna otra forma o por ninguna otra persona se le reconocen. La explicación que de esa circunstancia y para estas preliminares dio doña Julia Raquel vino a decir que sólo pretendía presentarse ante el banco como dueña del local mas no de la emisora, pero lo cierto es que en la solicitud se lee claramente en la casilla "clase de negocios propios": Colegio y Emisora.

Si la solicitante le mintió total o parcialmente al banco, en cuanto directamente no tenía el dominio de la radiodifusora pero sí su marido la mayoría de las acciones, no es punto que interese establecer en estas diligencias. En ellas interesaba establecer y así ha ocurrido, que la emisora no le pertenecía pero sí el local donde esa instalación funciona, porque de allí asoman los extremos suficientes para abonar como real y cierto el contrato de alquiler.

Ahora bien: Pretender que por tratarse de un negocio en el cual su concubinario tiene la mayoría de las acciones no hay lugar al pago de arriendo es evento del cual no participa esta colegiatura, porque así se presente como sociedad de hecho la conformada por los doctores

Lozano y Rodríguez, con el señor Alvarez Copete y con FUNDAR, es innegable que tanto de utilidades como de costos o erogaciones entran a participar uno y otros, sin que sea obligación de la señora Julia Raquel la de aportar gratuitamente un local para el funcionamiento del negocio, así que razonablemente se ofrece que por la facilitación del piso haya de percibir utilidades, sobre las cuales certifica, como la ley le da la obligación y facultad de hacerlo, la contadora María Luisa Parra, mediante documentos que no alcanzan prueba que los demerite.

Así las cosas, si la opción actual queda restringida a la posibilidad de que el doctor Lozano Osorio en otras de sus afirmaciones le haya mentido a la Sala, haya incurrido en contradicciones o en acomodaticia o tergiversada presentación de otros hechos, como insiste en sostenerlo la Procuraduría en el escrito con el cual intentó que se infirmara el auto inhibitorio del fiscal, resulta de toda claridad que esos hechos indiciarios tienen lugar para su controversia al interior de aquellas diligencias que bajo la precariedad de un auto inhibitorio le archivó la Sala al aforado con ponencia del magistrado doctor Guillermo Duque, o en las averiguaciones de los presuntos delitos de peculado o falsedad para los cuales se expidieron copias, pero en nada abonan ni inciden para que aquí se entre a iniciar una investigación que en cuanto atañe con la expresa conducta del aforado en versión libre no la amerita.

Tampoco encuentra la Sala fundamento ni motivo para la expedición de copias de esta actuación que se insinúa por la procuradora ante la Fiscalía remitente, quedando con el conocimiento que permite esta providencia, a juicio de los respectivos magistrados sustanciadores la posibilidad de disponer el traslado de los elementos que estimen útiles, de darse a su juicio esa necesidad.

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

Resuelve:

Primero: Abstenerse de abrir investigación penal en contra del aforado doctor Jorge Tadeo Lozano Osorio, frente a los cargos que por los delitos de fraude procesal y falsedad en documentos ameritaron esta actuación preliminar.

Segundo: Abstenerse de expedir las copias que insinúa la Procuradora Quinta en lo Judicial Penal ante la Fiscalía 35 Delegada de la Unidad Segunda de Investigación Previa y Permanente, y

Tercero: Disponer que en firme esta providencia, se archive la actuación.

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.

RECURSO DE HECHO

El recurso de hecho demanda su sustentación ante el superior del funcionario que profirió la providencia, conforme lo establece el artículo 209 del C. de P. P. / Este silencio del recurrente impide a la Sala conocer las razones de su inconformidad, y trae como consecuencia que esta Corporación deseche el recurso, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 209 del C. P., que expresamente establece que "...si el recurso no se sustenta dentro del término indicado se desechará...".

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 44, abril 27 de 1994.

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre el *recurso de hecho* interpuesto por el abogado defensor de *Armando Fontalvo Lopera*, contra el auto del Tribunal Superior de Barranquilla de fecha marzo ocho de 1994 y mediante el cual se inadmitió el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por dicho Tribunal.

Antecedentes:

Mediante sentencia del tres de febrero del año en curso, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, obrando como juez de segunda instancia, condenó a Armando Fontalvo Lopera, a la pena principal de un (1) año de prisión como autor responsable del delito de fraude procesal, definido en el artículo 182 del C. P.

Contra la anterior decisión interpuso oportunamente el recurso extraordinario de *casación* el defensor del procesado, impugnación que fue declarada inadmisible por el Tribunal, mediante auto del ocho de

marzo de 1994, por considerar la Corporación, que por tratarse de un proceso adelantado por un delito que no tiene como sanción una pena privativa de la libertad igual o superior a seis (6) años, no era susceptible de impugnación extraordinaria.

Se considera:

Si bien el recurso de hecho se interpuso en oportunidad, es lo cierto que este medio impugnaticio demanda su sustentación ante el Superior del funcionario que profirió la providencia, conforme lo establece el artículo 209 del C. de P. P.

Señala el citado precepto, que dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias "...deberá sustentarse el recurso con la expresión de sus fundamentos...", deber que omitió el recurrente en el caso de estudio, quien guardó silencio durante el término de la sustentación como lo certifica el señor secretario de la Sala de Casación Penal de la Corte.

Este silencio del recurrente impide a la Sala conocer las razones de su inconformidad, y trae como consecuencia que esta Corporación deseche el recurso, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 209 del C. P., que expresamente establece que "...si el recurso no se sustenta dentro del término indicado se desechará...".

Sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, DESECHA EL RECURSO DE HECHO interpuesto contra el auto del 8 de marzo de 1984, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, inadmitió el recurso extraordinario de casación interpuesto dentro del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina 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.

INIMPUTABILIDAD

Quien se halle condenado como inimputable, no sólo debe ser sometido a un tratamiento especializado, sino que periódicamente ha de evaluarse su comportamiento por los forenses, pues de su recuperación depende la suspensión o la extinción de la medida de seguridad impuesta.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 044.

Vistos:

El apoderado de *Belisario Moreno Moreno*, solicita "se ordene la realización de un nuevo dictamen psiquiátrico, con el fin de establecer la actual condición mental del procesado", sin especificar cuál la razón del mismo.

Consideraciones de la Corte:

Quien se halle condenado como inimputable, no sólo debe ser sometido a un tratamiento especializado, sino que periódicamente ha de evaluarse su comportamiento por los forenses, pues de su recuperación depende la suspensión o la extinción de la medida de seguridad impuesta.

Como quiera que con fecha 15 de diciembre de 1993, el Instituto de Medicina Legal, emitió dictamen sobre la evolución del procesado y concluyó que "el tiempo de abstinencia de licor que ha tenido el examinado, al igual que el tiempo, y la cantidad de psicofármacos que el enfermo ha recibido son aún insuficientes y por ello, en la evaluación actual no encontramos mejoría significativa".

"Es necesario que su tratamiento continúe en forma intramural, única garantía para la abstinencia total de licor. Debe además, recibir

tratamiento psicofarmacológico en dosis adecuadas. *Se recomienda evaluación en unos 6 meses".*

Siendo así que Moreno Moreno, según criterio de los médicos legistas debe ser evaluado en seis (6) meses, la petición que eleva su defensor resulta prematura, además que por no indicar los fines propuestos, no puede la Sala desatender las recomendaciones que en el tiempo y la forma deben ser observadas para la plena recuperación del paciente. En tales condiciones, la Corte negará la realización de una nueva valoración hasta tanto no se cumplan las indicaciones del forense.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, DECLARA IMPROCEDENTE la petición del apoderado del procesado Belisario Moreno Moreno, consistente en que se le realice nueva evaluación por parte de la Sección de Psiquiatría del Instituto de Medicina Legal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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.

DEMANDA DE CASACION / PARTE NO RECURRENTE

No se puede en casación enumerar simplemente unos elementos de juicio y catalogarlos de no apreciados por el fallador, y por esta simple razón aseverar a renglón seguido que el sentenciador incurrió en manifiestos errores de hecho. / A la parte no recurrente no le está permitido presentar razones por fuera de la causal y el motivo aducidos en la demanda, sino que debe limitarse a apoyar o a impugnar ésta, pero cuidándose de no hacer alegaciones autónomas e independientes, por la sencilla razón de que no comparece al proceso como recurrente, sino exclusivamente como parte opositora o coadyuvante.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 42, abril 21 de 1994.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 15 de octubre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a los procesados *Uriel Avila Franco* y *Alvaro González Guzmán* a 28 meses de prisión, como coautores del delito de estafa.

Antecedentes:

1. Los hechos que originaron el proceso los resume así el fallo impugnado:

> "Por iniciativa personal de Alvaro González Guzmán se constituyó con personería jurídica la sociedad sin ánimo de lucro denominada Centro de Promotores de Acción y Desarrollo de los Empleados del Banco de Bogotá y Empleados del Fondo Privado del mismo Banco, eligiéndose al prenombrado como su presidente. En tal calidad y autorizado por la Junta Directiva, dicho sujeto adquirió a título de compra-

venta un lote de terreno de 13 fanegadas, ubicado en la población de Utica (Cundinamarca), dentro de la finca 'La Cita' a Uriel Avila Franco y, por el que se pactó como precio la suma de $ 9.700.000.00, en desarrollo del fin social que motivó la constitución de la sociedad en comento. Alvaro González Guzmán procedió a promocionar un Centro Vacacional, prometiendo inicialmente a los empleados del Banco de Bogotá y, posteriormente a otras personas, la venta de lotes en el susodicho terreno, incluyéndose los servicios de bar, restaurante, piscinas, parqueos, acueductos, alcantarillado y luz. Habiendo cancelado los compradores de esos lotes, gran parte de los dineros correspondientes a los precios de los mismos, no obstante ello, Alvaro González Guzmán no sólo incumplió con los objetivos consignados en las negociaciones, sino que también, luego de escriturados los terrenos a los compradores a título de venta, en común y proindiviso, utilizando un documento falso donde se le autorizaba por la Junta Directiva para ello, se allanó a las pretensiones de la demanda instaurada en su contra por Uriel Avila Franco por incumplimiento en el precio del bien inmueble, con la consecuente pérdida del pleito y el perjuicio para los adquirentes del predio. Igualmente, y acudiendo a otras maniobras, obligó a los llamados 'comuneros' a cancelar obligaciones que no habían adquirido en el momento de suscribir las promesas de compraventa" (fls. 39 y 40-7).

A lo anterior cabe anotar:

—Los mencionados González Guzmán y Avila Franco tenían una estrecha amistad.

—Como se dijo, González Guzmán falsificó el acta de la Junta Directiva del referido Centro, de fecha 7 de septiembre de 1984, haciéndose aparecer como autorizado para vender.

—Utilizando ese documento falso, el 27 del mes y año precitados, vendió los lotes a una persona jurídica y 42 personas naturales, negociación hecha mediante escritura 4630 de la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá.

—Avila Franco, ante el incumplimiento en escriturar los lotes y poner los servicios y la "zona social", les dijo a los promitentes compradores que protestaban, no haber recibido dinero alguno por la negociación, estando demostrado en el proceso que sí recibió.

—La hipoteca que se pactó en la referida negociación fue simulada.

—González Guzmán se allanó sin razones a la demanda ejecutiva formulada por Avila Franco en contra del 'Centro' que él representaba.

—Para la promoción y ofrecimiento del aludido Centro Vacacional se utilizó el nombre del Banco de Bogotá, sin que éste hubiera dado la aprobación para ello.

—Ni el Banco de Bogotá ni el Fondo Privado de Empleados del mismo, aprobaron el proyecto de ese Centro Vacacional.

—Se negoció con personas que no pertenecían al Banco de Bogotá ni al Fondo, cosa no permitida.

2. El Juzgado 48 de Instrucción Criminal abrió investigación y practicó varias pruebas, entre ellas la recepción de indagatoria a González Guzmán y Avila Franco, quienes se declararon inocentes de la imputación que se les hacía (fls. 330 y 358).

Se definió la situación jurídica de los sindicados con auto de detención respecto de González Guzmán, absteniéndose el Juzgado de decretar medida de aseguramiento en relación con el otro sindicado (fls. 417 y ss.-1).

Posteriormente, el Juzgado dictó medida de aseguramiento respecto de Avila Franco, por considerarlo partícipe en el delito de estafa (fls. 253 y ss.-2).

3. Por estimarse que existía delito de falsedad en las actas de autorización de la Junta, el proceso pasó al Juzgado Quinto Superior de Santafé de Bogotá, el cual practicó otras pruebas y, cerrada la investigación, calificó la misma por medio de auto del 13 de octubre de 1989 (fls. 371 y ss.-4), con resolución acusatoria respecto de González Guzmán y Avila Franco, al primero por los delitos de falsedad en documentos y estafa, y al segundo por el último de los ilícitos.

Apelada esa providencia acusatoria, el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de proveído del 6 de febrero de 1990 (fls. 84 y ss.-8), la confirmó enteramente.

4. Culminada la audiencia pública (fls. 1 y ss.-5), el Juzgado Quinto Superior dictó fallo del 15 de junio de 1992 (fls. 135 y ss.-6), por medio del cual tomó las siguientes determinaciones:

a) Absolvió a González Guzmán por el delito de falsedad, tras considerar que "no es punible por su inocuidad", ya que los estatutos del "Centro" lo autorizaban para contratar, no siendo entonces imprescindible autorización de la Junta Directiva para esos efectos;

b) Condenó a dicho procesado por el delito de estafa, a la pena principal de 28 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios, concediéndole la condena de ejecución condicional;

c) Absolvió a Avila Franco del delito de estafa por el cual había sido enjuiciado.

Apelaron ese fallo el apoderado de la parte civil, para protestar por la absolución de Avila Franco, y el apoderado de González Guzmán, para reclamar la condena por la estafa.

Al conocer de ese recurso, el Tribunal, por medio del fallo que recurrieron en casación los procesados, resolvió lo que sigue (fls. 39 y ss.-7):

a) Con respecto al procesado González Guzmán confirmó la condena por estafa, pero estimó que de modo alguno la falsedad era inocua, absteniéndose, no obstante ello, de tomar decisión al respecto, por considerar que de condenarse por ese delito contra la fe pública, se violaría el artículo 31 de la Carta Política, como que contra esa decisión concreta nadie se había rebelado;

b) En torno al procesado Uriel Avila Franco, a quien consideró conutor del delito de estafa, revocó la absolución y lo condenó por este ilícito a la pena principal de 28 meses de prisión y multa de doscientos mil pesos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios, otorgándole también la condena de ejecución condicional.

Las demandas:

Demanda a nombre de Alvaro González Guzmán:

Dice el actor:

> "Invoco como única causal de casación la prevista en el inciso segundo del numeral primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (Decreto-ley 2700 de 1991), ya que el honorable Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia condenatoria por el delito de *estafa* proferida en contra de mi mandante, señor Alvaro González Guzmán, viola normas sustanciales por error proveniente de la apreciación de pruebas debidamente aportadas al proceso, más precisamente, por falta de apreciación de pruebas legal y oportunamente recaudadas" (fl. 87, cuaderno del Tribunal).

Anota que en esas condiciones, se aplicó indebidamente el artículo 356 del Código Penal, afirmando al respecto que ese delito no existía, pues no hubo actos engañosos, ya que el procesado cuando promovió la creación del Centro de Promotores, tenía la finalidad de cumplir, es decir, de proporcionar mediante la venta los lotes para dicho Centro Vacacional.

Así, sostiene que el juzgador no apreció los siguientes medios de prueba:

1. Resolución 1588 del 7 de mayo de 1981 (fl. 12-2), por medio de la cual se reconoce personería al "Centro" y se demuestra la legalidad del mismo.

2. "Infinidad de documentos", mediante los cuales se establece el nombre del "Centro" y su individualización (fl. 98-7).

3. Escritura 595 del 27 de octubre de 1983, por medio de la cual se formalizó el contrato de compraventa entre los procesados González Guzmán y Avila Franco.

4. Contrato de construcción del "Centro", tendiente a levantar la "zona social" del establecimiento, tales como piscinas, vestieres, etc.

5. Acta de autorización de la Junta Directiva del "Centro" para comprar terrenos a Avila Franco.

6. Escritura 4630 del 27 de septiembre de 1984, "mediante la cual el Centro de Promotores transfiere a 'Los Comuneros' la propiedad de 59.700 metros cuadrados del terreno denominado 'Pueblo Viejo', que demuestra la voluntad real y efectiva del cumplimiento de Alvaro González hacia los compradores de lotes del Centro Vacacional..." (fls. 90 y 91-7).

7 "La escritura 1014 del 13 de junio de 1984 de la Notaría 17 de Bogotá —fls. 144 a 161 del cuaderno 1— donde el Centro de Promociones vende a Konark Ltda. 28 lotes de valor de un millón de pesos" (fl. 91-7).

8. Acta de constitución de los compradores de los lotes o "comuneros", en la cual consta que el presidente de esa agrupación, doctor Elías Quevedo Díaz, "cedió dos lotes para pagar el embargo que gravaba el inmueble a ellos vendido" (fl. 91-7). También, el acta de posesión del doctor Gustavo Trespalacios, como asesor del "Centro", y donde se le da poder para gestionar la legalización de los lotes.

Esas pruebas, dice el casacionista, de haber sido tenidas en cuenta, habrían conducido a la absolución de González Guzmán, ya que establecían:

1. Que desde su comienzo el "Centro" fue legal y tuvo propósitos "serios y concretos" (fl. 91-7, *infra*).

2. Que los dineros recaudados se utilizaron "en la génesis del proyecto de colonia vacacional".

3. Que "la crisis económica del Centro" se produjo con posterioridad a la factura de las compraventas de los lotes.

4. Que no obstante esos inconvenientes, el procesado González Guzmán hizo todo lo posible por cumplir lo pactado.

Estima el actor que González Guzmán no se comportó dolosamente frente a la estafa y que "diferente situación la constituye la falta de

idoneidad y de capacidad gerencial de Alvaro González para llevar a feliz término el proyecto..." (fls. 92 *infra* y 93-7).

Concluye diciendo que esos errores de hecho manifiestos imponen la casación del fallo y la absolución del procesado.

Demanda a nombre de Uriel Avila Franco:

Dice este casacionista que el sentenciador incurrió "en la causal primera, inciso primero, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de septiembre 30 de 1991), por violación directa de normas de derecho sustancial, esto es, aplicación indebida de los artículos 356, 23 y 26 del Código Penal y falta de aplicación del inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Nacional y de los artículos 1º, 2º, 3º y 21 del Código Penal, en razón a que la conducta del señor Uriel Avila Franco es atípica, no se encuadra ni adecúa, no se subsume en el delito de estafa estructurado por el fallador" (fl. 107-7).

Más adelante agrega el censor: "Sin desconocer en ningún momento los hechos tal y como los apreció el honorable Tribunal, se evidencia a primera vista que, la providencia condenatoria a Uriel Avila, incurre en graves e indiscutibles errores jurídicos, pues la conducta atribuida a éste no tipifica el delito de estafa" (fl. 109-7).

Luego acota:

> "En otras palabras, la circunstancia modal del delito de estafa, los engaños que indujeron a error, son para el honorable Tribunal, además de la promoción mediante vallas y avisos y la utilización del nombre del Banco de Bogotá, la oferta incluida en el precio de los lotes, de servicios públicos y sociales. A su vez, la ilusión y creencia de los compradores era adquirir los lotes junto con lo prometido. Si no hubiese sido así no hubiesen pretendido adquirir y menos hubiesen pagado el precio o parte de él. Vale decir que el motivo que llevó a negociar fue el abrigar la esperanza (término utilizado en la sentencia) de adquirir un lugar para el descanso que incluía servicios y zona recreacional y el modo que se utilizó para captar a esos compradores fue precisamente el ofrecerles dentro del precio de los lotes, los servicios mencionados.
>
> "Esta y no otra es la conducta que se adecúa al tipo penal de estafa, la desplegada ofreciendo mediante vallas, avisos y formalmente, lotes que incluían en su precio servicios y recreación" (fl. 110).

Posteriormente (fl. 111), alega que el fallador incurrió "en una contradicción conceptual y es que el medio engañoso es el punto de unión entre la conducta del sujeto activo y la recepción de esos hechos

por el sujeto pasivo para así desprenderse de su patrimonio en beneficio de aquél, pues si no existe el medio (engaño) el sujeto activo no llega al pasivo y a su vez, éste sin el engaño, no cede su patrimonio, en tratándose del delito de estafa. En el caso *sub judice* la unión entre el desprendimiento patrimonial de los compradores fue la maniobra de promoción y venta de lotes (no otra), igualmente, esa promoción y venta de lotes significó para quien lo hizo (persona diferente a mi defendido) obtener beneficio económico. La relación causa efecto no admite duda, el medio idóneo tampoco. Mi poderdante, tal y como lo acepta el Tribunal, ni promocionó, ni vendió lotes, luego su conducta no fue punto de unión, ni por acción, ni por omisión, para que los compradores se desprendieran de su patrimonio, ni obtuvo de ellos por venta o promoción directa o indirecta, dinero alguno. Luego su conducta no se adecúa al tipo penal estructurado por el fallador. Es atípica".

Enfatiza en que la conducta de Uriel Franco Avila es diversa de la ejecutada por el otro procesado, y que, por tanto, "no pueden asimilarse", toda vez que "la conducta de Uriel Avila Franco no tiene relación alguna con ofrecimiento, promoción y venta del Centro Vacacional y menos su comportamiento produjo el desprendimiento patrimonial de los compradores, no tipifica ni se adecúa al mismo hecho punible descrito por la ley y estructurado por el fallador, de estafa" (fl. 112-7).

Hace algunas referencias doctrinales sobre autoría, y expresa:

> "Acto seguido verifiquemos si en efecto la conducta de mi defendido estructuraría la estafa juzgada. Sin mayor esfuerzo mental concluiremos que suprimida la participación de Alvaro González Guzmán, no se puede establecer autoría en cabeza de mi poderdante Uriel Avila, pues desaparecidos o suprimidos los actos de aquél no se puede hablar de estafa, no sólo porque se tiene que suprimir los actos de promoción y venta de lotes que fueron desplegados por él (engaño), sino también porque desaparecerían los compradores (el sujeto pasivo) y la obtención del provecho injusto (no se hubiesen desprendido de su patrimonio, pues desaparece el vendedor). Uriel Avila, consecuencialmente, no es autor, no es coautor. La norma de la coautoría se le ha aplicado indebidamente. Yendo aún más allá, está descartada toda posibilidad de división de trabajo en el ilícito, pues ésta, si se dio, necesariamente se debía referir a los medios empleados para hacer incurrir en error a las víctimas... pero está probado y aceptado por el *ad quem* que mi poderdante no ejecutó actos de promoción y venta de los lotes, ni en todo ni en parte. Para ser coautor se requiere ser ejecutor (en mayor o menor grado) y mi poderdante no ejecutó ninguno de los actos de engaño que movieron la voluntad de los compradores" (fls. 112 y 113-7).

Sosteniendo, pues, la atipicidad del comportamiento de Uriel Avila Franco, su defensor solicita absolución.

Alegatos:

Dentro del término de traslado previsto en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, alegaron la Procuradora 13 en lo Judicial y el apoderado de la parte civil.

Alegato de la Procuradora 13 en lo Judicial Penal:

Dicha funcionaria demanda la casación parcial del fallo, con el fin de que se absuelva a Uriel Avila Franco, al sostener que en relación con este acusado hay duda de que haya estafado. "Es así como este Ministerio Público considera que el juzgador al apreciar las pruebas cayó en un falso juicio de identidad, pues les dio un alcance objetivo que no tienen" (fl. 123-7).

Expresa que la prueba muestra que Alvaro González Guzmán "trabajó a sus víctimas", motivo por el cual el fallo a su respecto no es objetable.

En cuanto a Uriel Avila Franco indica:

"—No concurre evidencia que permita determinar como probada la comunicabilidad de circunstancias materiales, esto es, las relacionadas con aspectos temporales, modales o espaciales de la conducta típica con eficacia jurídica, las que se comunican a los cómplices que habiéndolas conocido previamente participan en el hecho delictivo. El cómplice responde penalmente en la medida en que sabe cuál es la naturaleza del hecho en que va a colaborar y quiere hacerlo.

"—En el asunto sometido a estudio admitió la Sala que el procesado no intervino, al menos la prueba no lo acredita en la venta de los lotes, dentro de las especiales circunstancias atribuidas a González Guzmán.

"—Ante el incumplimiento por parte del Centro de Promotores, Avila Franco anuncia que iniciará las acciones pertinentes para recuperar sus terrenos.

"—Es del caso anotar que en tratándose de indicios contingentes, dado su carácter, por sí solo no conducen a la certeza absoluta y el juzgador no puede basar en uno de ellos una sentencia condenatoria, les es preciso realizar el examen de conjunto, para, con fundamento en varios de ellos, alcanzar un grado de certeza que le permita la sustentación de un fallo de condena.

"—En consecuencia, no existe en el proceso la prueba plena o completa de la responsabilidad penal del procesado, lo que, evidentemente, constituye un planteamiento propio de la causal primera de casación. Es preciso en este orden de ideas, casar la sentencia recurrida y absolver al condenado Uriel Avila Franco. Es la petición de la suscrita Procuradora Trece en lo Judicial Penal" (fls. 127 y 128-7).

Alegato del apoderado de la parte civil:

1. Se opone a la demanda a nombre de Alvaro González Guzmán:

Dice el alegante en relación con algunas afirmaciones que se hacen en esta demanda: "Aunque acepto lo referente a la promoción y venta de lotes con los servicios de infraestructura es preciso advertir, que de acuerdo con los estatutos de la misma entidad que representaba el señor González, estas operaciones solamente podían efectuarse con empleados del Banco de Bogotá y del Fondo del mismo Banco" (fl. 130-7).

Precisa luego el apoderado de la parte civil:

"Cuando allí se menciona que por falta de recursos se incumplieron las promesas celebradas con Uriel Avila Franco, es hecho sobre el cual la parte civil insistió dentro del proceso que este incumplimiento era simulado y que entre los contratantes González Guzmán y Avila Franco existía acuerdo de voluntades para aparentar lo que en realidad no sucedía"..

Respecto de las pruebas que el actor sostiene ignoradas, expresa:

1. No todos los promitentes compradores eran empleados del Banco de Bogotá o del Fondo de éste. Recuerda cómo la pretendida reforma de los estatutos, tendientes a permitir la venta a particulares, fue improbada.

2. El "Centro" siempre hizo creer que el Banco de Bogotá apoyaba sus negociaciones, lo cual no fue cierto.

3. El Tribunal no guardó silencio en relación con la escritura 595 de 27 de octubre de 1983, mediante la cual a nombre y en representación del "Centro", el procesado González Guzmán compró a Avila Franco el predio, "Mal podía el Tribunal —dice el apoderado— valorar una compraventa que, repito, no fue objeto de cuestionamiento; y por cuanto con ella nada se legalizó, pues pruebas también existen en el proceso en el sentido de que desde 1981 el señor González vendía lo que no tenía" (fl. 132-7, *infra*).

"Pero debo rechazar enfáticamente —dice el apoderado— que el Tribunal —al decir del demandante— no haya valorado estos docu-

mentos, porque implícitamente tuvo en cuenta que el Juez 85 de Instrucción Criminal cuando constató ocularmente los terrenos, observó que las obras de infraestructura (agua, luz y alcantarillado) no existían y que las obras destinadas a recreación (piscinas, restaurantes, campos deportivos) tampoco aparecían".

4. Si la calidad del "Centro" era enteramente legal, "no se entiende la pretensión del casacionista, pues ninguna de las mencionadas actas era indispensable y cuando ellas se crearon fueron sofisma de distracción para lo que de suyo sobraba, pues no hay duda que el señor González como promotor tenía mayor capacidad mental para que sus ocasionales colaboradores avalaran su querer. Así lo reza todo el proceso cuando los testimonios de los compañeros relatan este comportamiento" (fl. 133-7).

Sostiene el apoderado que en estricto rigor el titular sí analizó en conjunto todos esos documentos, los cuales, además, "se encuentran subsumidos en otras conductas y hechos... otros documentos y pruebas con mayor relevancia hicieron que se manejara su análisis de acuerdo con lo que relaciona el fallo" (fl. 134-7).

Concluye el apoderado: "Honorables magistrados; la verdad apareció cuando los procesados inconformes con la sentencia dictada se contradicen en sus pretensiones y aceptan cínicamente que uno no pagó y el otro recibió, es decir, que desde el año de 1985 siempre ocultaron en connivencia la verdad, es decir, que ladinamente soportaron las consecuencias del proceso prevalidos de los precarios resultados en su contra" (fls. 134 *infra* y 135).

Solicita, entonces, que se rechace la demanda de casación.

2. Se opone a la demanda a nombre de Uriel Avila Franco:

En el aparte pertinente dice:

> "...el señor Avila es verdadero autor de los hechos que condujeron a que el patrimonio de los 'Comuneros' se perdiera y en fin, se extraviara, pues que, razón o justificación no apareció en el proceso. Los actos del señor González traducidos en la promesa de comprar terrenos al señor Avila y luego, prometerlos en venta a los comuneros son apenas, los que en forma positiva se logró obtener. La labor de uno (González) y la del otro (Avila) estaba bien definida y repartida. Es por ello, que el señor Avila es coautor de acuerdo con los siguientes puntos:
>
> "1. Guardó las promesas de compraventa suscritas con el señor González y las ocultó para que los comuneros no tuvieran acceso a su contenido. Baste afirmar que allí se menciona el pago de dineros que con posterioridad pretendieron negar.

"2. Con el mismo ocultamiento de estos documentos, el señor Avila buscó lucrarse apropiándose de terrenos que había prometido transferir para la vía principal del condominio.

"3. La determinación del terreno donde se ubicó el diseño del Centro Vacacional fue entregado por Avila, luego no podía luego alegar un mal diseño.

"4. Aceptó que se había construido la vía principal del condominio a pesar de lo cual desconoció cualquier derecho.

"5. Suscribió en el mes de marzo de 1985 documento que autenticaron ante el Juzgado de Utica donde expresaban que González no había pagado y que él no había recibido.

"6. El mismo día en que se hizo público el anterior documento don Uriel abogó por los derechos de sus testigos Quintero Mora y Consuelo Agudelo.

"7. Delante de testigos pretendió exigir más dineros para obtener que se otorgara la escritura correspondiente.

"8. Negó en la indagatoria haber recibido dineros en la cuantía comprobada.

"9. De acuerdo con la otra demanda de casación que se ha presentado, la escritura número 595 con la cual Avila transfirió los terrenos a González obedeció a una transacción. Pregunto: A cuál transacción, y a ella tuvo acceso alguno de los documenros (sic)?

"10. Alojó en su residencia al señor González —al decir de él— por caridad. Acaso dentro del proceso no se probó que en la misma época el señor González prestó documento idóneo para poder presentar la demanda ejecutiva con título hipotecario ante el Juzgado de Villeta?

"11. No practicaron el secuestro del inmueble, la notificación de la demanda; y, el allanamiento de las pretensiones cuando allí mismo lo hospedaba?

"12. No usurpó terrenos debidamente amojonados y que pertenecian a los comuneros?

"12 (sic). En careo sostenido, no afirmó acaso el señor González que había pagado los terrenos?

"13. La otra demanda, no reafirma que los terrenos comprados fueron cancelados?

"14. El por qué del contrato de hipoteca siendo que ya se le había cancelado el precio de lo vendido?

"15. Qué objeción hizo al documento con el cua. don Alvaro González dice que la deuda es '*por cariño*'.

"16. Por qué todos los testimonios que conocieron de los comportamientos de González refieren el pago de sumas cuantiosas al señor Avila.

"17. Por qué inició su proceso hipotecario a sabiendas de que el contrato de hipoteca era simulado o ya se había cancelado?" (fls. 138 y 139).

Luego precisa:

"Es que dentro del proceso se delimitó muy bien la función que cada uno cumplía. Mientras Alvaro González con su fundación promocionaba la venta de los terrenos y le daba la publicidad suficiente, don Uriel sólo esperaba el resultado económico de ese comportamiento. De ahí que pueda afirmarse lo que la ley permite diferenciar entre autor material e intelectual, diciéndose de éste que es el señor Avila, y de aquél, el señor González.

"Es evidente que la ocultación de documentos, la usurpación de tierras, la creación de documentos falsos en su contenido tenían un fin claro, consistente en obtener dineros de los denominados comuneros para engrosar su patrimonio Y actos ejecutorios de estas conductas aparecen con el alojamiento en su casa cuando se cree qué ya estaban usufructuando parte de lo obtenido" (fl. 139).

Dice que en su sentir la sentencia impugnada fue "corta en sus razonamientos en aras de una brevedad pero no por desconocimiento de normas o por defecto en la valoración de pruebas", y añade: "En resumen, en la medida con que don Alvaro González engañara compradores y obtuviera rendimientos económicos, ellos irían en parte a las arcas del señor Avila, de lo cual, como es obvio, era partícipe e ideador. Es esta la conclusión que se obtiene luego de repasada la abundante prueba llevada al proceso, como inspecciones judiciales, documentos, dictámenes periciales y el dicho de los procesados" (fl. 140-7).

Suplica, pues, que la Sala deje en firme el fallo recurrido.

Concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Sala:

Primero que todo debe la Sala recordar la doble presunción de veracidad y acierto que cobija la sentencia judicial, que corresponde al casacionista derrumbar, cosa que solamente conseguirá si demuestra que el fallador incurrió en errores de tal magnitud (manifiestos, ostensibles) que lo condujeron bien a interpretar mal la ley (violación directa), ora a apreciar equivocadamente la prueba (violación indirec-

ta). Se entiende, pues, que en uno y otro caso el actor debe poner de presente la incidencia o trascendencia del error argüido, que, en las condiciones anotadas, para que prospere ha de cambiar el sentido del fallo en forma que favorezca de algún modo al recurrente (interés para recurrir). De ahí que las meras irregularidades o los errores que corran en el fallo sin la incidencia indicada, no son de recibo en sede de casación.

Bajo esas premisas, entonces, se examinarán las situaciones que se plantean en las demandas de casación, cosa que se hará conjuntamente con el criterio de la Delegada.

Demanda a nombre de Alvaro González Guzmán.

1. Dice el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que el casacionista, en primer lugar, no demuestra la trascendencia de las pruebas que dice ignoró el fallador. Precisa: "...el censor se limitó a reseñar las pruebas base de la impugnación y sacar luego sus personales conclusiones, sin siquiera enfrentar éstas a las deducidas por el Tribunal y menos aún presentar en forma seria el nuevo contenido del fallo, desplazando su alegación al ámbito de la valoración probatoria que, hoy por hoy, no es aceptable en sede de casación" (fl. 18, cuaderno de la Corte).

Enfatiza que el ataque casacional es incompleto: "Primero, porque el hecho de que la entidad representada por el acusado González Guzmán tuviera personería jurídica debidamente reconocida, no elimina en momento alguno la posibilidad de que el incriminado, justamente amparado en tal institución, realizara maniobras engañosas para obtener provecho ilícito. Segundo, porque jamás el Tribunal discutió la existencia jurídica del Centro de Promotores ni asumió su falta de constitución, o predicó del reconocimiento de la personalidad jurídica una consecuencia ajena a lo afirmado por la prueba misma" (fl. 19).

Estima que de todas maneras, el Tribunal parte de la base de la legalidad del "Centro" y que en últimas la alegación se reduce a plantear un falso juicio de convicción, "alegable, si ello fuere posible, por la vía del error de derecho por falso juicio de convicción, hoy inaceptable dentro del recurso extraordinario" (fl. 2).

En cuanto a que se ignoraron algunas pruebas, estima que si bien el Tribunal no las mencionó todas en forma expresa, sí se desprende su análisis conjunto de la argumentación, además de que "el censor olvida que el fallo de primera instancia conforma con el de segunda instancia, una unidad jurídica inescindible por los aspectos en que ambos coinciden de manera explícita o tácita, por lo que entonces no es aceptable predicar que las pruebas mencionadas fueron omitidas, pues implícitamente quedaron incorporadas al fallo impugnado con el alcance que les dio el sentenciador de primera instancia" (fl. 20)

Al respecto trae algunas citas del juzgador de primer grado —Juzgado Quinto Superior de Santafé de Bogotá— y precisa:

> "Si bien es cierto los juzgadores tanto de primera como de segunda instancias no hacen referencia expresa a cada uno de los documentos a que alude el censor, no se puede por ello afirmar que dentro del análisis de la conducta desplegada por el acusado, destacaran junto con los hechos narrados, sus condiciones de presidente de la firma promotora del proyecto y las facultades que por tal condición tenía, para concluir que todos los datos aportados se acomodaban para configurar el punible de estafa a él endilgado.
>
> "De otro lado, si se revisa la lista de pruebas documentales que el censor relaciona en su libelo (resoluciones, escrituras, autorizaciones, etc.) lo que pretende con ellas es demostrar los actos positivos de voluntad que, según él, su representado tuvo para dar cumplimiento a los compradores de los lotes del Centro Vacacional. Pero el Tribunal no consideró, como más adelante se verá, que ese comportamiento desvirtuara las maniobras engañosas del procesado González Guzmán" (fl. 21).

Itera que no existe tarifa legal para la evaluación de las pruebas y anota: "El proceso, contando con otros elementos de convicción que el censor ni siquiera menciona, permite arribar, racionalmente, a las conclusiones tomadas en la sentencia, sin que los planteamientos del censor alcancen a destruir la eficacia del fallo, con lo que se impone su aceptación, por venir amparado de la doble presunción de acierto y legalidad" (fl. 22).

Señala posteriormente la Delegada:

> "Los documentos supuestamente marginados del debate probatorio por los juzgadores de instancias, aluden en efecto a los actos que como presidente de la firma desplegó el procesado y otros realizados con posterioridad al punible cometido, pero aun cuando hubieren sido desconocidos en el fallo, no tienen la incidencia requerida para modificar la decisión de la sentencia, tornando intrascendente el error de apreciación denunciado, pues la abundante prueba allegada al proceso, fue idónea para establecer la responsabilidad de González Guzmán.
>
> "La facultad que como presidente del Centro de Promotores del Banco de Bogotá, tenía de administrar los dineros que recibía de los compradores para luego invertirlos en la compra de terrenos y la constitución del Centro Vacacional es en efecto válida, máxime si la creación del mismo se ha hecho mediante la constitución de documentos legales (escrituras, etc.); pero si la cuestión apenas constituye la intención subje-

tiva de no cumplir con los objetivos trazados, desviando los dineros a destinos diferentes, ocultando todo esto a los compradores, es cuestión que se convierte en punible y que no desaparece tratando de encubrirla con justificaciones achacadas a las 'crisis económicas' y a que el sentenciado 'por lo menos realizó actos de cumplimiento', como sostiene el casacionista.

"Por parte del procesado no se vislumbra la posibilidad de que su intención fuera la de llevar adelante el proyecto, lo que no se puede confundir con lo que el recurrente denomina 'falta de idoneidad y capacidad gerencial'.

"De todas formas resulta criticable el desacierto en que incurre el censor al desmembrar a su acomodo el acervo probatorio para arribar a conclusiones diferentes a las que llegó el juzgador, dejando de lado otras conductas desplegadas por su defendido como el hecho de que con el producto de la venta de lotes se cancelaría la suma total al dueño Uriel Avila Franco y se financiarían las obras sociales; las manifestaciones del mismo Avila, en el sentido de que González Guzmán no le había cancelado el valor de los terrenos lo que motivó el inicio de una demanda por parte de éste, a la que se allanó González; además todas las versiones en las que consta que él mismo se apropiaba de los dineros pertenecientes al Centro de Promotores para gastarlos en 'francachelas'; la denuncia de que los lotes se hallaban sin servicios y sin la posibilidad de disfrutar de ellos; el hecho de que se rifó un lote y el dinero de la venta de las boletas desapareció; el hecho de no llevar la respectiva contabilidad en debida forma y otros como la utilización del nombre de la entidad bancaria, la valla y las circulares donde se ofrecían los lotes con servicios, no sólo no fueron atacados por el casacionista sino además sirven para dar por demostrada la existencia del delito de estafa y la responsabilidad que en él le cabe al procesado" (fls. 23 y 24).

En su sentir, pues, el cargo no prospera.

2. A los atinados argumentos de la Delegada debe la Sala primero que todo dejar ver cómo se abordó en lo sustancial la situación del procesado González Guzmán de cara al delito de estafa por el cual se le condenó.

En el fallo de primera instancia se enfatiza en que, teniendo en cuenta que el proyecto inicial de González con el "Centro", no tuvo acogida entre sus destinatarios, "el hoy procesado abrió ventas a personas que no tenían nada que ver con la entidad crediticia. Dentro del proceso existen varios documentos con los que se demuestra que el mismo Banco prácticamente desautorizó dicha obra" (fls. 610 y 611-6).

Se refiere luego el fallo al "anuncio" de las pretendidas obras recreacionales, lo cual se hizo públicamente mediante las correspondientes vallas y el hecho de haberse valido del nombre del Banco de Bogotá, sin mediar la autorización de esta entidad, insistiéndose en que el procesado González Guzmán miente cuando afirma que únicamente prometió en venta los terrenos, porque está demostrado que aparte de los predios prometió los respectivos servicios y comodidades, como lo aseveran muchos declarantes. Luego precisa el fallo referido:

> "Varios son los documentos que obran en el proceso y que sirven para probar la conducta ilícita contra el patrimonio económico que se analiza. Acta de la Asamblea de la Junta de los Comuneros presidida por Elías Quevedo en donde se informa la absoluta iliquidez del Centro de Promotores, pues los dineros recibidos únicamente sirvieron para satisfacer 'apetitos y francachelas en Utica'. Circular de la Gerencia del Fondo Privado de diciembre 19 de 1983 y firmada por Luis Otero Barrera, con la que recuerda la Circular 19 del 14 de mayo de 1981, en donde se advertía que la creación de un Centro Vacacional en el Municipio de Utica era una iniciativa exclusiva de González y que ni el Fondo Privado de los empleados del Banco de Bogotá, ni el Banco, han participado en la ejecución de los planes. Se encuentra igualmente la relación de los carnés vendidos por el Centro de Promotores. Constancia firmada entre Uriel Avila Franco y Alvaro González, en donde además de aceptar el incumplimiento sobre la venta del inmueble, este último deja constancia en el sentido de haberse visto obligado a afirmar una escritura en donde se incluían bienes que no correspondían y algunos de las zonas sociales" (fl. 159-6).

Luego señala el juzgador de primer grado: "...esos dineros, descontando lo cancelado a Uriel Avila como propietario del terreno, necesariamente fueron apropiados por González, ya que existe prueba testimonial de sus compañeros de Junta Directiva, quienes manifiestan que éste sólo era quien prácticamente manejaba todos los intereses" (fl. 160-6).

El Tribunal, por su parte, al confirmar esa sentencia, a más de acoger los fundamentos de ésta, atribuyó al procesado González Guzmán haber creado por su propia inicialiva el "Centro"; haber comprado los terrenos al coprocesado Avila Franco, comprometiéndose a cancelarle 9 millones de pesos, suma que aparece pagada sólo en parte; no escriturar unos lotes ni colocarle a ninguno los servicios prometidos y tratar de destruir contabilidad del "Centro".

Igualmente alude el Tribunal a los testimonios de las personas afectadas y de otras, y destaca que por ejemplo Armando Acosta Sánchez, empleado del Banco de Bogotá, dijo que se utilizó el nombre de esta entidad "para hacer más llamativa la oferta" (fl. 52-7).

Colejando entonces las consideraciones que sirvieron de base a la sentencia condenatoria de González Guzmán, con los argumentos de la demanda de casación, lo primero que se aprecia es lo parcelado de la impugnación, como que no se refirió a las pruebas que el fallador tuvo en cuenta para condenar.

No se puede en casación, como hace el casacionista, enumerar simplemente unos elementos de juicio y catalogarlos de no apreciados por el fallador, y por esta simple razón aseverar a renglón seguido que el sentenciador incurrió en manifiestos errores de hecho. Téngase en cuenta que la argumentación del casacionista no demuestra la incidencia de no haber tenido en cuenta esas pruebas, según su decir.

Ahora bien: Como anota la Delegada, del hecho de que el sentenciador no mencionara expresamente la totalidad de los documentos obrantes en autos, de manera alguna se desprende que no los hubiera tenido en cuenta, hasta el punto que el referente a la personería jurídica del "Centro", en principio podría hablar bien del procesado, pues atiende tal cosa a la legitimidad en su creación, pero el Tribunal parte de esta legitimidad y sobre ella elabora sus argumentos incriminantes.

No logrando entonces el casacionista derruir la preindicada doble presunción de acierto y legalidad, el cargo no prospera.

Demanda a nombre de Uriel Avila Franco.

1. Empieza por decir el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que no obstante alegar el actor violación directa de la ley sustancial, "si bien no hace cuestionamiento contra una o varias pruebas recaudadas en el expediente sí manifiesta su inconformidad con los hechos que el sentenciador encontró probados con argumentos que se oponen a lo esbozado por el fallador y la verdad demostrada en el proceso" (fl. 25).

Estima entonces que el censor "se apartó de los hechos que el Tribunal consideró probados porque aun cuando dice respetarlos, con su alegación pretende realmente una variación de las circunstancias fácticas condicionantes de la norma, para tratar de excluir a su patrocinado del juicio de reproche" (fl. 26).

En fin, indica que todo se reduce a una forma diferente de ver la situación jurídico-procesal del acusado Avila Franco. "Esta forma de ver la situación —dice la Delegada—, contraria a la apreciación del Tribunal, lleva ínsito un cambio de la situación fáctica condicionante de la norma que estatuye el delito de estafa, en tanto que para la Corporación de segunda instancia las maniobras fraudulentas no se redujeron a las realizadas por el otro procesado, González Guzmán, sino que cubrieron incluso los acuerdos y actos celebrados entre los dos implicados, uno de los cuales era la compraventa del inmueble en donde supuestamente se iría a construir el Centro Vacacional" (fl. 26).

Cita lo que el Tribunal dijo en lo esencial con respecto a Avila Franco y precisa:

> "Quiere decir lo anterior que la situación de hecho materia del juzgamiento es mucho más compleja de lo que el demandante la percibe, pues los actos constitutivos del engaño no se limitan al ofrecimiento y la forma como éste se hizo de los diversos lotes y servicios que comprendía el programa, sino que detrás de toda esta parafernalia se escondía un mecanismo más efectivo que garantizaba la imposibilidad de cumplimiento de parte de quien se mostraba como gestor de la obra, la apariencia de una deficiente actividad gerencial, y la necesidad de responder a obligaciones antecedentemente contraídas, mecanismo que no era más que la forma de asegurar el apoderamiento de los dineros ajenos y del cual no estaba excluido en forma alguna Avila Franco, pues éste, a pesar de haber recibido dinero, debía negarlo y además debía también emprender la acción ejecutiva que permitiera a los copartícipes la efectiva obtención del provecho en detrimento del patrimonio de los incautos que habían entregado dinero" (fl. 21).

Hace la Delegada una nueva cita del Tribunal y reafirma que, puestos de acuerdo los procesados, no debieron sino planear una división de trabajo a desarrollar en orden a la estafa. En el fondo, dice, se trata de una discrepancia con la apreciación que hizo el Tribunal respecto del comportamiento de Avila Franco, cosa con la cual se desplaza el demandante hacia una violación de la ley que no planteó ni desarrolló: La violación indirecta.

"Se ha reiterado en muchas oportunidades —dice el Delegado—, que en materia de casación no bastan los meros enunciados o lanzar afirmaciones que se quedan en el aire o se haga uso de las instancias porque ello no es objeto de esta sede extraordinaria, sino el examen de la legalidad del fallo, lo que no sólo reclama una debida estructuración del libelo, sino una limitación conceptual por medio de la causal, el motivo y el sentido lo que implica también demostrar la protuberancia del yerro que enuncia, condiciones con las cuales no cumple el censor" (fl. 30).

El cargo, pues, no tiene vocación de éxito, en sentir de la Delegada.

2. A lo dicho por la Procuraduría en líneas precedentes, es dable añadir:

Aparte de que en modo alguno el casacionista demostró que, *conceptualmente*, el fallador se equivocó al subsumir los hechos en el delito de estafa (fl. 356 del C. P.), es cierto lo anotado por la Delegada en el sentido de que el demandante no asume la situación factual de

su defendido tal y como la admitió el Tribunal, sino que le hace a la misma algunas objeciones generales, con lo cual se desvía a la violación indirecta de la ley, la que expresamente anunció no invocar.

Repárese cuáles fueron los hechos que permitieron al Tribunal tener por demostrada la responsabilidad de Avila Franco como autor del delito de estafa (fls. 57 y ss.-7):

—Que Avila Franco recibió realmente de González Guzmán más de tres millones de pesos, cuestión que negó el primero.

—Que Avila Franco prestó su concurso para que los bienes regresaran a su patrimonio.

—Que Avila Franco celebró con González Guzmán una hipoteca simulada.

—Que se estableció que en la época crucial de los hechos, Avila Franco hospedaba al procesado González Guzmán, "constituyéndose esta conducta en un indicio indicativo (sic) de la comunidad de intereses existentes entre el demandante y el demandado, desde luego en detrimento de los comuneros, quienes en últimas sufrirían los perjuicios económicos de todo orden derivados de esta participación delictiva" (fls. 58 *infra* y 59 del cuaderno 7).

—Que los procesados Avila Franco y González Guzmán acordaron obtener de los promitentes compradores nuevas sumas de dinero; y,

—Que el procesado González Guzmán se allanó sin reservas a la demanda ejecutiva entablada por Avila Franco.

Es decir, que el Tribunal consideró que desde un puro comienzo los dichos procesados se pusieron de acuerdo para estafar: Que ambos no hayan ofrecido ni promocionado los lotes directamente, en nada elimina la participación a título de coautoría, pues como mucho se ha repetido en estos casos, todo se reduce a una división de trabajo, a una distribución de funciones en el contexto delictual, desplegando cada uno la que más convenga por algún motivo a la empresa criminal, que es común para todos los coautores.

Ahora bien; es cierto que el casacionista concluye su demanda pidiendo la absolución de Avila Franco. Pero esta escueta petición se contradice en el fondo con el desarrollo argumentativo de la misma, el cual se encamina a probar que Avila Franco no fue coautor, empleando hipótesis el casacionista que con todo derecho mueven a pensar en que no comparte esa forma de participación sino la complicidad, evento en el cual hubiera tenido el libelista que terminar solicitando una condena con pena menor (art. 24 del C. P.).

Con lo dicho es suficiente para establecer que no demostró el casacionista el error grave del Tribunal al tomar a Uriel Avila Franco como coautor del delito de estafa, razón por la cual esta demanda tampoco prospera.

Alegato de la Procuradora 13 en lo Judicial.

Dice finalmente la Delegada que el escrito presentado por la Procuradora 13 en lo Judicial Penal "desborda los límites fijados por las demandas sustentatorias del recurso, en tanto que pregona infracciones a la ley sustancial diversas a las invocadas por los recurrentes" (fl. 31).

Tiene razón la Delegada. En efecto, si se mira el alegato presentado por la referida sujeto procesal, en modo alguno es una coadyuvancia a la demanda presentada, como que en ésta se arguyó la violación directa de la ley y aquella adujo la violación indirecta, pues aludió al mérito probatorio y a la consecuente duda.

A la parte no recurrente no le está permitido presentar razones por fuera de la causal y el motivo aducidos en la demanda, sino que debe limitarse a apoyar o a impugnar ésta, pero cuidándose de no hacer alegaciones autónomas e independientes, por la sencilla razón de que no comparece al proceso como recurrente, sino exclusivamente como parte opositora o coadyuvante.

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.

Edgar Saavedra Rojas NO, *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Yhanda Fernández León*, Conjuez; *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana. Secretario.

IMPEDIMENTO / ACUSACION / JUZGAMIENTO / NULIDAD

Si ya en vigencia del Decreto 2700 de 1991 que en desarrollo de los mandatos de la nueva Constitución Nacional entregó a la Fiscalía, como norma general, la función de acusación la circunstancia de que quien emite la sentencia haya "actuado como fiscal", y por ende, haya podido haber formulado en tal carácter la acusación, no es motivo de nulidad ya que el hecho aparece únicamente previsto como causal de impedimento, absurdo sería pensar en la nulidad del proceso, cuando la misma circunstancia se presentó antes de que se creara y empezara a operar la Fiscalía General de la Nación, y cuando todavía, por tanto, la función de investigar y acusar pertenecía a los jueces.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 42, abril 21 de 1994.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *Rodolfo Gregorio Sanmartín Chiquillo,* contra la sentencia emitida el 17 de septiembre de 1992 por el Tribunal Superior de Cartagena, por medio de la cual éste fue condenado, junto con Fidel Murillo, a la pena principal de trece (13) años de prisión, al ser declarados responsables del delito de homicidio que se les imputó en la resolución de acusación.

I. Antecedentes y actuación procesal:

Los hechos que originaron la formación de este proceso, fueron narrados así, en la sentencia impugnada:

> "El día 16 de abril de 1989, poco antes de las doce de la noche, en la población de Pasacaballos ubicada dentro de esta comprensión municipal, en el sector denominado Troncoluco, se encontraba el señor Pedro Antonio Mendoza Olivo

(a) 'El Porra' cuando fue abordado por varios sujetos quienes luego de solicitarle la entrega de ciertos objetos producto al parecer de un hurto, a lo cual aquél respondió que no tenía conocimiento de esos hechos, fue atacado a garrotazos por algunos de ellos, de cuyo grupo hacían parte Rodolfo Sanmartín Chiquillo, Fidel Murillo, Ramón Quintana Chiquillo, Rafael Ignacio Anachury y Orlando de Avila Alvarez, resultando con graves lesiones en la cabeza que le ocasionaron la muerte".

La investigación fue abierta por el Juzgado Quince de Instrucción Criminal, del cual era titular el doctor José A. Iván Peñas Guerra, quien solicitó y obtuvo la designación de un Juez de Instrucción ambulante, el Noveno, a cuyo cargo estuvo la recepción de las indagatorias rendidas por Gregorio Sanmartín Chiquillo (fl. 31) y José María Pérez Romero (fl. 48), contra quienes profirió auto de detención preventiva, como medida de aseguramiento (fl. 63). Posteriormente revocó esta determinación, pero sólo respecto del último de los nombrados (fls. 128 y 129).

También fueron vinculados al proceso como sindicados, Rafael Ignacio Anachury Piña y Fidel Murillo, el primero mediante indagatoria (fl. 72) y el otro por emplazamiento (fl. 141) y declaratoria de persona ausente (fl. 142). Así mismo se escuchó en declaración sin juramento a Anastacio Sanmartín Magallanes (fl. 154) y Ramón Quintana Chiquillo (fl. 160). Contra estos cuatro sindicados se dictó auto de detención como medida de aseguramiento, por parte del Juzgado Quince de Instrucción Criminal (fl. 165).

Este mismo funcionario cerró la investigación (fl. 144) y la calificó con resolución de acusación contra Rodolfo Sanmartín Chiquillo, Rafael Ignacio Anachury Piña, Ramón Quintana Chiquillo y Fidel Murillo, por el delito de homicidio, en relación con el cual no se tuvo en cuenta ninguna circunstancia específica de agravación. Respecto de José María Pérez Romero dispuso la reapertura de la investigación (fls. 215 a 218).

El Tribunal, al conocer de la anterior providencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por el defensor de Sanmartín Magallanes, la revocó respecto de éste y en su lugar dispuso la reapertura de la investigación. Las demás decisiones fueron confirmadas en su integridad.

En firme la resolución de acusación, el proceso correspondió por reparto al Juzgado Primero Superior de Cartagena (fl. 1 del cuaderno número 2), cuyo titular, casualmente, era el mismo doctor José A. Iván Peñas Guerra, a quien había correspondido calificar el mérito del sumario, en su calidad de Juez Quince de Instrucción Criminal.

Rituada en legal forma la causa, el 16 de marzo de 1992 el Juzgado, todavía a cargo del doctor Peñas Cuerra, dictó sentencia de condena contra Rodolfo Sanmartín Chiquillo y Fidel Murillo, a quienes impuso la pena principal de veinticuatro (24) años de prisión, y "las accesorias señaladas en el artículo 42 del C. P., numerales 1, 3, 4, 5 y 7". También los condenó, en concreto, al pago de los perjuicios causados. Los otros acusados, Rafael Ignacio Anachury Piña y Ramón Quintana Chiquillo, fueron absueltos.

Este fallo fue apelado por el defensor de Sanmartín Chiquillo, y el Tribunal, al resolver el recurso, lo confirmó pero rebajando la pena impuesta a los procesados a trece (13) años de prisión, toda vez que en la resolución acusatoria no se había deducido ninguna circunstancia específica de agravación.

Contra esta sentencia, el defensor de Sanmartín interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

II. La demanda:

Varios cargos formula el actor, al amparo de las causales primera y tercera de casación.

Causal tercera.

Primer cargo. Este reproche, según los propios términos del demandante, "se vincula de modo directo al concepto de nulidad constitucional que la doctrina y la jurisprudencia nacional han desarrollado y difundido frente al texto del artículo 29 de la Constitución Nacional".

Estima el actor que si el artículo 76 del "Decreto 0050 de enero de 1987, código base para este estudio ya que la etapa instructiva del proceso se rituó bajo su vigencia", permite a los jueces de instrucción criminal comisionar a otros funcionarios de su misma categoría, únicamente "para la práctica de diligencias fuera de su sede", necesario es concluir que el Juez Quince de Instrucción Criminal no podía comisionar al Noveno, por tener "ambos Juzgados al tiempo de la comisión,... una sede común como lo era la ciudad de Cartagena".

Así las cosas —remata el casacionista—, como la comisión prohibida tal como se analisó (sic), se realizó durante toda la etapa de la instrucción, esta etapa deviene nula, ya que por espreso (sic) mandato del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal referido, el señor Juez Quince de Instrucción radicado de la ciudad de Cartagena, no podía comisionar para la práctica de diligencia alguna a otro juez de su misma categoría dentro de su propia sede, al hacerlo así, se violentó (sic) las formas propias del debido proceso amparado por las normas arriba en cita.

Consecuente con lo expuesto, el libelista pide a la Corte que "decrete la nulidad de toda la etapa instructiva de este proceso, y ordene su tramitación como lo manda la ley y como aquí se ha dicho".

Segundo cargo. Lo denomina el actor "nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa", y lo hace consistir "en el hecho de que el mismo funcionario que calificó el sumario dictó la correspondiente sentencia que condenó a los procesados señores Rodolfo Sanmartín Chiquillo y Fidel Murillo a la pena principal de 24 años de prisión".

Considera el recurrente que "el hecho de ser un mismo funcionario calificador de la etapa sumarial y a la vez fallador del juicio, viola el principio filosófico y fundamental de nuestro procedimiento penal como lo es el sistema acusatorio, donde no se permite que un mismo funcionario sea instructor y fallador de un proceso penal".

"Superado por nuestro derecho procedimental penal la época del proceso inquisitivo —continúa argumentando el libelista— donde el mismo funcionario era instructor y fallador, se impuso en hora buena el sistema acusatorio donde un funcionario instruye y acusa y otro es el fallador, lo cual garantiza al procesado que el funcionario fallador, por lo menos no tiene su criterio comprometido mediante una resolución de acusación con la etapa del sumario, compromesimiento este que socava las bases mismas del debido proceso y por ende el sagrado derecho de defensa del procesado".

"Así las cosas —concluye el demandante—, salvo mejor opinión considero que el proceso debe retroceder por nulidad hasta el momento de ejecutoria de la resolución de acusación, para que se garantice a los procesados condenados un juicio sin criterio jurídico comprometido, para que se les garantice un juicio donde sea otro funcionario diferente al instructor el que analise (sic) finalmente el acervo probatorio recopilado en el proceso, para que se les garantice a los procesados un juicio claro y sin ningún tipo de dudas".

Con base en lo expuesto pide a la Corte decretar "la nulidad solicitada desde el momento procesal arriba señalado o desde donde bien lo considere la Sala".

Advierte por último el actor, que "en caso de ser de recibo las nulidades solicitadas, el condenado detenido señor Rodolfo Sanmartín Chiquillo, tiene pleno derecho a su libertad, por lo que así muy respetuosamente lo pido".

Causal primera.

Al amparo de esta causal el actor ataca la sentencia impugnada porque según él, en ella el Tribunal incurrió en varios errores, así:

a) "Error de derecho al valorar el Tribunal Superior de Justicia de Cartagena unas pruebas irregularmente allegadas al proceso".

Según el criterio del censor, "los testimonios de los señores Rafael Anachury Piña, Digna Pérez Gil y Marcelino Medrano Castro (los dos últimos cuando rindieron versión ante las autoridades de Policía), fueron allegadas (sic) al proceso de manera irregular, sin embargo el honorable Tribunal de Cartagena admitió y valoró tales testimonios".

Estima el casacionista que como de conformidad con el artículo 379 del Decreto 0050 de 1987, estatuto que rige este proceso por haberse iniciado la audiencia pública durante su vigencia (art. 13 transitorio del Decreto 2700 de 1991) y no por la razón anotada en la demanda, si el procesado declarare contra otro, se volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo, el Tribunal no podía darles valor a las declaraciones de los coprocesados Anachury Piña y Quintana Chiquillo, porque ninguno de los dos fue juramentado cuando lanzaron cargos contra su poderdante Sanmartín.

Sostiene el recurrente que al Tribunal acoger en su fallo las declaraciones hechas por estos dos coacusados, incurrió en error de derecho "ya que admite y valora unos cargos de persona procesada sin el lleno de los requisitos establecidos en la ley", toda vez que en contra del mandato legal a ninguno de estos sindicados se les recibió juramento.

b) "Error de hecho al ignorar el Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, la existencia de una prueba y por lo tanto omitir su apreciación".

En sentir del impugnante el Tribunal omitió, indebidamente, valorar el acta de levantamiento del cadáver, en la cual se hizo constar que un hermano de la víctima, de nombre Tomás, había informado "que a eso de las doce (12 p.m.) de la noche llegó a la residencia del occiso un señor y salieron y que posteriormente encontró a su hermano Pedro Antonio todo golpeado y con heridas en la cabeza, que lo encontró en el barrio Troncolucio de Pasacaballo".

Para el demandante el acta aludida es un "documento público" que como tal debió ser considerado por el Tribunal. Si así hubiese sucedido, señala, "la conclusión lógica de la sentencia hubiera sido la absolución de los hoy condenados, ya que la (sic) acta en mención señala de una manera clara, sin duda alguna que la víctima de estos hechos señor Pedro Mendoza Olivo, a las 12 de la noche del día trágico se encontraba con vida en su residencia ... lo cual demuestra que mi defendido no pudo ocasionarle la muerte ... ya que los falsos testimonios de Marcelino Medrano Castro y Orlando de Avila Alvarez, sostienen que los hechos trágicos tuvieron ocurrencia entre las diez y media y once de la noche, lo cual como quedó demostrado es com-

pletamente falso, ya que quedó completamente demostrado que Pedro Mendoza Olivo, murió después de doce (sic) de la noche".

c) "Error de hecho por apreciación errónea de unas pruebas". En concepto del libelista, el Tribunal "tergiversó o distorcionó (sic) el sentido de las pruebas testimoniales de los declarantes Marcelino Medrano Castro, Orlando de Avila Alvarez y Tomás Mendoza Olivo, este último hermano de la víctima, ya que los puso a producir efectos que de verdad no se derivan de su contexto".

Dice el actor que el Tribunal afirmó que con base en el testimonio rendido por Marcelino Medrano Castro "se establece que en las horas de la noche del día de autos varias personas, armadas de cortos palos utilizadas para la vigilancia cívica, entre quienes estaban Rodolfo Sanmartín y Rafael Anachury, se encontraban averiguando por la localización de Pedro Mendoza Olivo", con lo cual se distorsionó el dicho del referido exponente, quien en su declaración jurada "se limita exclusivamente a manifestar que el grupo de personas que le preguntaron a él por el hoy occiso, se encontraban los condenados, pero también es muy cierto que este testimonio nunca hace cargos serios de responsabilidad en contra de los condenados, en una sola oportunidad 'supone' que los condenados fueron los autores de la muerte de su amigo Pedro Mendoza Olivo" y dice: "Yo me enteré de esa muerte el día siguiente, los autores no sé quiénes fueron, pero digo que fueron los que me preguntaron por la vida de él". Agrega el actor y sin que guarde relación alguna con el cargo que pretende sustentar, que "con esta clase de testimonio no se puede condenar a nadie".

También estima que se distorsionó el testimonio rendido por Orlando de Avila Alvarez, al entender el Tribunal que por el hecho de éste decir "que la persona que él sindica y describe como de determinado color y con una contextura de cualquier tipo o forma, sin ninguna otra característica que individualizara a Rodolfo Sanmartín Chiquillo se refiera precisamente a éste, al entenderlo así el Tribunal puso en boca del testigo algo que éste en realidad no dijo nunca, por lo que el Tribunal tergiversó, supuso que tal descripción hecha por el testigo era necesariamente la fisonomía de Rodolfo Sanmartín Chiquillo, error este que incidió definitivamente en la sentencia condenatoria que hoy pesa en contra de mi defendido".

Por último, el actor, luego de criticar el testimonio de Tomás Mendoza Olivo por no contener más que "suposiciones" que simplemente producen risa por lo absurdas, entra a censurar al Tribunal por haber "convertido tales suposiciones en sustento de una sentencia condenatoria como la que hoy pesa sobre Rodolfo Sanmartín y otro".

III. Concepto del Ministerio Público:

En el mismo orden de su presentación, el Procurador Primero Delegado en lo Penal responde así, los cargos formulados.

En relación con la primera censura por nulidad, conceptúa que "no es cierto como lo afirma el demandante que el Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Cartagena hubiera comisionado de manera directa, a *motu propio* (sic), al Juzgado Novero de Instrucción Criminal dentro de su propia sede (prohibición contenida en el art. 76 del C. de P. P.), sino que solicitó a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Cartagena la designación de un instructor ambulante, cuya Seccional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 316 del mismo estatuto procesal penal (Decreto 050 de 1987) que fue modificado por el artículo 16 del Decreto 1861 de 1989, designó mediante Resolución número 002216 de abril 19 de 1989 al mencionado Juzgado Noveno de Instrucción Criminal Ambulante para que prosiguiera la etapa sumarial. De manera que en principio la competencia territorial es plena, en virtud de la regulación procesal vigente para esa época, que señalaba como ámbito de competencia para los jueces ambulantes de instrucción todo el territorio nacional. Pero además —continúa la Delegada—, es claro que en este evento la instrucción por un juez ambulante no obedeció a un acto de comisión ordenada por el juez instructor radicado, sino a la solicitud hecha al Director de Instrucción Criminal de la sección para que se designara, en virtud de las facultades que legalmente le correspondían, a un instructor ambulante para proseguir la investigación ya abierta. Es decir, no se acudió a un acto de comisión en donde el juez delega parte de sus funciones como instructor, sino que acudió a un mecanismo judicial-administrativo de racionalización del trabajo, creado por la ley para evacuar las pruebas en casos especiales, como lo permite el código vigente en aquella época, en sus artículos 316, 317 y 321".

Consecuente con lo anterior pide que este cargo se desestime, agregando que, además, "jurisprudencial y doctrinariamente se ha sostenido en forma reiterada que la actuación de instrucción cumplida por funcionario que accidentalmente conozca de un proceso, es válida y no anula el proceso, razón por la cual las pruebas por él practicadas conservarán todo su valor legal siempre que en su producción se hayan observado a cabalidad las disposiciones legales que la regulen".

Sobre el segundo cargo de nulidad estima la Delegada que tampoco debe prosperar, como que la "circunstancia señalada por el actor no constituye impedimento alguno, ya que no se trata de revisión que por vía de apelación hubiera efectuado el mencionado funcionario de una decisión que hubiera emitido en el mismo proceso (...). En el caso en estudio lo que el funcionario administrador de justicia hizo fue cumplir con un deber legal, esto es, dictar la sentencia de primera instancia en un asunto sometido a su consideración y en el que actuaba como juez del conocimiento, luego de haber sido calificador de la instrucción".

A continuación la Delegada presenta otro argumento para rebatir la censura:

"Es claro que el tema se refiere a la persona misma del juez, que fue instructor y pasando el tiempo pasó a ocupar el cargo de juez de conocimiento, pero no a la competencia de los órganos de justicia que están claramente señalados. Es decir institucionalmente el proceso fue calificado por un juez diverso del de fallo: El primero era el Juzgado Quince de Instrucción Criminal radicado de Cartagena, y el segundo el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad. Ello indica que ciertamente se cumplió con la estructura formal del proceso que separó las funciones de calificación y de fallo en dos órganos de justicia diversos, como se ve de lo dicho antes. De modo que el tema planteado es, en verdad, simplemente una circunstancia referida a la persona misma del juez, que ocupó los dos cargos en condiciones tales que le permitió intervenir tanto en la calificación como en la sentencia del caso. Ello no es un problema de carencia de competencia, como que ambos casos la tiene de modo general, sino de suspensión de la misma en un caso particular *(iude suspectus)*, la cual sólo puede producirse por la decisión judicial de incompetencia (por vía de recusación) o por la manifestación expresa de la incompetencia (aceptación de incompetencia), pues siendo regla general sólo cabe esperar la decisión especial para el caso a fin de que sea efectiva la suspensión de competencia en la situación concreta. Quiere decir la Delegada que la incompetencia no surge de la situación de hecho por sí misma sino que es menester que haya una declaración de la situación por parte del juez, para que opere el fenómeno de incompetencia. Antes de ello sólo cabrá la recusación al juez proponiendo la situación correspondiente, pero en modo alguno puede afirmarse la existencia de una incompetencia cuando se la tiene —la competencia— de modo general. De manera que es evidente que debe existir previamente un acto condicionante de la incompetencia, es decir esta clase de incompetencia no se produce *ipso facto* sino *ipso iure*, es decir mediante la declaración expresa y formal en el proceso de la causa por la cual la competencia general se suspende para el caso concreto. Por lo mismo carece de fundamento cierto la petición de nulidad del impugnante, como que en este caso existe la competencia legal mientras no haya una suspensión en concreto de la competencia general y especial que por mandato de la ley tiene. Es decir, como en el caso de los impedimentos puramente personales se trata de una excepción a la competencia que tiene el funcionario, por lo cual se dice que es la suspensión de la competencia para un caso específico por razones de *iudex suspectus* que establece la ley, es obvio que no cabe afirmar de modo genérico, sino que requiere un pronunciamiento específico y particular. Por ello, *aquí no puede afirmarse una incompetencia funcional, sino acaso un impedimento personal del funcionario*, que no se

expresó ni se propuso o planteó por el propio abogado interesado en mantener la imparcialidad del juez como supuesto de legitimidad de la decisión judicial. De igual modo, se convalidaría —de haberla pensado distinto a lo dicho— porque el defensor intervino sin que hubiera formulado la recusación respectiva, con lo cual coadyuvó a la nulidad que ahora propone, y tampoco además se demuestra que con ello se hubieran afectado garantías y bases fundamentales del juzgamiento. El argumento de la parcialidad del juez no surge de los razonamientos del impugnante, de lo cual se viene a decir que no es un contenido sustancial el que nutre la impugnación en este punto, sino apenas un aspecto formal del procedimiento" (fls. 19 y 20 cuaderno de la Corte).

Los ataques que con apoyo en la causal primera de casación se formulan al fallo impugnado, son respondidos así, por la Procuraduría.

"Se alega la existencia de un error de derecho derivado de un falso juicio de legalidad en relación con la aducción de los testimonios de Digna Pérez Gil, Marcelino Medrano Castro, Rafael Anachury Piña y Ramón Quintana Chiquillo. En cuanto a los dos primeros se tiene que a través del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial de Cartagena les fueron recepcionados los testimonios (fls. 6 y 15 primer cuaderno original) con la observancia de los preceptos legales y su aducción se llevó a cabo conforme a lo prescrito por el artículo 334 del C. de P. P., que señala las atribuciones de dicho órgano policial, además, Marcelino Medrano Castro con posterioridad ratificó su versión en declaración que rindió ante el juez instructor. Por tanto, no existe irregularidad en la aducción de estos medios probatorios, que el impugnante considera que al no haberse mencionado en la sentencia no fueron base para ella. En cuanto a los otros dos, si bien es cierto que a los indagados Rafael Anachury Piña y Ramón Quintana Chiquillo no se les recibió juramento en relación con los cargos que hicieron en contra de los hoy condenados Rodolfo Sanmartín Chiquillo y Fidel Murillo como lo ordena el artículo 319 del C. de P. P. y no obstante ello el juzgador les otorgó credibilidad, también lo es que no solamente con estas pruebas el fallador profirió la condena, pues como lo anota el Tribunal de Cartagena en el fallo —materia de impugnación—, no sólo existen en el proceso tales pruebas de cargo, sino que militan muchos (sic) más en contra de los acusados. Así se expresa el *ad quem*: 'La versión anterior (se refiere al sindicado Rafael Anachury Piña), si bien es cierto que no se juramentó a su deponente respecto de los cargos endilgados a los implicados antes citados (Rodolfo Sanmartín Chiquillo y Fidel Murillo), la misma aparece corroborada totalmente con el relato que hace Orlando de Avila Alvarez, quien

acompañaba a Anachury Piña la trágica noche...'. 'El testigo Marcelino Castro confirma lo dicho por Anachury Piña y De Avila Alvarez, en el sentido de que las únicas personas que en el grupo que indagaba por el paradero de la víctima se encontraban provistas de maderos eran Rodolfo Sanmartín y Fidel Murillo, excluyendo por consiguiente a aquellos de llevar consigo tales objetos...' (fls. 22 y 23 del cuaderno del Tribunal de Cartagena. Paréntesis de la Delegada)".

Agrega por último el Procurador para insistir en la desestimación de esta censura, que "la falta de juramentar a los indagados en el momento de formular cargos a terceros, no constituye un vicio de la prueba de índole tal que inhiba al juez para considerarla en el análisis valorativo de conjunto que debe hacer del acervo probatorio. En primer lugar, el juramento no es un requisito de aducción de la prueba, sino una garantía formal de veracidad en la recepción de la prueba, cuando de testimonios se trata. La aducción de prueba es previa a la producción de la misma en el proceso, y está configurada con el auto de ordenación previa, el análisis de conducencia y pertinencia, y finalmente su aportación al proceso mismo. Pero fundamentalmente es de considerar que en un sistema de libertad probatoria, en donde la codificación permite que se reciban pruebas aún por fuera de las que se enumeran en la ley procesal, como dice el artículo 248 inciso segundo del C. de P. P. actual, y que en el procedimiento civil —aplicable en deficiencia del estatuto especializado en virtud del principio de integración previsto en el art. 12 del C. de P. P.— se admite de tiempo atrás la producción de pruebas diversas de las que enumera la ley procesal en su artículo 175 del C. de P. Civil, será claro que es válida la consideración probatoria que el juez penal otorgue a una declaración del proceso que no fue juramentada por el juez penal. Es decir, es una prueba de todos modos, cuyo defecto formal (la ausencia de juramento para ser testimonio) hace parte de la evaluación en el ámbito de la libre persuación (sic) racional del juez (sistema de sana crítica), y que por lo mismo debe ser atendida por el sentenciador...".

Añade la Delegada que: "El error de hecho a que hace alusión el libelista, por un falso juicio de existencia por omisión consistente en no haber analizado y valorado el juez de la sentencia la constancia dejada por el funcionario que efectuó el levantamiento del cadáver de Pedro Mendoza Olivo y que se relaciona con la hora en que se cometió el homicidio según la manifestación de Tomás Mendoza Olivo —hermano de la víctima— esta circunstancia no incidió en la decisión de condena que adoptó el *ad quem*, por cuanto que como antes lo expuso la Delegada, existen suficientes pruebas de carácter testimonial con las cuales se demuestra la forma de ocurrencia del hecho, y la hora aproximada del mismo, y se señala a los autores de la conducta punible. Además, la hora no será un tema exacto en materia de pruebas, pues ella se da como referencia de aproximación del suceso, y no como

dato que tenga el rigor de las matemáticas. En un sistema de sana crítica ello no es procedente, como es obvio".

Por último y respecto del aducido error de hecho por falso juicio de identidad en relación con los testimonios de Marcelino Medrano Castro, Orlando de Avila Alvarez y Tomás Mendoza Olivo, la Delegada conceptúa que este carece de todo fundamento, como que el actor "lo que hace es cuestionar el análisis y valoración que de tales medios de convicción efectuó el fallador". Para fundamentar este aserto transcribe algunos apartes de la demanda, y con base en ellos concluye que "para que se presente el error de hecho por falso juicio de identidad en torno a una prueba, se requiere que a la misma el sentenciador le dé un alcance diferente, distorsione su sentido o le atribuya aspectos que no se derivan de su contexto, lo que no ocurrió en el presente caso".

Consecuentemente, el Procurador culmina su concepto con la solicitud de que no se case el fallo objeto de la impugnación extraordinaria.

IV. Consideraciones de la Corte:

Como el actor respetó el principio de prelación en su demanda, el estudio de los cargos en ella formulados se hará en el mismo orden en que fueron presentados, esto es, primero los que apuntan a la nulidad del proceso, y entre éstos será prioritario el análisis del que mayor cobertura procesal representa.

Primer cargo de nulidad.

Esta censura la fundamenta el actor en el hecho de que en su concepto el Juez Quince de Instrucción Criminal de Cartagena no podía comisionar al Juez Noveno Ambulante, dado que los dos tenían sede en la ciudad de Cartagena, circunstancia esta que no permitía la comisión, por expreso mandato del artículo 75 del Decreto 0050 de 1987.

Es cierto que de conformidad con la norma que acaba de citarse, los jueces de instrucción sólo podían comisionar "a funcionarios de la misma categoría para la práctica de diligencias *fuera de su sede*", y es verdad también que la sede de los dos Juzgados que intervinieron en la instrucción de este proceso, es la misma, pero esta circunstancia no tiene la virtualidad suficiente para invalidar la actuación.

En efecto y tal como acertadamente lo destaca la Delegada, en el caso *sub examen* no se trata de una comisión conferida por el Juez Quince de Instrucción al Noveno Ambulante, sino de una designación administrativa, hecha por el respectivo Director Seccional con plena atribución legal para hacerlo.

Basta con transcribir el artículo 316 del estatuto procesal aplicable a estas diligencias (Decreto 050 de 1987), para corroborar el anterior aserto de la Sala:

"Los jueces ambulantes tendrán su sede en la cabecera del respectivo Distrito Judicial; pero, el Director Seccional podrá enviarlos a cualquier municipio dentro del respectivo Distrito Judicial para iniciar o proseguir la investigación de un delito de su competencia.

"Corresponde a los jueces ambulantes, la instrucción de cualquier proceso por delito de competencia de los jueces superiores o de Circuito".

Nada irregular, pues, hubo en la designación del Juzgado Noveno de Instrucción Criminal Ambulante, que fue hecha por su respectivo Director Seccional (fl. 22 del cuaderno número 1), que se cumplió dentro del territorio de su competencia y en relación con un delito que para aquella época era de conocimiento de los jueces superiores (art. 70 del C. de P. P.).

Este cargo, en consecuencia, se desechará.

Segundo cargo de nulidad.

Este reproche, como ya se anotó, consiste en que el mismo funcionario que profirió la resolución de acusación en este proceso, emitió la sentencia de primera instancia.

Dígase en primer término, que la situación fáctica que da lugar a la formulación del cargo es cierta. Tanto la resolución de acusación (fls. 215 a 219) como la sentencia de primera instancia (fls. 34 a 57 del último cuaderno original del Juzgado), aparecen suscritas por el doctor José A. Iván Peñas Guerra, en su respectiva calidad de Juez Quince de Instrucción Criminal de Cartagena y de Juez Primero Superior de la misma localidad.

Según el recurrente, este hecho, "ser un mismo funcionario calificador de la etapa sumarial y a la vez fallador del juicio, viola el principio filosófico y fundamental de nuestro procedimiento penal como lo es el sitema acusatorio, donde no se permite que un mismo funcionario sea instructor y fallador de un proceso penal". Por ello pide la nulidad del proceso, para que sea otro funcionario que no tenga "su criterio comprometido mediante una resolución de acusación", el que dicte el fallo.

Hasta antes de principiar la vigencia del Decreto 0050 de 1987, el procedimiento penal colombiano era de marcada tendencia inquisitoria, por cuanto la acusación y fallo se concentraban en un mismo funcionario judicial: Al juez competente para fallar el asunto se le encomendaba también la formulación del auto de proceder o pliego de cargos.

Este sistema, que fue objeto de muchísimas críticas atinentes más que todo a la falta de imparcialidad del fallador, quien al calificar la

investigación con auto de proceder comprometía su criterio para las etapas subsiguientes del proceso, fue modificado parcialmente por el ya referido Decreto 0050 de 1987, en cuya virtud pero sólo en tratándose de asuntos de competencia de los jueces superiores o de Circuito, las funciones de acusación y juzgamiento no podían estar concentradas en un mismo funcionario.

Por ello en su artículo 73, dispuso: "Los jueces de Instrucción investigarán y calificarán los procesos por los delitos de competencia de los Jueces de Circuito y Superiores", mandato que reiteró en el artículo 467, inciso segundo: "En los procesos por delitos de competencia de los Jueces de Circuito y Superiores, el mérito del sumario será calificado por el Juez de Instrucción Criminal".

Con este nuevo esquema procesal, afírmase en la presentación oficial de este estatuto, se "quiere asegurar la imparcialidad que debe gobernar la actividad del funcionario juzgador", pues a nadie se oculta la humana inclinación por parte de quien formula la acusación para que ésta termine exitosamente, éxito que sólo se presenta para el acusador cuando el proceso termina con sentencia de condena.

De lo dicho en precedencia dos aspectos quedan claros: El primero, que la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, no está prevista de una manera general, ya que sólo opera en tratándose de procesos de competencia de los Jueces de Circuito. El segundo, que con la modificación en comento básicamente se buscaba "asegurar la imparcialidad" de los juzgadores, tal como se hizo constar en la presentación oficial del referido estatuto procesal.

En estas circunstancias no parece jurídico sostener, como lo hace el casacionista, que si las funciones de acusación y juzgamiento son cumplidas por una misma persona que consecutivamente desempeñó las funciones de juez de instrucción criminal y de juez superior, se ha vulnerado "el principio filosófico y fundamental de nuestro procedimiento penal... donde no se permite que un mismo funcionario sea instructor y fallador de un proceso penal", porque como ya se vio el aludido principio no es de aplicación universal sino restringida (sólo opera en relación con los procesos de competencia de los jueces de Circuito), y porque, además, con esta separación de funciones fundamentalmente se busca lo mismo que se pretende con las causales de impedimento: La imparcialidad de los jueces.

Mas si cualquier incertidumbre quedare sobre este particular aspecto, fue el mismo legislador el encargado de resolverla en forma definitiva, al incluir como una causal más de impedimento el hecho de que "el juez haya actuado como fiscal" (art. 15.11 de la Ley 81 de 1993). Y se afirma que esta disposición legal zanjó definitivamente cualquier duda al respecto, porque si ya en vigencia del Decreto 2700 de 1991 que en desarrollo de los mandatos de la nueva Constitución Nacional entregó a la Fiscalía, como norma general, la función de acu-

sación, la circunstancia de que quien emite la sentencia haya "actuado como fiscal", y por ende, haya podido haber formulado en tal carácter la acusación, no es motivo de nulidad ya que el hecho aparece únicamente previsto como causal de impedimento, absurdo sería pensar en la nulidad del proceso, cuando la misma circunstancia se presentó antes de que se creara y empezara a operar la Fiscalía General de la Nación, y cuando todavía, por tanto, la función de investigar y acusar pertenecía a los jueces.

Pertinente es recordar que la no manifestación de un impedimento existente no invalida la actuación desarrollada, pues a voluntad de los sujetos procesales estaba la posibilidad de recusar al funcionario renuente a separarse del proceso. Si no lo hicieron cuando ante el silencio del impedido la ley los habilitaba para hacerlo, mal pueden pretender la nulidad de lo actuado gracias a su silencio e inactividad, tal como lo ha resuelto esta Sala (Sentencia de noviembre 23 de 1989, magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. *G. J.* Tomo CXCIX número 2438, págs. 530 y ss.).

No procede pues, tampoco, este otro cargo de nulidad, que en consecuencia será desechado.

Causal primera.

a) En cuanto al aducido error de derecho en que incurrió el Tribunal al darles valor a los cargos que sin juramento lanzaron los sindicados Anachury Piña y Quintana Chiquillo contra los ahora condenados, y que según el censor por esta razón resultaron "allegados al proceso de manera irregular", dígase con la Delegada que la omisión referida de ninguna manera afecta la aducción de estos elementos de juicio al proceso, en relación con la cual no se observa vicio alguno.

Por lo demás, no fueron los cargos lanzados por estos procesados los únicos elementos de convicción que para condenar a Sanmartín y Murillo, tuvo el Tribunal, pues esta misma Corporación en su fallo expresamente alude a otras probanzas: "La versión anterior (se refiere a la de Anachury), si bien es cierto que no se juramentó a su deponente respecto de los cargos endilgados a los implicados antes citados, la misma aparece corroborada totalmente con el relato que hace Orlando de Avila Alvarez", el cual a su vez es confirmado por Marcelino Castro, "en el sentido de que las únicas personas que en el grupo que indagaban por el paradero de la víctima se encontraban provistas de madero eran Rodolfo Sanmartín y Fidel Murillo".

b) Sobre la alegada violación indirecta de la ley sustancial por el error de hecho en que según el casacionista incurrió el Tribunal, al ignorar una constancia dejada en el acta de levantamiento del cadáver, según la cual Tomás Mendoza Olivo, hermano del occiso, informó que éste había salido de su casa en compañía de otra persona a las 12 de la noche, dígase en primer término que si bien es cierto que la citada

acta es un documento público, ello no significa que todo lo en ella consignado tenga un contenido veraz. En otros términos: La aludida constancia dejada por el funcionario que practicó el levantamiento del cadáver, debe tenerse como cierta, en el sentido de que efectivamente Tomás Mendoza sí manifestó lo que allí se dice. Muy distinto es que lo afirmado por éste corresponda a la realidad.

Lo que no demuestra el casacionista es la trascendencia de este supuesto error, es decir, el por qué de la afirmación del testigo recogida en el acta de levantamiento del cadáver, se pueda deducir, categóricamente, como él lo hace, "que los condenados nunca atacaron y muchos menos causaron la muerte de Pedro Mendoza Olivo", máxime cuando el mismo Tomás Mendoza da cuenta de que el occiso, ya herido, por señas le informó que uno de sus agresores era el "chino", remoquete con que se conoce al procesado Sanmartín Chiquillo (fls. 111 y ss.).

Todo indica que con esta alegación lo que en el fondo busca el libelista es atacar la credibilidad de Marcelino Medrano y Orlando de Avila Castro, cuyas declaraciones califica como "falsos testimonios". Según el actor, si estos deponentes sostuvieron que los "hechos trágicos tuvieron ocurrencia entre las diez y media y once de la noche", y si Tomás Mendoza vio a su hermano vivo a las doce de la noche, los primeros son mentirosos. Pero este no era el cargo formulado y ello constituye una razón más para que esta censura también sea rechazada.

c) Tampoco es afortunado el casacionista al acusar a los falladores por haber distorsionado los testimonios rendidos por Marcelino Medrano Castro, Orlando de Avila Alvarez y Tomás Mendoza Olivo.

Como lo destaca la Delegada, lo que el censor hace en verdad es criticar la credibilidad de estos testimoniantes, cuya distorsión por parte del Tribunal jamás demuestra.

En efecto, Marcelino Medrano (fls. 15 y 100) realmente afirma haber visto al procesado Sanmartín, armado como con un "bolillo" y acompañado de otras personas, y quienes le preguntaron por el occiso esa misma noche en que apareciera muerto, y esta única conclusión es la que del deponente deduce el Tribunal, que por lo tanto nunca distorsionó el contenido objetivo de la probanza. Que los cargos que este declarante hace a los condenados no le parezcan "serios" al recurrente, es una apreciación que nada tiene que ver con el falso juicio de identidad aducido.

Igual aseveración puede hacerse respecto de la pretendida distorsión del testimonio de Orlando de Avila Alvarez, que no se dio. Las observaciones del actor apuntan a criticar la credibilidad que los juzgadores le otorgaron, pero de ninguna manera demuestran este otro supuesto falso juicio de identidad.

Para demostrar el anterior aserto, bastan las siguientes aseveraciones del censor: "...no se puede condenar a una persona cuando es completamente ajena a los rasgos físicos que un testigo señala, no se puede condenar a nadie cuando un testigo señala reconocer a dicho procesado solamente por su color y contextura sin manifestar ninguna otra característica de ese sindicado...".

Tampoco se distorsionó el contenido objetivo del testimonio que rindió Tomás Mendoza, pues basta con leerlo (fls. 111 y ss.) para advertir que sí dice lo que el Tribunal afirmó que decía. Que al libelista le parezca "absurda" y merecedora de risa la versión de este declarante, no significa en modo alguno que el Tribunal incurrió en el falso juicio de identidad alegado.

La demanda, entonces, será desechada en su totalidad, y la sentencia, por tanto, permanecerá incólume.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas NO, *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia. Juan Manuel Torres Fresneda* NO. *Jorge Enrique Valencia Martínez*, salvamento de voto.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO)

Es absolutamente claro en la foliatura que el mismo funcionario que profirió la resolución acusatoria dictó la sentencia de rigor en su condición inicial de Juez Quince (15) de Instrucción Criminal de Cartagena y más tarde como Juez Superior de la misma ciudad. En vigencia del régimen actual entiendo que tal actitud choca en materia grave con la imparcialidad, equilibrio y autonomía funcional que caracteriza el sistema acusatorio.

Sobre el tema he expuesto lo que a seguida copio, sin que el criterio de la mayoría —harto respetable, desde luego— haga mudar el convencimiento que tengo sobre este específico asunto, para mí perfectamente definido:

> "La Ley 81 de 1993 introdujo nuevas causales de impedimento, entre ellas, la contemplada en el numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P. Sigo creyendo en la bondad de las causales pergeñadas en el numeral 8º y ahora en el 11 de la disposición antes citada, cuya exégesis no permite a los magistrados y jueces intervenir en la etapa de juzgamiento cuando previamente han participado en la investigación o acusación, o cuando hayan actuado como fiscales. 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 desdoblamiente 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 con-

dicionado 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 las desvinculación del juez a la pretensión formal de acusación, comportan las mejores garantías de neutralidad e imparcialidad para el propio imputado".

Por lo demás —y en fortalecimiento de mi prédica— hago mías las observaciones del magistrado doctor Saavedra Rojas que viene diciendo casi lo mismo que yo aunque con argumentos de más calado y hondura con su pluma y su palabra. Creo, pues, en la bondad de causal de nulidad alegada en el segundo cargo por afectarse el debido proceso y desconocerse las bases de los derechos fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra.*

PREVARICATO POR OMISION

Frente a la ausencia de un procedimiento cierto y determinado que regulara el trámite que se debía imprimir a los asuntos sometidos al conocimiento de los Miembros de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes y fijara plazos de acometimiento de cada acto procesal, mal puede predicarse la conjugación por parte de los endilgados de unos cualesquiera de los verbos rectores que informan el prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del C. P.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 44, abril 27 de 1994.

Las presentes diligencias preliminares se vienen adelantando por un presunto delito de prevaricato por omisión (art. 150 del Código Penal) contra los doctores *Darío Alberto Ordóñez A.* y *Fernando Carvajalino Cabrales*, quienes por la época de los hechos (25 de septiembre de 1985 y 3 de octubre de 1990, en su orden), integraban la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, y habían sido electos representantes principales por la circunscripción electoral del Departamento del Norte de Santander por el periodo constitucional 1986-1990, el primero, y 1990-1994, el segundo.

Consisten los hechos en que habiéndoles correspondido, por reparto del 25 de septiembre de 1985 y del 3 de octubre de 1990, en su orden, en su condición de Miembros de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, las diligencias adelantadas contra el entonces Procurador General de la Nación (E), doctor Jaime Ossa Arbeláez, ninguna actuación le prodigaron a las mismas.

El doctor Darío Alberto Ordóñez A. las tuvo en su poder desde el 25 de septiembre de 1985 hasta el 3 de octubre de 1990, y el doctor Fernando Carvajalino Cabrales desde esta fecha hasta el 30 de noviembre de 1991, cuando fue revocado el mandato a los congresistas.

Cumplida como ha sido la investigación previa, la Sala se ocupa de resolver si es del caso dictar auto inhibitorio o de apertura de la instrucción.

Sobre los hechos declaró el doctor Hernando Ramírez Leiva, Secretario General de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes por la época de los hechos. El manifiesta que al hacerse cargo de esa dependencia del Congreso no existía reglamento alguno atinente al trámite de los asuntos penales y que por esa razón se profirió la Resolución número 01 del 15 de noviembre de 1978, cuya fotocopia obra en el expediente, la cual vino a suplir en parte la necesidad normativa, pues al menos se daban algunas pautas para el reparto de las respectivas ponencias, al señalar en su artículo 9º:

> "El ponente dispondrá hasta de un mes para investigar los hechos denunciados y presentar el primer informe a la Comisión. Esta conocerá la actuación y fijará un término prudencial para rendir ponencia definitiva".

El testimoniante recuerda que "...en la práctica nunca se pudieron cumplir tales disposiciones" por varias razones:

1ª Las funciones de la Comisión de Acusaciones eran fundamentalmente *residuales*, en la medida de que sus miembros debían sesionar prioritariamente en una de las Comisiones Constitucionales como en la Plenaria de la Cámara, "no pudiendo sesionar (en aquella) mientras sesionaran las dos entidades...".

Por esta misma razón "ni siquiera el reparto de expedientes podía hacerse en sesión por no reunirse la Comisión por el motivo anteriormente expresado..." (fls. 30 y 31 *supra*).

2ª Los términos previstos por la resolución eran "imposible de cumplirse, dado el diverso trabajo del parlamentario amén de la falta de elementos, tales como fotocopiadora, personal y ningún apoyo logístico para tal misión".

El excongresista doctor Fernando Carvajalino Corrales rindió versión libre y espontánea en su condición de miembro de la Comisión de Acusaciones e Investigaciones de la Cámara de Representantes dentro de las diligencias preliminares radicadas bajo los números 8293, 8280 y 8232 (fl. 36) -las cuales se incorporaron a este expediente por economía procesal dada la imposibilidad de su localización, la cual también se predica del exparlamentario doctor Darío Alberto Ordóñez Ortega—, y en todas pone de manifiesto, al igual que lo hace el deponente citado, elementos comunes determinantes de la conducta omisiva que se le endiliga, tales como los siguientes:

1. En la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes "no existía un procedimiento especial señalado por la ley que obligara a los miembros de la comisión legal a cumplir unos términos porque realmente no existían".

2. El reglamento interno que existía por esa época era la Resolución número 01 de 1978 que fue dado por "la mesa directiva de ese entonces", la cual "no podía obligar de ninguna manera en las diferentes legislaturas" su cumplimiento. Prueba de ello es que "en ninguna de las legislaturas posteriores al año 1978 se pudo concretar un reglamento interno de la Comisión ni aún darle cumplimiento" al que existía inocuamente (fl. 40).

3. Los miembros de la Comisión de Acusaciones no se consideraban legalmente obligados a iniciar ninguna clase de investigación "porque no éramos jueces de instrucción ni jueces de conocimiento"; se sujetaban irrestrictamente a lo establecido en la Ley 17 de 1970, artículo 12, numerales 1 y 2 que reducía su injerencia a "inquirir sobre los fundamentos de las denuncias y las quejas que se eleven ante ella contra los altos funcionarios del Estado, los cuales se encontraban señalados en la Constitución Nacional" y a establecer el deber de rendir "un informe a la Cámara si existía mérito o no para acusar ante el Senado a estos altos funcionarios".

4. La Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, carecía de "capacidad investigadora por no tener un reglamento interno regido por la ley, o un procedimiento que nos señalan las funciones como se debían de adelantar las investigaciones, si era que existían" (fl. 41).

5. El doctor Darío Alberto Ordóñez Ortega integraba con el versionista doctor Fernando Carvajalino Corrales la Comisión Primera Constitucional, a la cual era obligatorio concurrir "todas las semanas en sus sesiones ordinarias los días martes, miércoles y jueves y el tiempo libre que era muy poco se lo dábamos a las comisiones legales".

6. Las sesiones ordinarias del Congreso estaban comprendidas entre el 20 de julio al 16 de diciembre, fecha en que entraba en receso.

7. En no pocas ocasiones los dignatarios de la Comisión de Acusaciones se veían avocados a pedir autorización a la Plenaria de la Cámara para sesionar en el tiempo de receso del Congreso, pero resultaba "casi imposible" lograr su quórum en esa época de actividad política de los parlamentarios en cada una de sus regiones (fl. 41).

8. En la Comisión de Acusaciones laboraba una sola secretaria, sin que existiera otros funcionarios idóneos y capaces para colaborar con los ponentes en la indagación sobre las denuncias y quejas que se presentaban ante ella.

(fl. 41 *infra*). Conc. folios 45, 46, 47, 50-53.

De lo acotado hasta aquí se infiere que el común de los Miembros de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes no tenía *certidumbre alguna* respecto de la existencia de norma coercitiva fijante de los términos que tenían para rendir la correspondiente po-

nencia y por ende no tenían el concepto claro del deber jurídico de ejecutar, en un determinado espacio temporal, un acto propio de sus funciones.

Dicho de otra manera, frente a la ausencia de un procedimiento cierto y determinado que regulara el trámite que se debía imprimir a los asuntos sometidos a su conocimiento y fijara los plazos de acometimiento de cada acto procesal, mal puede predicarse la conjugación por parte de los endilgados de uno cualesquiera de los verbos rectores que informan el prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del C. P., en cuyo molde legal se adecuaría la conducta de que da cuenta la actividad preliminar.

Así decidió la Corte un asunto análogo, con ponencia del magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz, dentro de las preliminares número 8341:

> "Sin embargo, el presente diligenciamiento es claro al mostrar que, en el fondo, no existía certeza en relación con el término legal para rendir la respectiva ponencia, no naciendo, por tanto, en los miembros de la Comisión de Acusación, conciencia sobre la obligación de ejecutar, dentro de un determinado tiempo, un acto propio de sus funciones".
>
> "Así las cosas, la conducta denunciada resultaría atípica, hipótesis prevista en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal como causal para proferir resolución inhibitoria" (Auto, 30 de septiembre de 1993).

Y en otra decisión sobre el mismo aspecto, la Sala, con ponencia del magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, expresó:

> "La Comisión de Acusación, en cuanto a reparto y trámite de los negocios que le corresponde conocer, se venía rigiendo por la Resolución número 1 del 15 de noviembre de 1978. A pesar de ser un instrumento que pretendía disciplinar el funcionamiento de tal organismo, es lo cierto que sus normas así aparentaran precisión, no exhibieron suficiente claridad ni aportaron resultados de eficacia. Lo primero, porque si bien en principio, el artículo 9º parece imponer un perentorio término de un mes para investigar y presentar un primer informe a la Comisión, luego se diluye esa categoricidad por la vía del término prudencial, y pierde mayor contenido cuando en el artículo 14 se centra el tema en las ponencias de acusación; Y lo segundo, porque la práctica no pudo ser más contraria a estos generales e incumplidos lineamientos.
>
> "En efecto, nunca se dotó a los comisionados de los elementos adecuados para evacuar tan presto diligenciamiento, resultando un imposible acomodarse a la pretensión de de-

nuncia repartida, denuncia investigada y rendición de informe correspondiente, favorable o desfavorable, ya por la avalancha de denuncias, por los más variados motivos, intereses, y contra los más disímiles funcionarios, ya por la inconsistencia del trabajo parlamentario, que apenas sesionaba desde julio a diciembre de cada año, ora por simultánea atención a otros menesteres legislativos que hacían no sólo difícil sino inalcanzable esta pretensión investigadora" (Auto del 27 de julio de 1993. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

En estas condiciones, la decisión que en esta casuística se impone es que la acción penal respecto de la conducta omisiva denunciada contra los representantes a la Cámara, doctores Darío Alberto Ordóñez y Fernando Carvajalino Corrales, no puede iniciarse por atipicidad de la conducta denunciada en su contra.

Por lo considerado, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1º **ABSTENERSE** de iniciar instrucción respecto de los doctores Darío Alberto Ordóñez Ortega y Fernando Carvajalino Corrales, miembros de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes por la época de los hechos, por atipicidad del hecho que originó esta investigación previa.

2º Archívense las diligencias.

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.

FALSEDAD

De acuerdo con los incisos 3º y 4º del artículo 108 de la Carta, los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida, pueden inscribir candidatos a elecciones, sin requisito adicional alguno al de ser avalada por el respectivo representante legal del partido o movimiento, o por quien él delegue. / Son tres las oportunidades que prevé la ley para la señalada aceptación, vale decir, con la solicitud de inscripción, antes del vencimiento del término de dicha inscripción, o, entratándose de reemplazantes, por último, con la solicitud de modificación de las listas de candidatos. / No es necesario que los candidatos que firman la solicitud de inscripción concurran físicamente a presencia del registrador para que éste les tome solemne juramento sobre su declaración de que son afiliados a ese partido o movimiento político.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 042, abril 21 de 1994.

Vistos:

Decide la Corte si procede dictar auto de apertura sumarial contra el doctor *Armando Echeverri Jiménez*, senador de la República.

Hechos y actuación procesal:

En denuncia escrita no juramentada y en deshilvanados términos, Hildebrando Ortiz Lozano acusa a José Ramón Navarro Mojica, Guillermo Plazas Alcid, Miguel Uribe Londoño, Eduardo Alfonso Jaramillo Hoyos, Mario Hernández Zambrano, Antonio José Navarro Wolf y Armando Echeverri Jiménez de la comisión de los punibles de falsedad, falso testimonio, y fraude procesal.

Llegada a conocimiento de la Corte la actuación cumplida por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante esta Corporación con base en dichas acusaciones, se dispuso por quien finge hoy como magistrado sustanciador acreditar la condición foral de los imputados, estableciéndose que el único que ostenta la investidura actual de senador es el doctor Armando Echeverri Jiménez, sometido a fuero constitucional. Con respecto a los otros, se ordenó compulsar copias para su independiente investigación.

La conducta supuestamente criminosa imputada al doctor Echeverri Jiménez se concreta a que dentro de la contienda electoral para el Congreso de la República verificado el 27 de octubre de 1991, aquel actuando como inscriptor suplantó a 14 personas de las 29 inscritas, ya que sólo firmaron 15 el formulario de inscripción E-9 en señal de aceptación, como lo ordena la ley, mientras que los restantes entraron al proceso electoral sin haber dado su consentimiento, ni haber prestado el juramento de rigor.

Sustenta así los cargos:

> "Cuando un INSCRIPTOR se atribuye la VOCERIA de la MANIFESTACION DE VOLUNTAD de otras personas y suministra a funcionario electoral dentro de un ACTO ADMINISTRATIVO los NOMBRES y NUMEROS DE CEDULAS DE OTRAS PERSONAS para que sean inscritas dentro de UNA LISTA, como CANDIDATOS a una CORPORACION DE ELECCION POPULAR, de hecho LES IMPUTA UNAS CALIDADES, CONDICIONES Y RESPONSABILIDADES, asevorando que SON APTOS, QUE DECIDIERON PARTICIPAR en ese renglón y por ese partido político y que ACEPTAN SER CANDIDATOS y ASUMEN las responsabilidades contractuales y posteriores, ACEPTANDO de igual manera las CONSECUENCIAS Y RESPONSABILIDADES jurídicas, constitucionales y legales que se deriven de su participación y de su posible elección, ES APENAS LOGICO que si ESAS PERSONAS NO FIRMARON ACEPTANDO tal candidatura, NI llenaron los requisitos, NI JURARON OPORTUNAMENTE ACEPTANDO como lo ordena el mismo formulario E-9 en su respaldo, y/o NO HICIERON MODIFICACIONES OPORTUNAS en forma legal de acuerdo con el Acto legislativo número 2 de la Asamblea Nacional Constituyente en su artículo SEPTIMO y los artículos 93, 94 y 96 del Decreto 2241 de 1986 es apenas lógico que esas personas fueron SUPLANTADAS por un INSCRIPTOR que se atribuyó ser el VOCERO de la manifestación de voluntad de ESAS PERSONAS, y los hizo aparecer como incumplidos al no firmar..." (Mayúsculas del texto original, fl. 100).

Como pruebas preliminares, de la Registraduría Nacional del Estado Civil se trajeron copias de los formularios de inscripción y mo-

dificación de las listas que se inscribieron al Congreso de la República para las elecciones del 27 de octubre de 1991, por el Movimiento Fuerza Social Conservadora, perteneciente al Partido Conservador Colombiano, en las cuales aparece como inscriptor el doctor Armando Echeverri Jiménez (fls. 59 y ss.).

Consideraciones de la Corte:

La Sala, al estudiar con detenimiento los medios de persuación recogidos en esta etapa preliminar, encuentra que aparte de que el quejoso hace equivocada interpretación de las normas que se relacionan con la elaboración de listas de candidatos a las distintas corporaciones de elección popular, a los requisitos de presentación de las mismas, a su modificación y ulterior inscripción, no se cuidó de contar primero con conocimiento integral de la documentación presentada ante el Registrador Nacional del Estado Civil a efectos de inscribir la lista de candidatos al Senado de la República, encabezada por el doctor Echeverri Jiménez y por eso hubo apresuramiento en dar noticia de hechos que no tuvieron real existencia y que por lo mismo no comportan instrucción de carácter criminal.

Efectivamente, débese primero indicar que de acuerdo con los incisos 3º y 4º del artículo 108 de la Carta los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida, pueden inscribir candidatos a elecciones, sin requisito adicional alguno al de ser avalada por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Si esto es así, fluye sin dificultad que, en el caso del doctor Echeverri Jiménez, en ninguna irregularidad se incurrió en la elaboración de listas de candidatos al Senado de la República y la ulterior solicitud de inscripción elevada a la Registraduría Delegada del Distrito Capital, pues contaba, para ello, con expresa autorización dada por el representante legal del Partido Social Conservador, como consta al folio 69, cumpliendo así con el precepto constitucional.

En cuanto a la *oportunidad* para que los candidatos integrantes de la lista manifestaran su aceptación, la establece el artículo 92 del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral), así:

> "...Las constancias escritas de aceptación de los candidatos deberán acompañarse a la solicitud de inscripción o presentarse antes del vencimiento del término de dicha inscripción, y en el caso del artículo 94 de este código (muerte, pérdida de los derechos políticos, renuncia o no aceptación de alguno o algunos de los candidatos), las constancias escritas de aceptación de los candidatos reemplazantes deberán

acompañarse a la solicitud de modificación de las listas de candidatos".

Adviértase que la "o" es disyuntiva y no copulativa y, por consecuencia, son tres las oportunidades que prevé la ley para la señalada aceptación, vale decir, con la solicitud de inscripción, antes del vencimiento del término de dicha inscripción, o, en tratándose de reemplazantes, por último, con la solicitud de modificación de las listas de candidatos.

Esto permite colegir, que obligadamente la solicitud de inscripción de los candidatos no debía acompañarse con la firma de todos éstos en señal de aceptación, en cuya omisión el quejoso encuentra falla insalvable, pues ya vimos que contaban con plazo que iba hasta antes del vencimiento del término de inscripción. Y, quien no firma, a nada se compromete y por lo mismo ninguna responsabilidad adquiere o asume.

Es más, justamente porque 14 de los 29 que integraban la lista de candidatos no firmaron la solicitud de inscripción (fl. 65) en el formulario E-9, fue por lo que la Registraduría en Resolución número 401 del 26 de agosto de 1991 (ft. 61) se vio precisada a *rechazar* la solicitud de inscripción de los que no la autorizaron con su firma, documento al cual no alude el quejoso, de seguro por desconocerlo.

Por último, no es necesario que los candidatos que firman la solicitud de inscripción concurran físicamente a presencia del registrador para que éste les tome solemne juramento sobre su declaración de que son afiliados a ese partido o movimiento político, como equivocadamente lo entiende el señor Hildebrando Ortiz, pues, a ese respecto el inciso 1º del artículo 93 del citado Código Electoral nítidamente preceptúa:

> "Para los candidatos tal juramento se entiende prestado por su firma en el memorial de aceptación de la candidatura".

En estas condiciones, resulta claro que carecen de todo fundamento las manifestaciones incriminatorias que aquí se hacen al doctor Armando Echeverri Jiménez y por ende la Corte deberá proferir resolución inhibitoria.

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

Resuelve:

ABSTENERSE de abrir investigación sumarial contra el doctor Armando Echeverri Jiménez, senador de la República, por los hechos a que se contrajo la presente indagación preliminar.

En firme, archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas NO, *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.

PRUEBA / ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / DICTAMEN PERICIAL

Si el fallador deja de lado su ponderación y experiencia, si no mide a cabalidad la prueba en el contexto procesal y no observa sus limitaciones a la par con sus cualidades, el problema es de valoración, no de tergiversación. / En este último supuesto, el error se produce en torno a la expresión de la prueba, o dicho de otra manera, le hacen decir a la probanza algo que no contiene. / El dictamen pericial no es una prueba indubitable, ajena a cualquier cuestionamiento, sino apenas un elemento de juicio que ilustra al juez para, en conjunción con el restante material probatorio, llegar a la certeza requerida para dictar el fallo correspondiente.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 45.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Angel Custodio Rojas* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Florencia, quien lo halló responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, revocatoria de la decisión absolutoria dictada por el Juzgado Quinto (5º) Penal del Circuito de la misma ciudad. El *ad quem* lo sancionó a purgar la pena principal de cinco (5) años de prisión, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y a pagar los perjuicios materiales (280 gramos oro) y morales (20 gramos oro) causados al ofendido Lindon Cuéllar Vargas.

Hechos:

El compendio lo realizó con acierto el Tribunal. Aquí sus palabras:

"En la madrugada del 4 de febrero de mil novecientos noventa (1990) fue gravemente herido Lindon Cuéllar Vargas

y dado de baja en idénticas circunstancias Odilio Juan Ordóñez Díaz, dentro de una casa que se encontraba en construcción ubicada en el sector 7 del barrio Las Malvinas de esta ciudad. Trascienden los acontecimientos a conocimiento de la justicia por el sobreviviente Cuéllar Vargas luego de recuperarse del vil atentado contra su vida, gracias a los especiales y oportunos servicios médicos recibidos. Responsabiliza de este reprochable acontecimiento a dos miembros de la Policía Nacional, reconociendo aproximadamente tres meses después del insuceso a Angel Custodio Rojas, a quien vio en las instalaciones del Banco de la República como al que le disparó con un revólver y a quien conocía de tiempo atrás, en una oportunidad que lo llevaron al cuartel de la Policía por indocumentado. Ninguna información de importancia entrega a los funcionarios instructores respecto del asesino de Ordóñez Díaz, que pudiera interesar para identificarlo.

"Se sabe que los autores de estos lamentables hechos sorprendieron a las víctimas en el sector precisado, las que no se conocían entre sí, y pasada una corta requisa, la formulación de unas pocas preguntas a los inermes jóvenes y una conversación con uno de ellos, los entraron a la casucha y sin piedad les proporcionaron certeros disparos, alcanzando sólo el deceso de uno".

Sinopsis procesal:

La síntesis es patrimonio del Ministerio Público:

"...El Juzgado Tercero de Instrucción Criminal cuando apenas se conocía la muerte de Odilio Juan Ordóñez Arias, ordenó la práctica de indagación preliminar en auto del siete (7) de febrero de mil novecientos noventa (1990) y ante lo infructuoso de ella, decidió suspenderla y remitir las diligencias al Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, lo que hizo en proveído del veintitrés (23) del mismo citado año.

"Una vez que se recibió la declaración del señor Lindon Cuéllar Vargas, como éste refiriera que el autor de los hechos que casi le cuestan la vida fue un agente de Policía, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial dispuso la remisión de lo actuado al Juzgado Catorce de Instrucción Criminal, el que devolvió las diligencias al considerar que no se hallaba individualizado el presunto autor de los hechos.

"La Unidad de Investigación informó, entonces el nombre del imputado: Angel Custodio Rojas agente de la Policía quien había prestado sus servicios en el Banco de la República en el mes de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Después de unas incidencias procesales, entre las cuales se debatió la competencia del Juzgado que inicialmente ordenó el adelantamiento de la indagación y el Juzgado Ambulante que fuera comisionado para la práctica de algunas diligencias, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Ambulante de Florencia dispuso la apertura de instrucción en auto de fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

"El sindicado Angel Custodio Rojas fue escuchado en indagatoria el primero de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991) diligencia en la cual negó ser el autor de los hechos investigados y refirió que el día que los mismos ocurrieron se encontraba prestando el servicio de escolta del señor Félix Tovar Zambrano quien se hallaba acompañado del candidato Ernesto Samper Pizano en unas actividades de proselitismo político. Posteriormente, el día once (11) de octubre, se resolvió su situación jurídica por parte del Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Ambulante de Florencia, con abstención de proferir medida de aseguramiento en su contra.

"Ante nuevas evidencias procesales, el Juzgado Instructor, en providencia de fecha dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992) profirió contra el acusado medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio en grado de tentativa, decisión que fue apelada, si bien, el recurso se abstuvo de desatarlo el Tribunal Superior de Florencia en auto del veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), por haberse concedido en forma inadecuada.

"La investigación fue cerrada en auto del dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992) y su mérito se calificó con providencia del quince (15) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992) cuando el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Ambulante de Florencia profirió resolución acusatoria contra Angel Custodio Rojas por el delito de homicidio en grado de tentativa, en la persona de Lindon Cuéllar Vargas y dispuso la expedición de copias para continuar la investigación que permitiera la identificación de los responsables del homicidio de que fuera víctima el señor Odilio Juan Ordóñez Díaz.

"El expediente pasó al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Florencia, que en auto de seis (6) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) lo dejó a disposición de los sujetos procesales, de conformidad con lo establecido en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

"Evacuadas algunas pruebas que se solicitaron en la etapa del juicio y realizada la audiencia de juzgamiento, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Florencia dictó sentencia absolutoria a favor del encartado, cuya consulta dispuso. El Tribunal Superior de Distrito de la misma ciudad, al desatar el grado jurisdiccional, revocó la absolución pronunciada y en su lugar condenó al procesado por el delito de homicidio, en grado de tentativa. Este fallo es objeto del recurso extraordinario".

La demanda.

Con fundamento en la causal primera de casación, el recurrente considera que el sentenciador cometió un error de hecho en la apreciación de la prueba. La falencia se produjo al tergiversarse "...el sentido fáctico, que con apoyo de la sana crítica y apreciación racional se infiere del testimonio de Lindon Cuéllar Vargas y del dictamen de balística emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal; *haciéndoles producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.* Error *in iudicando* que se desprende de la adición y equívoco entendimiento del dictamen pericial y de la no valoración en conjunto del acervo probatorio recaudado, cuya confrontación es relevante para establecer el sentido y alcance real del dicho ofendido. Falso juicio de identidad y falta de apreciación que determinó la no aplicación de los artículos 445 y 247 del C. de P. P. y en forma mediata la indebida aplicación de los artículos 323, 22 y 61 del C. P.".

A seguida centra su atención en el testimonio de la víctima, Lindon Cuéllar Vargas, para criticar al Tribunal porque le "...otorga mérito y plena credibilidad...", basándose en la sindicación genérica que hace a miembros de la Policía Nacional del atentado contra su vida, la actitud sospechosa de algunos uniformados cuando se encontraba hospitalizado, la concurrencia de circunstancias que le permitieron fijar la imagen de su agresor y aunque la Corporación reconoce que es escasa su formación intelectual, que lo inhibe para precisar los detalles técnicos de rigor, de todas maneras considera valiosas sus palabras para reconocer, al menos, uno de sus agresores.

Estas consideraciones, a su modo de ver, son producto de la "mutilación" de los hechos "...que refiere la prueba y que aprecia como factualmente válidos, y concluir por falta de apreciación de la existencia de certeza sobre la responsabilidad penal del procesado: La sindicación inicial y coincidente de Lindon Cuéllar Vargas, contra agentes de guardia en el barrio Bolívar, para el tiempo de la comisión del ilícito es uno de los hechos procesales que omitió valorar el *ad quem*".

Transcripciones de las varias versiones que Cuéllar Vargas rindiera en el proceso así como un aparte del testimonio dado por su pa-

drastro Hernando Borrero, le sirven para predicar el aserto. Por consiguiente, concluye, los agresores de Cuéllar se encontraban de servicio en el sitio de los acontecimientos, mientras que Rojas en aquel momento prestaba servicio de escolta al senador Félix Tovar. Este error, de no haber ocurrido "...hubiera motivado necesariamente el surgimiento de la duda sobre el alcance de la indilgación (sic) del ofendido contra Custodio Rojas".

Por consiguiente, se distorsionó la declaración de Lindon Cuéllar al tiempo que se demeritó la anotación que aparece en libro de guardia "...que registra la entrega del servicio por parte del procesado a las 1.22 a.m. del 4 de febrero de 1990...", dándose a entender que Rojas pese a estar prestando su servicio como escolta en otro lugar, por dos veces en la noche abandonó el sitio asignado para desplazarse hasta el barrio Bolivar, premisa que considera como "...manifiestamente contraria a la realidad procesal y a la elemental lógica...".

Más adelante advierte que la interpretación de la versión acusatoria es equivocada y falsa cuando se trata de explicar las circunstancias que propiciaron la aprehensión de los rasgos físicos de su atacante pues se omitió "...valorar la injerencia del consumo de bebida alcohólica por un lapso aproximado de cuatro (4) horas, en el sistema sensoperceptivo del ofendido...".

Tampoco se confrontaron "...las versiones primigenias de Lindon: La rendida ante el Personero Delegado en lo Penal y la familiar acercada a través del testimonio de su padrastro y de las deposiciones posteriores a su sindicación contra Custodio Rojas...", pues en las primeras no habla de "...su conocimiento previo del sindicado, que aduce en las segundas...", amén de que si se examinan las diferentes intervenciones procesales de Cuéllar se "...evidencia la continua y progresiva adición y sustitución de imágenes...", hecho que "...desmerita (sic) en sana crítica esta prueba para que en ella se pueda soportar certeza respecto a la veracidad de los hechos...", máxime cuando en el proceso obra una certificación que acredita la ausencia de personal policial en el barrio Bolivar el día del suceso criminoso, y que el ofendido "...con ocasión a acción de reparación directa, interpuesta contra la Nación, *tiene interés cierto* en que el punible de que fue víctima se impute a miembros de la Policía Nacional". Estos elementos, generan una duda que no fue apreciada por el *ad quem* sobre si en realidad Cuéllar tuvo la posibilidad de retener en su memoria los rasgos físicos de su atacante.

3. El siguiente tema que trata versa sobre el argumento del Tribunal acerca de la actitud sospechosa de los policiales. Según el recurrente, las afirmaciones del sentenciador se basaron en hechos que "...no se probaron en rigor..." y otros que fueron supuestos. A continuación aclara que se omitió "...la valoración de los testimonios de los agentes Alirio Peña de turno en el hospital cuando ingresó Cuéllar

Vargas y la de Víctor Manuel Sanabria quien recibió el servicio a las 7 a.m. del 4 de febrero de 1990".

Respecto al primero destaca su aseveración sobre el interrogatorio a que sometió al herido, recordando que le escribió en un papel que no sabía el sitio donde lo habían lesionado "porque estaba muy oscuro" y que habían matado a su compañero, nota que luego entregó a la patrulla que estaba de turno. Esta versión, asegura, la corrobora el Juez Sexto (6º) de Instrucción Criminal al poner de presente que la dicha patrulla le informó sobre la existencia de un cuerpo en el barrio Las Malvinas, lográndose el levantamiento del cadáver de Ordóñez Díaz.

A renglón seguido habla sobre la "inquietud" que provoca el conocimiento "previo" que Cuéllar tenía de Ordóñez y que explica el oficio que el Personero Delegado en lo Penal le dirige al instructor comunicándole que en los mismos hechos le fue quitada la vida a Ordóñez y quedó lesionado Cuéllar Vargas, afirmación que contrapone a la "interpretación equívoca" del *ad quem* quien asevera que "...por la visibilidad que existía fue que pudo dejar presente a Odilio Juan quien vio por primera vez en esta fecha...". Por consiguiente, esta porción de la sentencia "...no se puede soportar con meridiana certeza".

Más adelante centra su atención en el testimonio del agente Sanabria, destacando su versión en lo atinente al papel que Cuéllar escribió, tildando su contenido de "garabatos" que intentó descifrar sin éxito el padrastro de la víctima, "...versión a la que el honorable Tribunal de Florencia niega credibilidad...", afirmando que los agentes de turno en el hospital donde fue recluido Cuéllar, le sustrajeron la nota y la refundieron.

Olvida el *ad quem* —prosigue el actor— que fue merced a esta nota que se ubicó a Ordóñez. Califica la "veracidad" que se le diera a la versión de Cuéllar Vargas y los endebles hechos que la soportan, de "pobre sustento" para considerar "sospechosa" la actitud de los uniformados en comento. También refuta que hubo una "interpretación falsa" y una "valoración errónea" de los requerimientos formulados por el investigador de la SIJIN para que se le remitieran los proyectiles materia de estudio en este proceso, "por falta de apreciación del hecho que aquel instruía proceso disciplinario por los mismos hechos...". Todo ello contribuyó a otorgarle plena credibilidad al testimonio de Cuéllar, hecho que constituye un "error de hecho" ya que se produjo un "...cercenamiento de esta prueba, falta de confrontación de la misma en conjunto con el acervo probatorio y adición de éste...".

4. El último asunto que trata es el relacionado con el dictamen de balística. La falencia la señala como "adición" a su contenido al "inferir sin soporte técnico" que la diferencia que presenta el proyectil extraído a Cuéllar y los tomados del arma de dotación del procesado

se debe a las condiciones en que fue disparado el primero "...sufriendo un impacto contra el hueso..." y a las "manipulaciones" que sufrió al extraérsele del cuerpo.

También critica al Tribunal por "...pretermitir los criterios que rigan la apreciación del dictamen pericial...", al desechar los distintos aspectos que se deben tener en cuenta para examinar los proyectiles, reduciéndolos a unos pocos, "...deducción que omite la valoración de la calidad de los fundamentos del dictamen...", "como el examen del ánima del cañón...", en busca de "...oxidaciones, erosiones, la anchura y profundidad en él paso de las estrías, así como las rayaduras en éstas, peculiaridades de su material por defecto, desgaste material y amelladuras accidentales *pronunciándose sólo del número y rotación de sus estrías*...", olvidando "...que el experticio (sic) así mismo incrimina como arma utilizada en el reato otro revólver de diferente calibre, que no descarta en la solicitud que se le hace para aclaración del mismo...".

Finalmente, denuncia la sentencia por "...no apreciar con suficiente rigor crítico los vicios que presenta esta prueba desde su origen pues no existe certeza sobre que el proyectil remitido como incriminado fuera ciertamente el sustraido al cuerpo de Lindon Cuéllar Vargas...", porque en el expediente obran tanto el encontrado en la humanidad del occiso como el entregado por la madre de Cuéllar y el que se le retiró cuando fue atendido en el hospital. Además, puso de presente el error del técnico en balística al considerar equivocadamente como "incriminados" tanto al proyectil tomado del arma de dotación oficial como al del arma de su propiedad al interpretar el formulario remitido por el juez, lo "...que incidió en que el estudio técnico no se detubiera (sic) con mayor precisión y firmeza sobre las peculiaridades del proyectil aportado al proceso por la madre del ofendido, único del que es posible predicar con lógicas reservas, como incriminado".

Califica la falencia del Tribunal como "error de hecho", estructurado "...por adición del contenido de la prueba y falta de apreciación racional de acuerdo con la sana crítica...", produciéndose la conculcación de los artículos 247 y 445 del C. de P. P. por falta de aplicación e indebida aplicación de los artículos 323, 22 y 61 del C. P. motivada por la preterminsión de los artículos 267 y 273 del C. de P. P. "...en el proceso de valoración de esta prueba".

5. Solicita se case la sentencia impugnada y en su lugar se profiera una de carácter absolutorio por no existir prueba que conduzca a la certeza sobre la responsabilidad de su patrocinado.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Destaca en primer término las "deficiencias técnicas" que exhibe el libelo y que provocan su fracaso, afirmando que aún si se pasaran

por alto estas fallas, los planteamientos del censor "...no muestran la fuerza suficiente para que se decida en su favor el recurso extraordinario". Recuerda la Delegada que no sólo la demanda debe presentar coherencia entre lo pedido y lo demostrado sino también consistencia en los argumentos que se exhiban para provocar la ruptura del fallo.

A continuación individualiza sus críticas, luego de advertir que pese a que el casacionista formula errores de hecho por falso juicio de identidad, traslada sus impugnaciones al campo de los falsos juicios de convicción. Respecto a la declaración de Lindon Cuéllar destaca la inconsecuencia reseñada lo que impide concluir "...si la crítica se dirige contra la estimación probatoria o contra la materialidad del medio de prueba...". Además, recuerda, que las estimaciones del juzgador no pueden ser cuestionadas a través del error de derecho en comento salvo que "...se hayan echado por la borda las reglas de la lógica y la racionalidad...". Así las cosas y luego de hacer las transcripciones correspondientes, el Ministerio Público advierte que la polémica gira en torno a la credibilidad que le diera el Tribunal al testimonio del agredido.

Igual crítica le hace al impugnante cuando descalifica la sospecha que le merece al *ad quem* la actitud policial subsiguiente a los hechos. Insiste en presentar la falencia en el marco del falso juicio de convicción en tanto que califica los testimonios de Borrero y de Cuéllar como carentes de veracidad, al tiempo que considera que las exégesis de los agentes deben ser dignas de atención. Esta mezcla es indebida y le resta fuerza a la demanda.

También llama la atención —dice— el planteo de la polémica en torno únicamente a dos de las pruebas que sirvieron de fundamento para edificar el fallo condenatorio, descuidando la obligación que tiene el recurrente de desvirtuar todos los medios de convicción que le sirvieron de sustento a la decisión cuestionada, única manera de imponer la ruptura del fallo y el pronunciamiento de uno de sustitución. Olvidó el actor referirse a los testimonios de Hernán Rodríguez, Nelson Sáenz y Alfredo Murcia, a la indagatoria del incriminado, al acta de levantamiento del cadáver de Odilio Juan Ordóñez y al informe del Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Más adelante la Delegada reconoce que aunque aparentemente son contradictorias las diferentes versiones de Cuéllar, de todas maneras siempre dirigió sus acusaciones contra miembros de la Policía Nacional, amén de que pudo reconocer a su agresor, provocando la certeza consiguiente.

Además destaca las contradicciones que presentaron las personas que acudieron en apoyo de Rojas, hecho que motivó al Tribunal para descartar la coartada que planteó en el proceso, y a su vez, ratificar la credibilidad que debía otorgarse a la víctima. Cuanto a las diferencias que presenta en sus intervenciones procesales, la Delegada resalta las múltiples interferencias que provocan el desfase en aspectos secun-

darios, permaneciendo incólume el punto central de la declaración: Haber sido interceptado por miembros de la Policía Nacional y finalmente abaleado con el propósito de causarle la muerte, hecho que unido al reconocimiento seguro y repetido que hace del sentenciado, motivó al Tribunal para darle un valor más alto a las pruebas de incriminación que a las exculpatorias.

Considera, entonces —el colaborador del Ministerio Público—, que el escrito se reduce a un enfrentamiento de criterios ante dos valoraciones distintas de las pruebas, no frente a errores sobre la materialidad de los medios, lo que da lugar a que se respeten las valoraciones del juzgador en tanto no menoscaban las reglas de la sana crítica.

En lo que se refiere al peritazgo de Medicina Legal, la Delegada pese a que pone de relieve "alguna dificultad" para concluir si el arma de dotación que portara Rojas en el momento de cometerse los hechos delictuosos fue la misma que disparó el proyectil encontrado en el cuerpo de la víctima, advierte que la confrontación entre los proyectiles disparados por las armas incautadas y el encontrado en el cuerpo de la víctima arrojaron resultados positivos para el arma que portaba el procesado, cuya identificación no da lugar a equívoco alguno, pues las conclusiones del perito se basaron en un riguroso análisis microscópico que reveló la identidad entre las marcas dejadas en los proyectiles de prueba y el hallado en la humanidad del interfecto.

Por consiguiente, entiende que las conclusiones del fallador respecto del resultado de la prueba de balística no pueden catalogarse como un error de hecho manifiesto, al obedecer "a una crítica racional de los resultados obtenidos, y de las condiciones en que ellos se lograron". Por tanto, solicita desestimar el libelo presentado.

Como una consideración adicional y dado que a su entender el procesado Rojas no actuó sólo en el delito investigado y en el homicidio de Odilio Juan Ordóñez, necesario resulta investigar la participación del otro uniformado en el hecho aquí juzgado, por la cual solicita aprovechar la indagación que por separado se adelanta en otro despacho judicial por el homicidio de Ordóñez, expidiendo copia de este concepto y de la decisión de la Corporación con destino a la autoridad judicial competente.

La Corte:

1. Un examen general al libelo presentado a consideración de la Sala arroja resultados adversos a los intereses del demandante. La técnica es atropellada, el razonamiento es débil y limitado, la presentación es confusa y desordenada y en fin, su crítica a la sentencia se reduce a no compartir el criterio personal que tiene sobre los hechos, controversia ajena al recurso extraordinario, instituido no para dilucidar apreciaciones subjetivas y conferirles validez sino para examinar

el ajuste a derecho de la decisión judicial; o lo que es lo mismo, establecer si encuentra eco y respaldo en la verdad procesal y en la normatividad vigente.

2. Según el escrito de casación, la violación a la ley sustancial provino de una "...deformación del hecho juzgado en el proceso de subjunción (sic)...", presentación que se adecúa al error de hecho por falso juicio de identidad. No obstante, en los renglones siguientes, introduce una serie de frases equívocas que oscurecen su pensamiento. De acuerdo con sus palabras: "Se tergiversa el sentido fáctico que con apoyo en la sana crítica y apreciación racional se infiere del testimonio de Lindon Cuéllar Vargas y del dictamen de balística emitido por el Instituto de Medicina Legal...".

La lectura de este último párrafo indica que la distorsión se produjo por no haberse observado a cabalidad las reglas de la sana crítica, hecho que produjo la falencia en comento. Bien se ve que el censor no posee la suficiente claridad sobre el fenómeno. Si el fallador deja de lado su ponderación y experiencia, si no mide a cabalidad la prueba en el contexto procesal y no observa sus limitaciones a la par con sus cualidades, el problema es de valoración, no de tergiversación. En este último supuesto, el error se produce en torno a la expresión de la prueba, o dicho de otra manera, le hace decir a la probanza algo que no contiene. La confusión del casacionista es evidente.

Más adelante, separa los errores que se cometieron en las dos probanzas en cita, diciendo de la última de ellas que el yerro "...se desprende de la adición y equívoco entendimiento del dictamen pericial...", mientras que respecto de la prueba testimonial advierte que la falencia se produce por "...la no valoración en conjunto del acervo probatorio recaudado...". La inseguridad argumental del libelista es manifiesta, aunque con esta aclaración posterior deslinda los campos entre el error de hecho por falso juicio de identidad para el peritazgo y el de error de derecho por falso juicio de convicción para los testimonios, en general. Con esta óptica, la Sala se adentra en el estudio consiguiente.

3. La fundamentación del reproche comienza con la referencia y análisis del testimonio de Lindon Cuéllar Vargas. No obstante, la confusión del demandante continúa en este aparte. En un comienzo critica el que se le haya otorgado "...mérito y plena credibilidad..." a su dicho, lo que significa un error de derecho por falso juicio de convicción; no obstante, luego de hacer las transcripciones pertinentes de la providencia cuestionada, asegura que las consideraciones del Tribunal "...no guardan consonancia en su aspectos más relevante con el fallo condenatorio proferido en contra de Angel Custodio Rojas al mutilar los hechos que refiere la prueba y que aprecia como actualmente válidos...". La dilogía es evidente pues lo que ahora plantea es un

error de hecho por falso juicio de identidad. Con esta exposición contradictoria la Sala se ve imposibilitada de realizar el consiguiente estudio de fondo.

Ahora bien: Luego de comparar trozos de las distintas deposiciones de Cuéllar y de confrontarlas con las de Hernando Borrero, su padrastro, denuncia la cercenación de los "elementos de facto de la prueba", advirtiendo que los agresores se encontraban en el barrio Bolívar desde las diez de la noche (10:00 p.m.) del tres (3) de febrero de mil novecientos noventa (1990) hasta el cuatro (4) de febrero a las tres y treinta de la madrugada (3:30 a.m.). Por consiguiente, pone de presente la imposibilidad de su defendido de cometer el ilícito que se le imputa, ya que a esas horas se encontraba prestando sus servicios como escolta del senador Félix Tovar Zambrano.

Para apoyar su aserto simplemente anuncia las declaraciones de tres personas que aseguran su permanencia al lado del parlamentario: Hernán Rodríguez, Nelson Sáenz y Alfredo Murcia. No obstante, aquí calla sobre el motivo de la cita. Por ventura, se ignoraron dichos testimonios, se distorsionaron, se valoraron erróneamente o se les rechazó por una presunta ilegalidad, al haberse desconocido las reglas sobre su aducción? Su silencio al respecto abre al unísono las varias posibilidades de los errores de hecho y de derecho y también el rechazo consiguiente ante la imprecisión que surge de su mutismo.

Por si fuera poco, a los pocos renglones y luego de insistir en la errónea valoración y además, en la distorsión de que fue objeto el testimonio de Cuéllar, agrega un elemento más al caos argumental que se ha venido estudiando. Ahora censura "...la equívoca apreciación del *ad quem* que lo llevó a demeritar el asiento en el libro de guardia que habla de la entrega del servicio por parte del procesado en la madrugada del cuatro (4) de febrero". De nuevo, con terquedad manifiesta, dirige sus esfuerzos a criticar la valoración que el fallador le diera a esta probanza. Aunque este transitar indeterminado por los diferentes ámbitos de la violación indirecta causa el natural rechazo del reproche, de todas maneras una presentación de estas falencias, en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, no lo habría reportado el éxito esperado, pues la inexistencia de la tarifa legal lo impide. Como muchas veces lo ha expresado la Sala, hoy el juez sólo se rige por las reglas de la sana crítica.

4. La demanda prosigue y con ella los desaciertos. Ahora protesta porque no se tuvo en cuenta que Cuéllar estaba bajo los efectos de bebidas alcohólicas, lo que resiente su credibilidad constituyéndose esta falencia en un cercenamiento de la prueba. El desatino es claro y con él la demostración de que desconoce por completo los diferentes y precisos ámbitos de los falsos juicios que dan origen a la violación indirecta de la ley sustancial.

Para el demandante es lo mismo una distorsión de la prueba que una errónea valoración y de ahí que denuncia al mismo tiempo y bajo estos supuestos como falencia fáctica el no haberse tenido en cuenta la presunta ebriedad de la víctima. Por ello, no tiene reparo en proseguir su argumentación indicando las contradicciones que exhibe Cuéllar Vargas al confrontarse sus diferentes intervenciones procesales. Apoyándose en las variaciones secundarias que el declarante exhibe en sus versiones, rendidas con una diferencia de tiempo considerable, pretende mostrar una posible mendacidad.

La valoración del testimonio de Lindon Cuéllar debió haberse hecho a la manera del demandante y no del Tribunal. Ahí radica su desacuerdo con la sentencia. La alegación puede ser válida en las instancias pero extraña a la casación donde —se repite— se examina la correspondencia del fallo con el proceso, y no cuál de las tesis expuestas resulta más atrayente, y, por ende, más susceptible al éxito.

5. Más adelante, muestra su desacuerdo con la afirmación sobre la "actitud sospechosa" de los policiales que se encontraban de turno en el establecimiento hospitalario donde llegó Cuéllar para que le atendieran las heridas, materia de esta investigación. Luego de transcribir los apartes pertinentes sobre las versiones y la valoración que les concediera el Tribunal, pretende otorgarles mayor fuerza probatoria dando cuenta que gracias al informe que estos uniformados rindieran fue posible ubicar el cadáver de Odilio Ordóñez y realizar la diligencia de levantamiento de su cuerpo.

Como bien se observa, el casacionista continúa con su empeño de enmarcar su tacha dentro del error de derecho por falso juicio de convicción, ámbito inconveniente por lo que se ha dicho líneas atrás. Lo propio sucede cuando a renglón seguido descalifica la "inferencia" del fallador sobre los requerimientos de la SIJIN para que se le remitieran los proyectiles y el revólver materia del delito. La exigencia era explicable y no sospechosa, asevera el censor, puesto que el funcionario solicitante se encontraba adelantando una investigación disciplinaria contra el procesado.

6. Olvidando que el dictamen pericial no es una prueba indubitable, ajenas a cualquier cuestionamiento, sino apenas un elemento de juicio que ilustra al juez para, en conjunción con el restante material probatorio, llegar a la certeza requerida para dictar el fallo correspondiente, el actor de nuevo pretende elaborar su propia interpretación y convencer a la Corte de que la suya y no otra es la que ha de tenerse en cuenta. Pero es que, el razonamiento del Tribunal es serio, ponderado y ajustado a la realidad procesal. No hay asomo de arbitrariedad. Por el contrario, su análisis es juicioso. Con razón advera la Delegada:

> "No menos cierto resulta, sin embargo, que los peritos del Instituto de Medicina Legal hicieron la confrontación de

los proyectiles que les fueron entregados con otros que ellos mismos lograron recuperar en el laboratorio, análisis del cual concluyeron que unos y otros fueron disparados por las mismas armas que se aportaron para el dictamen. Lo que no resulta acorde con la realidad, es que se hayan podido equivocar respecto del arma de propiedad del acusado, pues al momento de rendir el informe hicieron separación clara sobre estos puntos, al consignar".

"Comparación microscópica de proyectiles 1 a 3.

"Efectuados los disparos de prueba correspondientes en el recolector para balística con el revólver calibre 38 largo, marca Smith & Wesson número AAV2349 se sometieron los proyectiles patrón e incriminado al estudio comparativo en el microscopio especial para balística con el fin de determinar las características de identidad en sus zonas aptas para confrontación (estrías, macizos, número e inclinaciones de las mismas), encontrándose signos de igualdad entre los incriminados y de prueba, lo cual nos demuestra que los proyectiles materia de estudio *si fueron disparados por el arma descrita anteriormente.*

"Comparación microscópica proyectiles:

"Efectuados los disparos de prueba correspondientes en el recolector para balística con el revólver calibre 32 largo, marca Colt, número 631135, se sometieron los proyectiles patrón e incriminado al estudio comparativo en el microscopio especial para balística, con el fin de determinar las características de identidad en sus zonas aptas para confrontación (estrías, macizos, número de inclinación de las mismas), encontrándose signos de igualdad entre los incriminados y de prueba, lo cual nos demuestra que los proyectiles materia de estudio fueron disparados por el arma descrita anteriormente.

"Como se ve, dos armas fueron remitidas al laboratorio; disparados de ellas, en forma independiente, se obtuvieron proyectiles que sirvieron de patrón para la comparación con los que había remitido el Juzgado, todos los cuales se identifican con el nombre de *incriminados*, no porque ellos sean los que presuntamente se hallaron en el cuerpo del ofendido, sino porque fueron los remitidos por autoridad judicial para el examen correspondiente. En forma separada, se emitió la opinión del experto, quien aseveró que de los proyectiles remitidos por el Juzgado, los identificados con los números uno a tres fueron disparados por el revólver marca Smith & Wesson número AAV2349, la misma que era de dotación del procesado.

"El proyectil número uno, esto es, uno de los disparados por el arma de dotación del acusado, es el mismo que fue sustraído al ofendido, según se aprecia al comienzo del dictamen, lo que permite afirmar con validez que el proyectil encontrado en el cuerpo de Lindon Cuéllar Vargas fue disparado con el arma de dotación que usaba el procesado.

"Ahora bien, cuando en la descripción del proyectil aludido se consignó que presentaba rayado macroscópico visible de cuatro estrías (2 parciales) y tres macizos, en tanto respecto del revólver se dejó consignado que su ánima tiene cinco (5) estrías de rotación derecha, ello no desvirtúa las conclusiones del perito en la medida en que éstas se basaron en el análisis microscópico practicado en el aparato especialmente diseñado para esta clase de exámenes, el que permitió descubrir la identidad de las marcas del proyectil encontrado en el cuerpo de la víctima con las que exhibió en su oportunidad el patrón".

Basta examinar con detenimiento la experticia cuya parte central viene de transcribirse para culminar en la bondad incriminatoria de la misma al existir la certeza de haber sido el arma de dotación del procesado la que disparó el proyectil que hirió a Lindon Cuéllar.

La improsperidad de la demanda es evidente.

7. Por último, en lo que se refiere a la petición de la Delegada sobre la remisión de copias de su concepto y de la decisión de la Corte en este negocio con destino al Juzgado que investiga el homicidio consumado de Odilio Díaz, a fin de que se investigue la posible participación en él de Angel Custodio Rojas, la Sala no encuentra reparo alguno. Es cierto, que los dos hechos tienen una íntima comunión de acción. Rojas actuó con un compañero suyo en contra de la integridad personal de las dos víctimas. Debe por ello investigársele por el homicidio. De igual manera, la compulsación de copias de este proceso con el fin de investigar al otro partícipe en las lesiones inferidas a Cuéllar, también se hace necesario. Así lo ordenará la Sala por intermedio de la Secretaría.

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

Resuelve:

1. NO CASAR la sentencia impugnada.

2. ORDENAR la compulsación de copias de este fallo y del concepto de la Delegada, de acuerdo con los motivos expuestos en la parte motiva de la providencia.

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.

FISCAL / PREVARICATO

Pretender que la Fiscalía carece de interés o de personería para recurrir las decisiones adoptadas por los jueces sobre excarcelación o libertad del procesado es desconocer que la Constitución Política le ha dado a aquella entidad la expresa facultad de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores, y dentro de ella el deber de "asegurar la comparecencia" de estos últimos, la cual implica no tan solo la posibilidad de instruir, calificar y adoptar medidas de aseguramiento, sino buscar con los medios y recursos que le otorga la ley la efectividad de estos fines que le han sido encomendados. Si, complementariamente, el Código de Procedimiento Penal le da a la Fiscalía de manera expresa en sus artículos 118 y siguientes y 444 la entidad de sujeto procesal a partir del momento en que la causa se inicia, no queda margen para poner en duda que bajo esa condición le asiste la posibilidad de solicitar las pruebas, interponer los recursos y promover incidentes que aprovechen a los intereses que constitucionalmente le han sido encomendados, y que en el caso específico de la excarcelación, guardan estrecha relación con las funciones de acusar y hacer comparecer a los presuntos infractores ante los jueces, pues la primera de estas dos tareas tiene precisamente su realización en esta etapa de la causa, quedando las proyecciones de la segunda comprendidas en aquella como obligado complemento. / Es bien sabido que cuando un funcionario adopta decisiones prevaricadoras, propicia el desorden, perjuicio y descrédito de la administración, lo que hace su comportamiento reprochable. Pero si aquellas decisiones se producen por un funcionario judicial y afectan un proceso, a las consecuencias de injusticia o de impunidad producen desasosiego y desconcierto, quebrantando en mayor grado el equilibrio que se estaba llamado a restaurar, dejando insatisfecho el anhelo de justicia y generando en los asociados desconfianza, lo que connota el hecho de una gravedad muy superior.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 46.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por la doctora *Amanda García Trujillo*, Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, en contra de la providencia de fecha 14 de marzo del corriente año, por medio de la cual la Sala Penal de dicha Corporación, concedió el beneficio de libertad provisional al procesado, doctor *Darío Valencia Moreno* con fundamento en el ordinal 1º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993.

Actuación procesal:

1. Dentro de la investigación adelantada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, contra el doctor Darío Valencia Moreno, el mencionado ente investigador le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, sin excarcelación, por medio de la providencia de fecha 26 de julio de 1993, por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, realizados en concurso homogéneo y sucesivo, durante su desempeño como Juez Quinto Especializado de la referida ciudad.

2. El día 6 de agosto del mismo año, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cali, sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva, por detención domiciliaria, con base en lo dispuesto por el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal.

3. La misma Unidad de Fiscalía, en providencia fechada a 3 de noviembre de 1993 dictó resolución de acusación contra el doctor Darío Valencia Moreno, como presunto responsable de los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión en concurso; mantuvo la prohibición de libertad provisional, al igual que la sustitución de la detención preventiva por domiciliaria.

4. El 24 de noviembre del mismo año, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, avocó el conocimiento de la causa, y en su desarrollo profirió la providencia que en este momento es objeto de revisión por virtud del recurso de apelación interpuesto por la fiscal.

Consideró el Tribunal de instancia, que la solicitud de libertad impetrada por el defensor del procesado con fundamento en el ordinal 1º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 es viable, porque los requisitos para su concesión exigidos por dicha norma en concordancia con el artículo 68 del Código Penal, se satisfacen a cabalidad porque como lo anota la misma Fiscalía en el doctor Valencia Moreno "se encomian

sus cualidades personales y se relieva su buen comportamiento profesional y social. Esta apreciación, que comparte la Sala, refulge del obrar público y privado del hoy imputado, quien durante un extenso período ha estado vinculado como juez de este Distrito Judicial, siendo reconocido como persona correcta y como funcionario cumplidor de su deber".

En seguida, el *a quo* pasa al análisis del aspecto objetivo, para establecer la pena que le podría corresponder al procesado en caso de ser condenado por razón de los delitos imputados, llegando a la conclusión de que no superaría los tres años de prisión, porque por razón de la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 66 ordinal 11 del Código Penal "para cada una de las conductas de prevaricato imputadas al procesado, es claro que la pena básica de la cual debe partirse para efectos de la correspondiente tasación no puede ser la mínima, según lo enseña el artículo 67 *ibidem* y, estima la Sala, que los dos años, de los cuales se partió por la Fiscalía, son adecuados...", y a este quantum, por virtud del concurso de hechos punibles le correspondería un incremento máximo de un año, para un total final de tres años de prisión "con lo cual se satisfacen las exigencias objetivas previstas en el artículo 68 del C. Penal".

5. La fiscal apelante solicita a esta Corporación la revocatoria de la providencia atacada y en su lugar, se niegue el beneficio de libertad provisional otorgado al doctor Valencia Moreno.

Sostiene que los requisitos exigidos por el artículo 68 del C. Penal en su ordinal primero, no se satisfacen en el presente caso, por lo que la tasación de pena efectuada por el Tribunal para considerar si ante eventual sentencia condenatoria el procesado sería merecedor del subrogado de la condena de ejecución condicional, fue errada, pues no tuvo en cuenta las circunstancias genéricas de agravación punitiva deducidas en la resolución de acusación, por manera que de haberlas considerado, la cuantificación de la pena a imponer, sobrepasaría los límites del artículo 68 *ibidem*.

Insiste en que por razón del concurso de hechos punibles, los dos años de prisión señalados como pena mínima, se deben aumentar hasta en otro tanto, resultado que no obtuvo el Tribunal debido a la omisión anotada.

6. El procesado en su condición de no recurrente, disiente de las apreciaciones de la fiscal y defiende la decisión adoptada por el Tribunal en su favor, para la que solicita confirmación con base en los siguientes planteamientos:

a) Asegura que la fiscal carece de interés jurídico para recurrir la providencia excarcelatoria, pues tal actitud comporta intromisión en las facultades propias del juzgador, quien es el competente para dosificar la pena;

b) Dice que la apelante no sustentó el recurso y por consiguiente debe declararse desierto, ya que en su escrito no consagra argumentaciones dirigidas a rebatir las fundamentaciones del Tribunal sobre los cuales decidió que por razón del concurso de delitos, el aumento punitivo no puede ser superior a un año de prisión.

Consideraciones de la Corte:

1. Ninguna de las razones aducidas por el no recurrente prospera para enervar el conocimiento de la Corte en esta instancia.

Pretender que la Fiscalía carece de interés o de personería para recurrir las decisiones adoptadas por los jueces sobre excarcelación o libertad del procesado es desconocer que la Constitución Política le ha dado a aquella entidad la expresa facultad de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores, y dentro de ella el deber de "asegurar la comparecencia" de estos últimos, la cual implica no tan solo la posibilidad de instruir, calificar y adoptar medidas de aseguramiento, sino buscar con los medios y recursos que le otorga la ley la efectividad de esos fines que le han sido encomendados.

Si, complementariamente, el Código de Procedimiento Penal le da a la Fiscalía de manera expresa en sus artículos 118 y siguientes y 444 la entidad de sujeto procesal a partir del momento en que la causa se inicia, no queda margen para poner en duda que bajo esa condición le asiste la posibilidad de solicitar las pruebas, interponer los recursos y promover incidentes que aprovechen a los intereses que constitucionalmente le han sido encomendados, y que en el caso específico de la excarcelación, guardan estrecha relación con las funciones de acusar y hacer comparecer a los presuntos infractores ante los jueces, pues la primera de estas dos tareas tiene precisamente su realización en esta etapa de la causa, quedando las proyecciones de la segunda comprendidas en aquella como obligado complemento.

Tampoco el incumplimiento de la carga procesal que impone el artículo 196 A del Código de Procedimiento Penal por parte del recurrente se avisa:

Si bien el escrito respectivo no es extenso, no por ello deja de enunciar la pretensión ni los motivos que a su éxito conducen, pues como fácil asoma a su lectura, la fiscal apelante identifica su aspiración para que la excarcelación sea revocada, y en una referencia directa y exacta a la causal que le sirvió al Tribunal para otorgarla, controvierte sus argumentos afirmando que la Corporación desestimó la consideración integral del hecho cometido con las circunstancias que denotaban su agravación, desestimación que conducía a una aproximación valorativa de la pena inferior a aquella que en derecho le correspondería al acusado. Ausente ese requisito de pena para el reconocimiento del subrogado, la libertad provisional no podía concederse.

Tal es el razonamiento que se ofrece: Claro, preciso y condicionante de una respuesta de la Sala.

2. Circunscrita la materia del debate a la contradicción de la pena que aproximó como aplicable el Tribunal, por haber omitido la consideración íntegra de las circunstancias que rodeando el hecho repercutían en su gravedad y consecuente incremento punitivo, debe decirse que así el *a quo* se haya ocupado de la causal genérica prevista en el artículo 66, numeral 11 del Código Penal, reafirmada por la Fiscalía en la resolución acusatoria, concluyendo en que por ello la pena básica no podría ser la mínima "según lo enseña el artículo 67 *ibídem*", para añadir que como consecuencia "los dos años, de los cuales se partió por la Fiscalía, son adecuados...", dicha coincidencia con el análisis del incremento por razón del concurso de delitos en seguida se disipa, porque pues entre tanto la Fiscalía persistó en que la pena imponible al doctor Valencia Moreno ha de ser superior a tres años de prisión, considerada la gravedad y modalidad de los delitos de prevaricato por los que lo acusó, el Tribunal no la supera de ese tope.

La verdad es que el Tribunal de instancia no ahonda en estos tópicos de importancia indiscutible para determinar la cantidad de pena imponible, con base en los criterios dispuestos por el artículo 61 del Código Penal e insoslayables dentro del proceso. En efecto, los hechos en los que se fundan los cargos por los delitos de prevaricato en contra del doctor Valencia Moreno, se refieren a sendas decisiones adoptadas dentro de un proceso por delitos de tráfico de estupefacientes, que condujeron a eximir de responsabilidad a las personas implicadas en el mismo, no obstante el abundante caudal probatorio que imponía asumir decisiones bien opuestas.

Según la síntesis que de los cargos hace el proceso, el doctor Valencia Moreno se distanció abiertamente de la ley al abstenerse de "decretar medida de aseguramiento contra uno de los procesados", también al proferir "el fallo absolutorio que descartó de toda responsabilidad al principal de los encartados" y al proferir "la decisión que puso fin al proceso sobreseyendo definitivamente a los demás".

Es bien sabido que cuando un funcionario adopta decisiones prevaricadoras, propicia el desorden, perjuicio y descrédito de la administración, lo que hace su comportamiento reprochable. Pero si aquellas decisiones se producen por un funcionario judicial y afectan un proceso, las consecuencias de injusticia o de impunidad producen desasosiego y desconcierto, quebrantando en mayor grado el equilibrio que se estaba llamado a restaurar, dejando insatisfecho el anhelo de justicia y generando en los asociados desconfianza, lo que connota el hecho de una gravedad muy superior.

Así se pone en el caso presente en evidencia esa resonancia superior, cuando los implicados que concurrieron ante el doctor Darío

Valencia habían sido sorprendidos en flagrancia, se sindicaban de un delito (infracción a la Ley 30 de 1986) que por su naturaleza y la cantidad de la sustancia decomisada revestía mayor repercusión y daño, y por sus bien sabidas y dolorosas consecuencias tanto hacia la distribución y consumo de esta clase de sustancias como hacia el poder de la delincuencia que se organiza y fortalece al rededor del tráfico, generaban todavía un mayor repudio nacional e internacional, factores determinantes del grado punitivo.

Pero si a todo lo anterior se agrega que aún trató el acusado de obstruir la revisión de sus torcidas determinaciones por parte de la instancia superior, sustrayéndolas a una revisión forzosa en vía de consulta, los hechos salen de un contexto ordinario para indicar que no exclusivamente tenían repercusión todas las circunstancias dadas al precisar la pena base, sino además en la regulación atinente al concurso, que como así lo indica la Fiscalía en su recurso, a voces indicaban que la sanción en caso de condena, y bajo las circunstancias hasta este estadio conocidas, autorizaban sobrepasar en pena de prisión de los tres años, pues no se olvida que en la oscilación gradual que se autoriza al juez podía llegarse frente a un máximo total de cinco (5) años (art. 149 del C. P.), a un incremento igual a otro tanto según lo preceptúa el artículo 26 *ibidem*.

Siendo lo anterior trasunto de cuanto consta hasta ahora en el plenario, tiene que convenir la Sala en que razón le asiste a la apelante cuando observa que el *a quo* no se ajustó en su integridad a los criterios que orientan la facultad de anticipar con miras a la libertad provisional una aproximación sobre la pena que correspondería imponer ante un evento de condena, motivo por el cual la providencia apelada se revocará, pues en favor del sindicado no se actualiza la causal de libertad provisional que le sirvió de base al Tribunal, distanciado el subrogado de la suspensión condicional de la sentencia, por ausencia del requisito objetivo previsto en el ordinal 1º del artículo 68 del Código Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, RESUELVE: REVOCAR la providencia impugnada de fecha 14 de marzo del corriente año proferida por el Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual concedió libertad provisional al enjuiciado Darío Valencia Moreno. Por consiguiente, el procesado continuará sometido a la medida de aseguramiento proferida en su contra, para lo cual se han de librar las comunicaciones pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel NO, *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez* NO.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEBIDO PROCESO

Una de las formas de faltar al debido proceso y en consecuencia vulnerar el derecho de defensa, consiste en dejar de practicar las pruebas que sean favorables para el procesado, pero no se podrá lograr el desconocimiento de las garantías del sindicado cuando las mismas no fueron allegadas al proceso por motivos ajenos al juez, esto es, cuando no fue su inactividad o querer, lo que llevó a no recepcionar los elementos probatorios favorables a la defensa.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 42, abril 21 de 1994.

Vistos:

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de *Fredy Guillermo Quimbayo Moncaleano,* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual se condenó al mencionado como coautor responsable de los delitos de *homicidio agravado* en concurso con el de *hurto calificado agravado,* imponiéndole una pena de diecinueve (19) años de prisión, pero adicionándola en el sentido de compulsar copias a la Unidad de Fiscalía correspondiente, a fin de que se investigue el posible delito de falso testimonio en que pudo incurrir Isabel de Parra.

I. Hechos y actuación procesal:

En la ciudad de Bogotá, entre la noche del cinco y la madrugada del seis de septiembre de 1991, el señor Jaime Armando Pedraza Martínez, quien conducía un vehículo de servicio público —taxi— de placas SE-1489, fue despojado del mismo, y muerto mediante disparo de arma de fuego; su cuerpo fue encontrado sin vida el día seis en horas de la mañana, en una calzada de la autopista al Llano, cerca al basurero de Doña Juana.

El vehículo fue recuperado el viernes siete de septiembre en la residencia de William Orlando Suárez López —calle 64A número 0077 donde había sido dejado por Fredy Guillermo Quimbayo Moncaleano, individuo al que se le encontraron en su poder documentos que pertenecían al conductor del taxi.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Setenta y Siete de Instrucción Criminal, despacho que resolvió la situación jurídica del indagado Fredy Guillermo Quimbayo Moncaleano con medida de aseguramiento de detención preventiva y se abstuvo de proferirla en contra de William Orlando Suárez López.

Cerrada la investigación penal, el Juzgado instructor calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Quimbayo Moncaleano y reapertura de la investigación respecto de William Orlando Suárez López.

Contra esta decisión el defensor de Suárez López interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Por su parte el defensor de Quimbayo Moncaleano interpuso el de apelación por lo cual el Juzgado al pronunciarse sobre ellos, repuso el auto calificatorio decretando cesación de procedimiento en favor de Suárez López. Igualmente remitió el expediente al Tribunal para que se pronunciara sobre la situación del otro procesado.

El Tribunal Superior mediante providencia de abril seis de 1992, confirmó el pliego de cargos en contra del hoy condenado.

La etapa del juicio fue tramitada por el Juzgado Tercero Superior de esta ciudad, que en desarrollo de la misma y al haber entrado en vigencia el nuevo Estatuto Procesal Penal, se convirtió en el Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito. Realizada la audiencia pública se dictó la sentencia condenatoria contra el procesado Quimbayo Moncaleano al encontrarlo penalmente responsable, como autor del concurso de hechos punibles de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, imponiéndole diecinueve (19) años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez años, así como la obligación al pago de perjuicios por valor equivalente en moneda nacional hasta dos mil quinientos (2.500) gramos oro.

Este fallo fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, con la adición de compulsar copias para que se investigue el posible delito de falso testimonio en que pudo incurrir Isabel de Parra.

Contra esta decisión, el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación.

II. La demanda:

El impugnante formula un único cargo contra la sentencia al amparo de la causal tercera de casación.

El Tribunal dictó una sentencia sobre un proceso viciado de nulidad, al no verificar las citas que hace el indagado a lo largo de las diversas ampliaciones de indagatoria que rindió, las cuales tienen especial relevancia para su defensa. Esto unido a las omisiones en la práctica de diligencias probatorios solicitadas por el indagado para demostrar lo que estaba informando, estructuran la causal de nulidad, por ser estas aseveraciones y pruebas solicitadas imprescindibles para demostrar hechos y circunstancias que tienen que ver con la exoneración de responsabilidad de su defendido.

El fallo del *ad quem* confirmó la sentencia condenatoria del *a quo*, pero sin tener en cuenta que esta providencia es un acto ineficaz por haberse violado el derecho de defensa durante la etapa del juicio.

El defensor en la etapa del juicio solicitó ampliación de la indagatoria con el objeto de aportar mayores datos a la investigación —identidad de las personas que le dieron a guardar el taxi—. Prueba que fue decretada, cumpliéndose con el objetivo planteado por el defensor, ya que el indagado manifestó que Ricardo Antonio Zafra y Omar Pérez le propusieron que arreglara un carro para ganarse una plata.

Esta declaración permitió que la defensa solicitara allanamiento a la casa de Yesid —partícipe en los hechos— así como captura de estos tres individuos. Igualmente requirió se facilitara un álbum fotográfico para buscar datos de identificación de Yesid.

El Juzgado omitió verificar las citas concretas que hizo el indagado y la práctica de pruebas solicitadas en el ejercicio del derecho de defensa, deber legal previsto en el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal; actuando en forma facilista compulsó copias ante el juez de Instrucción Criminal para que dispusiera lo pertinente frente a los cargos formulados y las pruebas solicitadas violando los principios de equidad, investigación integral e imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba.

El error en que se incurre en la sentencia de segunda instancia consiste en no haber advertido la violación de las garantías constitucionales y legales debidas al procesado, para ejercer una defensa eficaz frente a la acusación que se le plantea de ser coautor de los ilícitos de homicidio y hurto agravado.

Desde un principio se requirió al implicado para que explicara la procedencia del vehículo y éste manifestó que lo había recibido de terceros, sin revelar la verdadera identidad de los mismos, por haber sido objeto de amenazas en forma sistemática.

En la etapa del juicio decide justificar la tenencia del automóvil y sus papeles, así como identificar a las personas que le propusieron hacerse cargo del carro, para lo cual amplía su indagatoria y dentro

de ella se dejan numerosas citas y constancias; igualmente se solicitan pruebas, las cuales respectivamente no fueron verificadas y practicadas, pretermitiendo el *a quo* las obligaciones impuestas por la ley procesal penal, procediendo a dictar sentencia condenatoria.

Esta nulidad se manifestó al vulnerarse el artículo 29 de la Constitución Nacional, así como las normas procesales que la desarrollan, artículos 361, 362, 333 y 249 del Código de Procedimiento Penal.

Acorde con lo anterior solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y en su lugar decretar la nulidad del proceso a partir del folio 278 del cuaderno original.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita a la Corte declare la legalidad del juicio adelantado a Fredy Guillermo Quimbayo Moncaleano y por ende no casar el fallo acusado, con apoyo en las siguientes razones:

La inconformidad en que se hace consistir el reproche de nulidad radica en no haberse indagado en la etapa del juicio a Yesid Cardona, Omar Pérez y Ricardo Antonio Zafra, señalados por el procesado como las personas en quienes concurría la obligación de responder sobre la procedencia del taxi, ya que revisada la actuación se aprecia que las citas en lo que tiene que ver con los testimonios referidos por el imputado fueron evacuados a lo largo del proceso.

En la instrucción declararon María Lucero Quintero, Elías Rojas Hernández y María Constanza Agudelo Rodríguez, testimonios con los que se trató de demostrar que Quimbayo Moncaleano se encontraba en lugar distinto al de la ocurrencia de los hechos, siendo imposible su participación material en la comisión de los mismos. Declaraciones que desde el pliego de cargos y de conformidad con la sana crítica, no han merecido credibilidad.

En el juicio, a raíz de las ampliaciones de indagatoria, declararon Isabel Rojas Guevara, Pedro Luis Blanco y Luz Dary Quimbayo, quienes trataron de avalar las explicaciones de Quimbayo Moncaleano, en cuanto éste y sus familiares habían sido víctimas de amenazas con el fin de que no se delatara nada en relación con los sujetos responsables de la procedencia del vehículo de servicio público.

No es por causas atribuibles a los funcionarios judiciales, la ausencia de quienes en el último momento fueron sindicados por el procesado como los autores del concurso delictual, para que se manifieste que por falta de actividad del órgano jurisdiccional se quebrantó el derecho a la defensa.

Antes de que se les hiciera imputaciones, a Antonio Zafra y Omar Pérez, el Juzgado instructor ordenó la recepción de sus declaraciones.

En la etapa del juicio y a raíz de nuevas ampliaciones en las que el procesado hace cargos en contra de estos dos sujetos, se insiste en un primer momento en escucharlos. Pero fue a iniciativa del defensor que ahora sustenta el recurso extraordinario, que el juez de conocimiento consideró improcedente escuchar a Cardona, Zafra y Pérez, refrendando la decisión de investigar por separado las imputaciones penales que surgen en contra de estos señores.

Si como el propio defensor lo afirmara, es facultad potestativa del juez verificar las citas o aseveraciones que el procesado vierta en el ejercicio de defensa, no existe motivo para que se sostenga ahora que se vulneró ese derecho, máxime que el procesado fue escuchado nuevamente en ampliación de indagatoria y nada nuevo aportó, sólo ratificó los cargos contra terceros.

Así las cosas, el juzgador de primera instancia, al conocer las imputaciones y ordenar que se compulsaran copias, obró en forma correcta. Por el contrario, si al conocer esas imputaciones ordena la vinculación, se hubiese quebrantado el debido proceso, ya que el expediente se encontraba en la causa y no en instrucción, pero además configuraría otra causal de nulidad por el factor funcional en la medida que era al juez de instrucción criminal de ese momento, a quien competía indagar a los demás presuntos partícipes de los hechos investigados.

El cargo no prospera en su sentir.

IV. Consideraciones de la Sala:

En un único cargo, el demandante al amparo de la causal tercera de casación le plantea a la Sala una nulidad de carácter legal por violación al derecho de defensa, al no haberse verificado las citas y aseveraciones hechas por el procesado en la etapa del juicio, como tampoco practicarse unas pruebas que eran imprescindibles para su defensa.

Al respecto, reiteradamente ha sostenido esta Corporación que una de las formas de faltar al debido proceso y en consecuencia vulnerar el derecho de defensa, consiste en dejar de practicar las pruebas que sean favorables para el procesado, pero no se podrá alegar el desconocimiento de las garantías del sindicado cuando las mismas no fueron allegadas al proceso por motivos ajenos al juez, esto es, cuando no fue su inactividad o querer, lo que llevó a no recepcionar los elementos probatorios favorables a la defensa.

En el caso en estudio, revisado minuciosamente el expediente encontramos lo siguiente:

a) A Fredy Guillermo Quimbayo Moncaleano se le vinculó mediante indagatoria el once de septiembre de 1991 —cinco días después de ocurridos los hechos—, diligencia en la que el procesado negó su participación en los mismos, limitándose a manifestar que el vehículo lo recibió de un tal Pablo y un tal Jefferson, quienes lo habían contratado para hacerle unos arreglos al taxi, objeto material del ilícito de hurto, siendo capturado cuando hablaba con Ricardo Zafra y Omar Pérez;

b) Una primera ampliación de indagatoria se recepcionó el quince de octubre de 1991, diligencia en la que sostuvo su versión inicial, agregando que ni Ricardo Zafra, ni Omar Pérez, tuvieron nada que ver en los hechos;

c) Su actual defensor, mediante memorial presentado el día diecinueve de noviembre de esa misma anualidad, solicitó se recepcionaran las siguientes declaraciones: Isabel Rojas de Parra, Elías Rojas Bermúdez, María Lucero Quintero Bustamante, María Constanza del Pilar Rodríguez, Ricardo Antonio Zafra, Omar Pérez, Pedro Luis Blanco y Jorge Enrique Hurtado. El Juzgado decretó su práctica, habiéndose recepcionado algunas de ellas a pesar de haber sido citados todos los deponentes, resultando significativo que al propio defensor se le entregaron las citaciones de Ricardo Antonio Zafra y Omar Pérez, sin que los hubiese hecho comparecer, situación que él acepta en una de las tantas ampliaciones de indagatoria de Quimbayo Moncaleano.

> "El Despacho deja constancia que el señor defensor del procesado le manifiesta al Juzgado que la dirección de las boletas era de una posible oficina a la cual me iba a trasladar y tales boletas me fueron entregadas a mí personalmente por el Juzgado 77 de Instrucción Criminal, para hacérselas llegar a sus destinatarios por intermedio mío, pues para la época en que se decretó la prueba (sic), yo desconocía la dirección de tales señores y solicité que dichas boletas de citación me fueran enviadas a mi oficina a donde me iba a pasar o fueran entregadas personalmente, lo que esto último ocurrió y a su vez se las entregué al señor Pedro Luis Blanco, cuñado del procesado, para que ubicara esas personas y les comunicara que tenían que comparecer al Juzgado" (fl. 269, cuaderno principal);

d) En la etapa de la causa mediante memorial de doce de mayo de 1992, el abogado solicitó nuevas pruebas, las cuales fueron decretadas parcialmente —auto de mayo 15 de 1992—, en razón a que algunas ya habían sido practicadas;

e) El diez de junio del mismo año se recibió una segunda ampliación de indagatoria, en la que Quimbayo Moncaleano, sindicó directamente a Ricardo Zafra y Omar Pérez como los sujetos que le entregaron el vehículo para hacer unos arreglos. Solicitó su captura, así

como el allanamiento a la residencia de Yesid Cardona, de quien se dice tiene un revólver calibre 38, igualmente requirió un álbum fotográfico para tratar de identificar al hermano del último de los nombrados;

f) El Juzgado Tercero Superior de esta ciudad, ordenó compulsar copias para investigar la posible conducta ilícita de estos individuos —auto de junio doce de 1992—, así mismo como el procesado manifestó ser objeto de amenazas, ofició al respectivo centro carcelario para que se tomaran las medidas pertinentes;

g) El quince de junio del mismo año, a solicitud de la defensa, se escuchó nuevamente en ampliación de indagatoria al procesado, quien se ratifica en los cargos;

h) Finalmente, dentro de la diligencia de audiencia pública, se oyó nuevamente al acriminado y se recepcionaron a solicitud del defensor las versiones de Isabel Rojas Guevara, Pedro Luis Blanco y Luz Dary Quimbayo.

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia, bien claro queda que las afirmaciones del actor no corresponden a la realidad procesal estudiada, no pudiéndose por tanto aceptar que se hable de violación al derecho de defensa cuando es una verdad indiscutible que el funcionario instructor y posteriormente el juez de la causa estuvieron atentos a verificar las citas y aseveraciones del acusado.

De otra parte, estima el censor que los principios de investigación integral e imparcialidad de los funcionarios que conocieron del proceso fueron por estos transgredidos, pues en su sentir algunos medios de convicción no fueron allegados al proceso, entre ellos, las versiones de los presuntos responsables del ilícito, Ricardo Antonio Zafra y Omar Pérez, planteamiento que si bien objetivamente es cierto, de todas maneras se debe tener en cuenta que si tales pruebas no se realizaron, las causas en manera alguna son imputables a los funcionarios que adelantaron la actuación, toda vez que aún antes de que Quimbayo hiciera cargos en su contra, el Juzgado Setenta y Siete de Instrucción Criminal los llamó a declarar entregando al defensor actual, y por solicitud de éste las boletas de comparecencia de estos señores, sin que los hubiese hecho llegar al despacho del juez instructor para que declararan, por lo que se puede afirmar que no fue la desidia o negligencia del juez, sino motivos extraños a éste, los que impidieron que las declaraciones se recibieran.

Aún es más contradictorio el argumento, al centrario en el hecho de haber sido negligente el Juzgado de la causa, en recepcionar las versiones de Ricardo Antonio Zafra, Omar Pérez y Yesid Cardona Rivillas, cuando fue el mismo defensor el que en desarrollo de la causa, motivó al Juzgado a que no recibiera esas versiones dentro del proceso.

En este punto, se hace necesario recordar que cuando el Juzgado Tercero Superior mediante auto de doce de junio de 1991 —fl. 281—, fijó fecha para realizar la diligencia de audiencia pública, el defensor interpuso recurso de reposición, para que la misma no se llevase a cabo, hasta tanto no se constataran las citas de su defendido —para lo cual se hacía necesario recibir las versiones de los señores antes mencionados—, para posteriormente desistir del recurso por considerar que:

> "La verificación de las citas hechas por el procesado y demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones es potestad legal facultativa de los jueces al observar en su conjunto el material probatorio obrante" (fl. 297).

Si el propio defensor resolvió no insistir en que se recaudaran dentro de la causa las versiones referidas, ello significa que tuvo razones para perder interés en su práctica, luego, no resulta lógico ni serio que ahora alegue que se violó el derecho de defensa por no haberse verificado las mismas.

En últimas, lo que pretendía el defensor, era la vinculación tardía de los señores tantas veces mencionados al proceso, lo cual sí hubiese resultado ilógico y constitutivo de una causal de nulidad. Por ello con razón afirma la Delegada:

> "En consecuencia, bien sostuvo el juzgador de primera instancia cuando al conocer de esas imputaciones no dudó en ordenar la expedición de copias para ante un juzgador (sic) de Instrucción Criminal (fl. 278). Contrario hubiera sido el proceder, si una vez conocidas esas afirmaciones incriminantes, ordena la vinculación de aquellas tres personas al proceso, que es en esencia, insístese, la verdadera inconformidad del casacionista pues no solamente se habría quebrantado el debido proceso ya que el expediente avanzaba en la causa y no en la instrucción, sino que además actualizaba otra causal de nulidad por el factor funcional de competencia en la medida que era a los jueces de Instrucción Criminal de entonces a quienes competía indagar a los demás presuntos partícipes de los hechos aquí investigados, tardíamente 'delatados' por Quimbayo Moncaleano, a quien dicho sea de paso, no se le ha otorgado en recto juicio jurídico probatorio credibilidad a sus manifestaciones exculpativas: La inverosimilitud de las afirmaciones es la causa" (fl. 10, concepto de la Delegada).

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado.

Juan Manuel Torres Fresneda NO, *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas* NO, *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Una es la violación al debido proceso, otra de consecuencias definidas y distintas la violación al derecho de defensa, y un fenómeno completamente dispar la ocurrencia de errores en la apreciación de las pruebas, así éstos puedan conducir ya sea al desconocimiento del in dubio pro reo, o de la presunción de inocencia. / Si el ataque se encamina por la vía de la nulidad por violación del debido proceso, el defecto se debía relacionar con alguno de los estadios esenciales de la actuación procesal como la iniciación de la investigación, la vinculación del imputado al proceso, la definición de su situación jurídica provisional, el cierre de la instrucción, la calificación del sumario, la iniciación del juicio, el período probatorio, la verificación de la audiencia, la decisión de fondo de la controversia o el trámite de las instancias. / Si la afectación se daba sobre el derecho de defensa, debía señalarse y demostrarse por vía de ejemplo la inasistencia de una defensa técnica en el sumario o en la causa; la pretermisión de pruebas conducentes a la demostración de inculpabilidad del inculpado, la imprecisión de la formulación de los cargos, o la ocurrencia, en fin, de circunstancias capaces de entorpecer o de dificultar la comprensión de la imputación, la controversia de la prueba o la respuesta al cargo, permitiendo en cada caso poder entrar a abordar el estudio del reproche, lo cual implica que se haya precisado el punto motivo del ataque y demostrado de qué manera el defecto llegó a incidir desfavorablemente y sobre los intereses y garantías del recurrente. / Las normas procesales están estatuidas para darle impulso dinámico a los ritos pre-establecidos, y que su aplicación comienza desde el mismo momento en que entran a regir. Ultractiva o retroactivamente sólo operan en cuanto otorgan garantías o beneficios al procesado cuando por vía de ejemplo las posibilidades de excarcelación se amplían o facilitan. / Los falsos juicios de existencia por omisión y de identidad no resultan conciliables, pues mal podría deformarse objetivamente una prueba que no fue tenida en cuenta, por simple sustracción de materia.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 45.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados *José Israel Gómez Valencia* y *Javier Giraldo Montoya*, en contra de la sentencia de septiembre 11 de 1992 proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la condena emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad mediante la cual impuso a los acusados la pena principal de 28 meses de prisión y multa de cincuenta mil pesos como coautores responsables penalmente de los delitos de falsedad y estafa. Al concederles el subrogado de la condena de ejecución condicional, el Juzgado omitió señalar el término de presentaciones, debiendo el *ad quem* limitarlo al de la pena principal.

Hechos y actuación procesal:

1. Leonor Avendaño Manrique de Chávez quien se anunció como hermana de Cecilia Manrique viuda de Bodden, puso en conocimiento de las autoridades que esta última, propietaria del inmueble de la calle 67 número 7-20 de esta ciudad; fue suplantada ante el Notario Octavo del Círculo de la capital mediante la utilización de documentos apócrifos para hacerla aparecer como si el día 19 de septiembre de 1986 hubiera extendido la escritura pública número 2425 enajenando el mencionado predio a los acusados José Israel Gómez Valencia y Javier Giraldo Montoya, cuando para esa fecha Cecilia padecía una enfermedad que la postraba en estado terminal, produciéndose su deceso el 14 de octubre siguiente.

2. El Juzgado 63 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá inició la investigación, vinculó a los imputados mediante indagatoria, y definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de falsedad, infracción a la cual adicionó el cargo de estafa con motivo de la calificación del sumario que proveyó con resolución de acusación.

Las diligencias pasarían luego al Juzgado Octavio Penal del Circuito donde culminó la causa con sentencia adversa a Gómez y Giraldo, providencia fechada el 25 de marzo de 1993, que a su vez dispuso la expedición de copias para que se investigara por separado la conducta del testigo Eduardo León Ortiz.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados, el Tribunal ratificó la decisión del *a quo* mediante la suya que se hace ahora motivo del recurso extraordinario de casación.

Las demandas:

1. A nombre del procesado José Israel Gómez Valencia, su defensor formula dos cargos por la vía de la causal tercera de casación, el primero con invocación de los artículos 29 de la Constitución Política, 14, 358, 360 y 376 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), y en el segundo con asidero en el mismo precepto constitucional y los artículos 5º del Decreto 050 de 1987, 10 y 214 del Decreto 2700 de 1991.

El *primer cargo* acusa la violación de las formas propias del juicio en cuanto en el proceso se omitió investigar a la mujer que se dice suplantó a Cecilia Manrique de Bodden, desestimando el esclarecimiento de la posible falsedad de la cédula exhibida ante el notario y de la firma colocada por la vendedora en la escritura. De esa forma se infringió el artículo 14 del estatuto procesal anterior por rompimiento indebido de la unidad procesal, e igualmente el artículo 29 de la Constitución Política faltando a las formalidades propias del juicio y atentando en contra del derecho de defensa.

No se demostró agrega, que el hecho lo hubiera cometido alguno de los procesados. Tampoco se investigó la conducta del Notario Octavo del Círculo de Bogotá, quien omitió tomar las impresiones dactilares de la vendedora y de los compradores que suscriben la escritura.

Para el casacionista las pruebas omitidas obstruyeron la posibilidad de esclarecer aquello que podía favorecer los intereses de su cliente como su explicación en injurada donde afirmó no haber visto documentos de identidad de la persona que suplantó a la dueña del inmueble y en contra de quien formuló cargos y suministró sus características morfológicas que permitían su vinculación al proceso como Cecilia N. N.; lo mismo predica respecto de Pedro Prada Román a quien señaló como el representante de la anterior. De esa manera continúa, se quebrantó el derecho de defensa y se le desconocieron la presunción de inocencia —art. 3º del Decreto 050 de 1987— y el favorecimiento de la duda previsto en el artículo 248 *ibidem*.

Con relación a la mujer, insiste en resaltar su existencia física, pues de lo contrario el notario según lo dispuesto en el Decreto 960 de 1970 no había podido autorizar la expedición de la escritura pública.

El *segundo cargo*: Se hace radicar en la violación al principio de favorabilidad frente a la negativa del Tribunal para aceptar la celebración de la audiencia pública autorizada en el artículo 214 del Decreto 2700 de 1991, con el argumento de que el trámite que rige el

presente proceso es el señalado en el Decreto 0050 de 1987. En esa diligencia añade, pretendía poner de presente que la funcionaria que actuó en la etapa de instrucción estaba siendo investigada por el Fiscal Delegado ante el Tribunal, en razón a la amistad íntima con la denunciante.

En tales condiciones solicita la invalidación de la sentencia y la nulidad de lo actuado, entrando a determinar la Corte a qué estadio ha de regresar el trámite.

2. Demanda a nombre de Javier Giraldo Montoya.

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991, el defensor propone un *único cargo* a través de la violación indirecta de la ley sustancial, por considerar que fueron aplicados indebidamente los artículos: 220, 356 y 22 del Código Penal, dejando de aplicar correlativamente el artículo 445 del Decreto 2700 de 1991 al incurrirse en errores manifiestos de hecho, generando falsos juicios de identidad y de existencia, al no dar el fallador por demostrado, estándolo:

> "...que el Paz y Salvo de Renta y Patrimonio, utilizado en la negociación a nombre de Cecilia Manrique viuda de Bodden, se expidió correctamente.
>
> "No dar por demostrado, estándolo, que la señora Cecilia Manrique viuda de Bodden, aún en la etapa terminal de su enfermedad gozaba de sus capacidades psicomotoras y podía movilizarse independientemente.
>
> "No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de compraventa suscrito entre los procesados y la vendedora no fue directamente tachado de falso.
>
> "Dar por demostrado, no estándolo, que el precio de la compraventa era irrito o vil.
>
> "Dar por demostrado, no estándolo, que dentro del haz fáctico existía prueba de la costumbre comercial.
>
> "Ignorar la existencia de duda razonable y manifiesta originada en el conjunto de pruebas recaudadas, y a pesar de la existencia de esta situación condenar al recurrente.
>
> "Desconocer las situaciones fácticas condicionantes del artículo 254 del C. P. P.
>
> "No dar por demostrado, estándolo, que el recurrente estaba amparado por el principio *'in dubio pro reo'*".

Para concretar el falso juicio de existencia, el actor sostiene que la sentencia dejó de apreciar las siguientes pruebas:

Certificados de Paz y Salvo expedidos por la Tesorería Distrital, folio 279 del cuaderno número 2.

Diligencia de inspección judicial del folio 279 del cuaderno número dos.

Historia clínica de la paciente Cecilia Manrique viuda de Bodden, folios 426 a 429 del cuaderno número 2.

Declaración de Elisa Villamizar Villamizar, folios 117 a 123 del cuaderno número 2.

En su lugar, fueron apreciadas de manera incorrecta las siguientes:

1. Paz y Salvos expedidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, WC 00738554.

2. Fotocopias de las Declaraciones de Renta y Patrimonio de los folios 246 a 249 del cuaderno número 2.

3. Certificación de Heriberto Londoño Castillo, folio 245.

4. Certificación de Rafael Martínez Morales, folio 106, cuaderno número 1.

5. Experticia del perito Mario Murcia Prieto, folios 279 a 281 y 293 a 301, cuaderno número 1.

6. Injurada de Javier Giraldo Montoya, folios 112 a 122, cuaderno número 1.

7. Injurada de Israel Gómez Valencia, folios 159 a 176.

8. Tarjeta de Pedro Prada Román, folio 177, cuaderno número 1.

9. Certificación del Juzgado Primero Civil de Bogotá, folio 178, cuaderno número 1.

10. Declaración del doctor Ariza Londoño, folios 167 a 171, cuaderno número 1.

11. Certificación Sección Identificación DAS, folio 59, cuaderno número 2.

12. Experticia médico doctora Gloria M. Colmenares Tovar, folios 411/416, cuaderno número 2 y folios 2 al 5, cuaderno número 3.

13. Experticia de Medicina Legal, folios 195 y siguientes, cuaderno número 3 y 247 y siguientes.

14. Promesa de compraventa, folios 181/182, cuaderno número 1.

15. Declaración de José Luis Velásquez Bonilla, folio 152, cuaderno número 3.

16. Fotocopia letra de cambio y oficio Juzgado, folios 175/176, cuaderno número 2.

17. Certificación Juzgado 17 Civil del Circuito, folio 98, cuaderno número 1.

18. Declaración doctor Israel Antonio Gómez, folios 132/133, cuaderno número 3 y oficios a folios 188/189 *ibidem*.

19. Certificación expedida por la firma Oswaldo R. Buckle y Cía., folios 220, cuaderno número 3 y 173, cuaderno número 2.

20. Declaración de Marco Tulio Díaz Guevara, folios 199 a 201, cuaderno número 2.

21. Declaración de Eduardo León Ortiz, folios 127 a 131, cuaderno número 3.

22. Poder otorgado por Pedro Prada Román, folios 130 y 180, cuaderno número 1.

23. Recibo suscrito por Pedro Prada Román, folio 179, cuaderno número 1.

24. Tarjeta decadactilar perteneciente a Pedro Prada Román, folio 33, cuaderno número 2, y su partida de defunción, folio 99 *ibidem*, y certificación Ministerio de Justicia, folio 174.

25. Tarjeta de presentación de Pedro Prada Román, folio 177, cuaderno número 1.

26. Escritura pública 2425, folios 7 a 8, cuaderno número 1.

El *ad quem*, para el censor, apreció defectuosamente el conjunto del materia probatorio como en el caso del paz y salvo que asegura es auténtico como así lo corroboró la experticia que aparece a folios 279 y 280 del cuaderno número 2, e igualmente tergiversó las razones plasmadas en la citada pericia. Debido a lo anterior se incurrió en otro error al no dar por demostrado, estándolo, que el otro paz y salvo nacional con un número de cédula alterado, jamás fue utilizado en el acto negocial, como tampoco se logró demostrar que el mismo hubiera sido encontrado en poder de los compradores, o que éstos lo aportaran. La diligencia de inspección judicial por su parte, dice que en el protocolo notarial sólo se encontró el paz y salvo correcto.

Agrega que el sentenciador incurrió en otros yerros relacionados con la prueba documental obrante a folio 106 del cuaderno número 1, donde se hace alusión a dos cuentas con números de cédula diferentes, y al hecho de que con el NIT número 20.178.725 no figuraran declaraciones de renta hasta el 29 de agosto de 1988; lo cual debe atribuirse al fallecimiento de la señora Manrique de Bocden acaecido en el año de 1986; además, agrega, tampoco se demostró el inicio del proceso relativo a su sucesión. De otra parte, el informe de Visitaduría a que hace mención el oficio obrante a folio 106 carece de incidencia frente a lo probado, y no debe ser tenido en cuenta como prueba ya que ni fue solicitado, ni se decretó su aportación legal al proceso.

Insiste en que se recortaron los alcances de lo afirmado por el perito del DAS Mario Murcia Prieto sobre la existencia de la cuenta con el antecitado NIT, extrayendo el juzgador equivocadamente evidencias en contra de los procesados, y que mucho menos se demostró quién suele ser el aportante de los paz y salvos para efectos de la compraventa, siendo lo normal y corriente que estos los lleve el vendedor mas no los compradores.

Según el libelista, el sentenciador distorsionó el dicho de Giraldo Montoya en la diligencia de indagatoria, donde expuso las razones que lo motivaron a la negociación y que no radicaban tan solo en haber visto la casa, porque también condicionó la compra al estudio jurídico de los títulos y al otorgamiento de un plazo para la cancelación íntegra del precio. Y respecto de la suma ofrecida (tres millones y medio de pesos, a lo sumo cuatro), dice que ella obedecía al estado de deterioro en que se encontraba el inmueble y a la existencia de derechos litigiosos. Reconociendo que el acusado no ingresó al inmueble, explica que bien pudo apreciarlo desde una distancia de diez metros aproximadamente, y no como se afirma en la sentencia, que desde un sitio más lejano.

Asevera que el *ad quem* desconoció otros elementos de juicio expuestos por el procesado en la injurada y distorsionó el dicho de Gómez Valencia, quien aseguró haber conocido a Prada Román en una de sus frecuentes visitas al Café Colonial. Para el Tribunal, esos sitios se visitan por coincidencia o casualidad, olvidándose que allí y no exclusivamente en las oficinas, se llevan a cabo múltiples negocios.

No se tuvieron en cuenta las referencias que el implicado hizo respecto de la ubicación privilegiada del lote y su constante valorización, pues la casa carecía de valor comercial debido a su estado de deterioro también certificado por Elisa Villamizar, desestimando la extensión del predio y los elementos jurídicos del título, que según el indagado apreció al analizar el certificado de libertad que le exhibió Prada Román.

Se hizo caso omiso de la amistad que por más de 20 años unía a los acusados, impidiendo interpretarla como razón para que el uno depositara toda su confianza en el otro, lo cual habría disipado la idea de que el comportamiento contractual fue fantasioso. También se mutaron las manifestaciones del procesado cuando dijo haber tenido la convicción de estar contratando de buena fe con la legítima dueña del inmueble, al responderle que esa era una pretensión soslayada de inculpabilidad o desconocimiento previo de la presunta ilicitud de su comportamiento, porque de esa forma se cambió la presunción legal de inocencia por un indicio en su contra.

Con referencia a la promesa de compraventa, atribuye al Tribunal un falso juicio de identidad al no tener en cuenta que allí se consignó una condición y al mismo tiempo una obligación a cargo de la vende-

dora: La de entregar el inmueble en un plazo de 90 días. Fue ante el incumplimiento de ese compromiso que se instauró ante el Juzgado Primero Civil Municipal el juicio de lanzamiento en contra de los tenedores del inmueble, pero en cambio el *ad quem* alteró esa premisa para exigir de Gómez Valencia un acto procesal, dando por demostrado, no estándolo, que la viuda de Bodden no podía movilizarse, y más aún durante tres oportunidades para la realización de la compraventa.

El Tribunal, continúa, recortó el alcance del certificado del Departamento Administrativo de Seguridad e igualmente tergiversó y amplió los términos de las certificaciones y declaraciones del médico cancerólogo doctor Ariza Londoño, pues mientras éste dijo que el tratamiento a la paciente lo empezó un año antes del deceso y del viaje que hiciera a los Estados Unidos; el *ad quem* aseveró que fue a partir del regreso a Colombia que la viuda de Bodden comenzó la etapa terminal de la enfermedad y por ello no podía movilizarse sin la ayuda de otra persona.

Añade que la paciente le pidió autorización al médico para trasladarse a una isla de su propiedad que estaba a punto de perder, siendo esa la razón del viaje, y no su estado de salud. Ello estaría corroborando que la mencionada señora sí podía desplazarse autónomamente de un sitio a otro tal como lo mencionó el doctor Ariza y consta al folio 170 del cuaderno número 2 cuando dijo que al principio asistía al consultorio una o dos veces al mes y sin ningún apoyo, y que sólo al final dejó de concurrir por su estado terminal. El sentenciador, sin embargo, afirmó, incurriendo en manifiesto error de hecho, que al consultorio "siempre fue acompañada de la misma persona".

Para el casacionista, el Tribunal le recortó el alcance a la historia clínica de la paciente Manrique de Boddem y al dictamen pericial rendido por la ginecóloga forense doctora Gilma Barriga Garzón, pues mientras las probanzas de naturaleza médica permitían deducir que la vendedora no era inválida, que podía movilizarse e ir a una oficina y suscribir un documento, se dio por demostrado, no estándolo, que por su grave enfermedad la propietaria perdió capacidades mentales, quedando impedida para expresar su consentimiento.

Otra equivocación más habría cometido el Tribunal en el análisis de la promesa de compraventa, porque el precio pactado no era irrito o vil como judicialmente se dice, dado que al momento de firmarse la escritura —año de 1986— no había penetrado la fuerza inflacionaria de los dineros producto del narcotráfico, ni el fenómeno de la dolarización de la economía que generó la política de cielos abiertos y libertad aduanera. Los procesados explicaron a suficiencia las razones y los motivos por los cuales ofrecieron los cuatro millones de pesos por el lote, porque la construcción, dado su vetusto estado, debía desestimarse.

Y dentro del mismo análisis de la negociación reprocha al juzgador porque a pesar de demostrarse que José Luis Velásquez Bonilla y el doctor Israel Antonio Gómez Buitrago le entregaron a uno de los implicados el dinero para la negociación de la cuota correspondiente a parte del inmueble, el primero a título de préstamo con el respaldado de una letra de cambio, y el segundo restituyendo un dinero que antes había recibido en préstamo; el Tribunal desfiguró los testimonios como tmabién su apoyo documental para inferir a cambio indicios de culpabilidad.

Dio aquí el fallador por demostrada una costumbre comercial sin ocuparse de relacionar la prueba que la respaldaba, ni respetar los términos que para la aceptación de esta figura establece el artículo 190 del Código de Procedimiento Civil, e invirtió la carga de la prueba sobre el precio cancelado por los compradores, no obstante haberse probado el origen real de los dineros utilizados en la transacción.

En relación con la intervención de Prada Román dice el censor que así Marco Tulio Díaz Guevara gerente de la firma arrendadora de la oficina 505 de la carrera 12 número 13-40 de Santafé de Bogotá, hubiera declarado afirmando que la oficina no se la había arrendado a aquel intermediario, el fallador amplió en su contenido esa prueba, pues no es sólo el arrendamiento el título que legitima o explica la ocupación de inmuebles, pudiendo darse un subarrendamiento o la ocupación a través de intermediarios, poseedores o tenedores. Además, y según el deponente, esa oficina había sido entregada por el juez, pero ni se aportó la copia del proceso de lanzamiento, ni certificación judicial que así lo respaldara.

Para replicar lo referente al poder otorgado a Prada Román y la crítica que en el fallo se hiciera a la tarjeta de presentación por éste utilizada, argumenta que aunque el mandato lleva fecha del 2 de julio de 1986, época en que la vendedora se encontraba fuera del país, la providencia fue más allá de su contenido al considerarlo apócrifo, desatendiendo que ni se había establecido grafológicamente su falsedad; ni si se habían entregado en blanco, la época en que fue suscrito, ni las circunstancias de su creación. El documento, añade, había podido ser remitido por correo o con un recomendado desde el exterior.

Si en la tarjeta de presentación se mencionaban actividades de los ramos civil y tributario, tampoco era incompatible la gestión inmobiliaria propia de la profesión de abogado, calidad que detentaba Prada Román. Un gran número de profesionales en diferentes áreas se suelen anunciar dedicados a actividades diferentes a las de su profesión, sin que exista obligación para que los abogados deban hacerlo de una forma predeterminada. Para el libelista, tanto la tarjeta de presentación como el recibo de pago de la comisión fueron tergiversados por el sentenciador para erigir sobre esa base el fallo de condena.

Para concluir, en la demanda se critica que la sentencia hubiera ignorado la declaración de León Ortiz y la diligencia de inspección, por cuanto eran pruebas demostrativas de inocencia de la parte adquirente del inmueble, a la par con el conjunto de los documentos aportados para suscribir la escritura, de los cuales hicieron parte los paz y salvos pericialmente calificados de auténticos así que, "frente a los indicios de mentira y de mala justificación, se yergue el cúmulo de pruebas no desvirtuadas, asistidas de presunción de legalidad y autenticidad, generantes de duda razonable, que sólo pueden resolverse o solucionarse a favor de la parte recurrente...". Con tales premisas, se solicita de la Corte entre a casar el fallo atacado, y en su lugar se absuelva al procesado.

Concepto del Ministerio Público:

No considera el Procurador Primero Delegado en lo Penal que las demandas presentadas por los defensores de los acusados José Israel Gómez Valencia y Javier Giraldo Montoya deban prosperar, según razones que en seguida se presentan:

A la demanda presentada a nombre de José Israel Gómez Valencia, dice la Delegada que el *primer cargo*, formulado dentro de la causal tercera, carece del requisito de precisión que le era imprescindible, pues el recurrente omitió señalar la clase de nulidad invocada, sus fundamentos, y las normas consideradas como infringidas. Si lo que pretendía era atacar por una violación al derecho de defensa, tenía la obligación de determinar cuál había sido la actuación procesal calificada de lesiva, cuál también la norma transgredida y de qué forma el vicio pudo incidir en la sentencia de condena. Si de una vulneración al debido proceso, determinar la comprobada existencia de irregularidades sustanciales, las únicas que podrían afectar en su estructura el sistema mixto que lo integra; pero además, tampoco el impugnante especifica:

> "...en forma concreta las circunstancias que configuran cada uno de tales vicios de nulidad, ya que solamente se limita a afirmar de manera general que no se averiguó por parte del instructor quién pudo ser la mujer que suplantó a la vendedora del inmueble Cecilia Manrique viuda de Bodden para estampar su firma en la escritura pública, así como tampoco se investigó la conducta del Notario Octavo del Círculo de Bogotá para determinar si cumplió sus funciones conforme al Estatuto de Notariado y Registro en relación con el otorgamiento de la escritura pública en cuestión; de la misma manera alude que no se vinculó al proceso a Cecilia N. de quien el inculpado Israel Gómez Valencia suministró las características suficientes para su identificación y a quien señaló bajo juramento como la persona que se presentó como vendedor del inmueble".

Para la Delegada el defecto que se acusa no constituye nulidad, pues la vinculación de una persona al proceso como lo dispone el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal, requiere de su plena identificación, siendo insuficiente la sola mención de un nombre —Cecilia N.— para satisfacer las exigencias del precepto. Tampoco era del ámbito del proceso penal averiguar la posible falta disciplinaria que cometiera un notario, inexistiendo, en su sentir, transgresión al derecho de defensa, porque los procesados gozaron de las garantías que fija la ley en el curso de toda la actuación y su trámite quedó ajustado al debido proceso.

Respecto del *segundo cargo*, dice la Delegada que el no haberse realizado en la segunda instancia la diligencia de audiencia del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal que hoy rige, no constituye violación a lo establecido en la Constitución Política, ni en la ley, pues tal disposición según precepto de los artículos 1º y 13 transitorio del Decreto 2700 de 1991, tan solo era aplicable a los procesos cuya audiencia pública se hubiera iniciado con posterioridad al 1º de julio de 1992, caso distinto al presente en que dicho acto culminó el 25 de marzo de 1992. Además, en materia procesal:

> "Las leyes concernientes a la sustentación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.
>
> "La Delegada, en casos similares al que hoy es materia de examen ha sostenido que son aplicables las leyes procesales preexistentes al acto procesal que se va a cumplir; es decir, que el acto procesal que en la secuencia lógica del trámite ha de cumplirse debe estar reglado por una ley procesal anterior a su verificación, con lo que cada paso del proceso deberá amoldarse a las disposiciones vigentes en el momento de su producción. Lo que de otra parte resulta obvio visto que es un proceso dinámico, y una vez agotada una etapa que obviamente debe ceñirse a una ley que la rija, precluye la misma, y ya no será factible utilizar leyes nuevas para él, ni aún en los casos de anulación del acto procesal o revocación del mismo, pues es evidente que los actos que los reemplacen o suplan deben amoldarse a la ley anterior que de manera inmediata los condiciona y regula, que será nueva ley respecto del acto anulado o revocado, pero siempre ley anterior al acto procesal que se realiza".

Por otro aspecto, la norma citada por el actor (art. 214 del referido Decreto 2700 de 1991) nada tiene que ver con el principio de favorabilidad dado que no consagra efectos sustanciales que puedan beneficiar al acusado.

A la demanda presentada por el defensor del acusado Javier Giraldo Montoya la Procuraduría dice, refiriéndose al *cargo único* propuesto, que la censura acusa graves e insalvables fallas técnicas suficientes para orientar a su fracaso. Luego de recordar cuando hay lugar al error de hecho y confrontar la propuesta del casacionista, la Delegada concluye en que el proceso no arroja el vicio que enuncia el recurrente. El censor se limitó a transcribir apartes de la sentencia de segundo grado y a enfrentar las diferentes pruebas a sus personales puntos de vista, para terminar en un disentimiento frente a las consideraciones y la parte resolutiva del fallo.

Lo anterior se hace evidente, al cotejar el contenido de la página 45 de la sentencia con las apreciaciones de algunos aspectos probatorios que aparecen a folios 279 y 280 del cuaderno número 2 y folio 274 *ibidem*. Con ese proceder el demandante se limita a:

> "Contraponer su personal criterio al análisis y valoración que hizo el fallador de los medios probatorios, aspecto que no es de recibo en casación, por cuanto el sentenciador tiene la libre apreciación racional de las pruebas conforme al principio de la sana crítica (lógica, experiencia y datos de ciencia) que informan su convencimiento, lo que prima frente a los particulares criterios del demandante, y además por estar la sentencia amparada por la doble presunción de legalidad y acierto. Se tiene, entonces, que el juzgador no supuso u omitió prueba alguna, como tampoco desfiguró su sentido o alcance".

Con asidero en las precedentes consideraciones, el Ministerio Público pregona la desestimación del reproche, y como consecuencia le sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte:

1. Demanda a nombre de José Israel Gómez Valencia.

El libelista propone *el primer cargo* por violación de las formas propias del juicio —art. 29 de la Carta Política— acusando a la vez la vulneración del derecho de defensa, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

El reproche se fundamenta en que se dejó de investigar dentro del proceso a la mujer que suplantó a Cecilia Manrique viuda de Bodden; no se demostró la falsedad de la firma ni de la cédula exhibida ante el notario, ni que los acusados fueran los responsables de ese hecho, omitiendo investigar al encargado de la Notaría por abstenerse de recoger las impresiones dactilares de vendedora y compradores. Además, el fallador ha debido aceptar el dicho de los procesados respecto de la intermediación de Pedro Prada Román a nombre de quien dijo ser Cecilia Manrique viuda de Bodden.

Como bien lo señaló la Delegada, el casacionista se olvidó que cada uno de los reproches preindicados merecía en esta sede su específica e independiente formulación y demostración a través de capítulos separados, pues una es la violación al debido proceso, otra de consecuencias definidas y distintas la transgresión al derecho de defensa, y un fenómeno completamente dispar la ocurrencia de errores en la apreciación de las pruebas, así estos puedan conducir ya sea al desconocimiento del *in dubio pro reo*, o de la presunción de inocencia.

Si el ataque se encamina por la vía de la nulidad por violación del debido proceso, el defecto se debía relacionar con alguno de los estadios esenciales de la actuación procesal como la iniciación de la investigación, la vinculación del imputado al proceso, la definición de su situación jurídica provisional, el cierre de la instrucción, la calificación del sumario, la iniciación del juicio, el periodo probatorio, la verificación de la audiencia, la decisión de fondo de la controversia o el trámite de las instancias.

Si la afectación se daba sobre el derecho de defensa, debía señalarse y demostrarse por vía de ejemplo la inasistencia de una defensa técnica en el sumario o en la causa; la pretermisión de pruebas conducentes a la demostración de irresponsabilidad del inculpado, la imprecisión en la formulación de los cargos, o la ocurrencia, en fin, de circunstancias capaces de entorpecer o de dificultar la comprensión de la imputación, la controversia de la prueba o la respuesta al cargo, permitiendo en cada caso poder entrar a abordar el estudio del reproche, lo cual implica que se haya precisado el punto motivo del ataque y demostrado de qué manera el defecto llegó a incidir desfavorablemente sobre los intereses y garantías del recurrente.

Muy diferente a los casos anteriores, en la alegación de duda, en que la violación atañe al desconocimiento de la presunción de inocencia, el ataque no puede corresponder a la causal tercera de casación que invoca por el censor, sino a:

> "...la vía de la causal 1ª, sea por que el juzgador pese a reconocer la existencia de la duda desestima las consecuencias de favor que a ella concede la ley (violación directa), ora porque a través de errores de hecho o de derecho se equivoca en la apreciación de las pruebas sobre las cuales descansa el favorecimiento del procesado (violación indirecta). En uno y otro caso, debe en todo caso el censor concretar sobre qué aspectos radican las hesitaciones y cuál su trascendencia y significado frente a la decisión adoptada por el juzgador" (Cfr. fallo de septiembre 8 de 1993 con ponencia de quien ahora funge como tal).

De lo expuesto, fácilmente se comprende que además de insuficientes, los argumentos esbozados por el libelista no se aproximan a

demostrar ni aquella violación al debido proceso o al derecho de defensa que acusaba, ni en parte alguna dicha vulneración llega a vislumbrarse. Ningún dato serio se tenía sobre la identidad de la mujer que suplantó a la verdadera dueña del inmueble que hubiera obligado dentro de este proceso a su vinculación. Por el contrario, de haberse investigado en él a una persona cuya individualización no llegó a establecerse, esa hubiera sido tal vez la actuación merecedora del reproche y digna de ulteriores invalidaciones.

Así mismo, el *ad quem* expuso claramente con base en el cúmulo de las pruebas aportadas legalmente al proceso: "Que el delito de falsedad en documento público cometido por particular se halla plenamente demostrado y lo mismo ocurre respecto de la responsabilidad de los procesados..." (fl. 91/92, cuaderno del Tribunal número 2), contemplando allí también la expedición de copias para investigar la posible omisión de los deberes del notario, en lo relacionado con la no toma de huellas dactilares. Y en lo atinente con el intermediario Prada Román, su intervención eventual fue analizada con amplitud como figura al folio 89 *ibidem*.

En esas condiciones el cargo propuesto no puede prosperar.

1.3. En el *segundo cargo* el actor recurre nuevamente a la vía de la nulidad por violación al principio de favorabilidad, en cuanto el Tribunal no permitió el trámite de la audiencia para la sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de segunda instancia, según lo estableció el artículo 214 del Decreto 2700 de 1991.

Para este caso el casacionista olvidó que las normas procesales están estatuidas para darle impulso dinámico a los ritos preestablecidos, y que su aplicación comienza desde el mismo momento en que entran a regir. Ultractiva o retroactivamente sólo operan en cuanto otorgan garantías o beneficios al procesado como cuando por vía de ejemplo las posibilidades de excarcelación se amplían o facilitan. Para el caso debatido y según lo recordara el Ministerio Público, la norma citada por el recurrente carecía de incidencia para satisfacer los intereses del procesado.

Mal podía el Tribunal desconocer cuanto el decreto invocado por el censor estableció en sus artículos 1º y 13 transitorios (vigencia a partir de julio 1º de 1992 y operancia en los procesos cuya audiencia pública no se hubiese aún iniciado), pues en el caso presente esa vista finalizó el 25 de marzo de 1992, de donde se infiere que la ley procesal aplicable por expresa previsión legal era la anterior y no el Decreto 2700 de 1991, así que como consecuencia obligada la censura ha de ser desestimada, no sin antes contestar a las inquietudes adicionales de la Delegada, que ya en plurales decisiones, entre ellas las de Sala Plena de mayo 10 de 1984 y la radicación 2049 con ponencia del magistrado doctor Jaime Sanín G., lo mismo que en decisiones de Sala Penal de julio 14 de 1987 con ponencia del magistrado doctor Edgar Saavedra

Rojas, octubre 25 de 1988, ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas y noviembre 30 de 1990, con ponencia del hoy magistrado sustanciador, se abordó con amplitud y resolvió uniformemente el tema del tránsito de normas procesales, sin que el caso presente avoque a la necesidad de nuevo análisis.

2. Demanda a nombre de Javier Giraldo Montoya:

Razón le asiste a la Procuraduría Delegada al descalificar esta demanda por la deficiencia técnica de su presentación y falta de correspondencia entre los argumentos de la acusación y el cargo enunciado. Como de modo reiterado lo tiene dicho la doctrina, por muy respetables que ellas sean, las apreciaciones personales del casacionista no resultan suficientes, como en este caso se pretende, para descalificar la racional apreciación que hace el juzgador sobre los medios probatorios, ya que esa actividad cumplida dentro de su competencia funcional merece la doble presunción de acierto y de legalidad.

El recurrente a través de *único cargo*, propuesto por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial acusa la ocurrencia de diferentes errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia relacionando sin mayor orden ni sistema toda una pluralidad de medios probatorios.

Así por caso empieza seleccionando cuatro pruebas (los paz y salvos anexos a la escritura, la inspección, la historia clínica y el testimonio de Elisa Villamizar) para acusar que no fueron apreciadas por el juzgador, enlistando enseguida 26 probanzas más bajo la ambigua expresión de haber sido "defectuosamente apreciadas". Sin embargo, como fácil se ve de su lectura, la "demostración del cargo" resulta vaga, incompleta, desordenada e imprecisa, impidiendo establecer si de los medios enunciados y supuestamente inadvertidos o defectuosamente apreciados surgió alguna equivocación grave y manifiesta, pero ante todo que tuviera repercusión en la sentencia modificando su sentido, incurriendo en cambio y de modo invariable en el vicio de confrontar apenas el parecer del actor con el de los juzgadores, desviando con ello la anunciada proposición de errores de hecho para incurrir en la insalvable, informal y repetitiva falla de acusar sin sustento en una tarifa legal preestablecida, yerros en la valoración probatoria.

Tratando con dificultad de hallarle algún orden a la exposición, destaca la Sala el planteamiento consecutivo de los siguientes temas:

a) Que el Tribunal no tuvo en cuenta y cuando lo hizo distanció el sentido de los paz y salvos de renta, la información sobre cumplimiento de los deberes tributarios por la dueña original del inmueble, el dictamen rendido por el perito contable de la administración, y que de esos defectos se omitió dar por demostrado, estándolo, que el único paz y salvo llevado a la Notaría fue el correcto, y ante todo, que quien tenía el deber de aportar sus certificados de paz y salvo era la vendedora y no los compradores, quienes posan en este caso de acusados.

Esta primera crítica desatiende que los falsos juicios de existencia por omisión y de identidad no resultan conciliables, pues mal podría deformarse objetivamente una prueba que no fue tenida en cuenta, por simple sustracción de materia. Mas, cotejando la censura con los fallos bien se observa que el reproche no guarda relación, porque tanto en primera como en segunda instancia se hizo remisión expresa y amplia a las pruebas referentes al delito de falsedad, sólo que analizándolas como correspondía, en su conjunto, para indicar la imposibilidad total de que la dueña del predio hubiese intervenido de algún modo en la consecución y adjunción de documentos, como en la suscripción efectiva de la escritura.

La objeción del casacionista desatiende y menosprecia sobre este punto el análisis completo de los elementos indiciarios sobre los cuales hicieron reposar los juzgadores la deducción del cargo -inconsistencia en las fechas de presentación de la declaración de renta y de obtención de los paz y salvos, doble registro de una misma contribuyente con distintos números de identificación tributaria, imposibilidad de visitar la oficina del "intermediario" que por ese entonces permanecía cerrada y a cargo de personas diferentes e incapacidad física de la propietaria para concurrir ante el notario y por lo mismo hacer entrega de los documentos— lo que hace de su alegación una proposición incompleta, que por ajena además de conclusiones claras y precisas, inhibe a la Sala para suplir de su propia iniciativa los vacíos y silencio del libelo.

b) Que el juzgador recortó, dice luego el libelista, lo consignado por el perito del DAS, la historia clínica de Cecilia Manrique de Bodden y el dictamen pericial emitido por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial Sección Criminalística. La expresión utilizada: "Recortó", se muestra en el razonamiento imprecisa, así que no permite dilucidar si la crítica se encamina a afirmar que esas pruebas pudieron ser tergiversadas, quizás ignoradas o inclusive equivocadamente valoradas, dando al fracaso con la pretensión.

No obstante que tan exiguo planteamiento no hace mérito a una respuesta de fondo, tan solo para contrastar la falta de seriedad y contundencia del ataque centrado apenas en la subjetividad del libelista, vale la pena resaltar que radicada la condena por falsedad en la suplantación de la vendedora ante el notario, lejos estuvo la sentencia de sentar reales en la sola prueba de expertos, porque reconociendo que "individualmente considerada podía tenerse como ambivalente" e inclinar hacia una duda razonable, las conclusiones definitivas exigían de un análisis total de los medios arrimados, entre ellos la desvirtuación total de la excusa de los procesados al tratar de proponer las participación de un intermediario (Prada Román), que sólo les sirvió para hacer más quebradizas sus explicaciones, porque si bien se demostró que este sujeto existía y falleció concomitantemente con la apertura del sumario, sin ninguna duda se probó que ni llegó a suscribir acuerdos con la viuda de Bodden pues el supuesto mandato de ésta lleva una

fecha coincidente con su permanencia fuera del país, pero ni siquiera existió el lugar de la entrevista, pues la supuesta oficina del comisionista jamás estuvo por aquellos días para él disponible.

c) Para el casacionista el fallador distorsionó los dichos de los imputados con relación a la promesa de compraventa y el precio; la declaración del médico tratante doctor Ariza Londoño y el motivo del viaje de la paciente al exterior. Del mismo modo la información sobre procedencia del dinero con el cual se adquirió el inmueble, la tenencia de la oficina desde la cual el intermediario Prada Román despachaba sus asuntos, el poder otorgado a este último y la tarjeta de presentación que utilizaba.

Sobre este aspecto conviene recordar que la promesa de compraventa original no fue aportada al expediente, pues según el acusado Gómez Valencia —fl. 292, cuaderno 2—, ella quedó en poder de la vendedora, pese a la existencia, según los "compradores" de un litigio con los inquilinos del inmueble —fl. 76, fallo del Tribunal—. Frente a una afirmación de esta naturaleza, extraña que el sello de autenticación por parte de la Notaría 29 del Círculo de Bogotá con fecha febrero 19 de 1987 (tres meses antes de rendir la indagatoria) diga que esa copia se comparó con el original puesto a la vista (fl. 129, cuaderno 1), afirmación oficial que desvirtúa la excusa, porque el original seguía necesariamente en manos de los incriminados y de consiguiente abonando los indicios en su contra.

Tampoco se demuestra el anunciado falso juicio de identidad bajo el cual se insiste en que el mencionado documento fue firmado en la oficina 505 de la carrera 12 número 13-40, desde donde despachaba Prada Román, quien según los imputados en la tarjeta de presentación se anunciaba como dedicado a actividades de finca raíz. El informativo acreditó inequívocamente que el invocado individuo no tenía relación contractual alguna con los anteriores ocupantes de aquella oficina y que además por haber permanecido cerrada a continuación, de ninguna manera permitía las especulaciones que plantea la demanda al insistir sin el más mínimo apoyo sobre la hipótesis de los acusados. Por lo demás y con lógica el fallador explica que una tarjeta de presentación es de muy fácil impresión en cualquier tipografía.

Indiciariamente se añadía el pretender mostrar a Cecilia viuda de Bodden (quien para entonces padecía de grave enfermedad), como capaz de desplazarse hasta la Notaría sin contar con otra persona que le sirviera de apoyo; y el aporte de un poder a favor de Prada Román carente de aceptación por parte de éste (fl. 130, cuaderno 1), y de autenticación de la firma de la otorgante.

La postura que ante estas evidencias asume la demanda muestra su declinación hacia la alegación de un falso juicio de convicción que no trata anunciado, pero que además veía frustrados sus propósitos por la ausencia de una tarifa legal que en la legislación procesal penal

colombiana habilitara la posibilidad de plantear que el sentenciador no dio a un medio su trascendencia prefijada, o le otorgó otro que no correspondía.

Que la paciente hubiese pedido autorización a su médico tratante para ausentarse del país a causa de su enfermedad fue otra afirmación respecto de la cual no definió el actor las repercusiones sobre el sentido del fallo, pues sin que incidiera sobre la investigación la finalidad del viaje realizado, lo que pericialmente se mostró fue el estado de postración y decadencia en que llegó y permaneció la enferma desde allí hasta su deceso.

Respecto de la procedencia del dinero para la adquisición del inmueble, el Tribunal sostuvo que de lo expuesto y aportado en forma inusual por el defensor (hijo de uno de los procesados) a folios 132, 133, 188 y 189 del cuaderno 3, apenas se deducía que el declarante recibió la suma de un millón quinientos sesenta y nueve mil quinientos ochenta y ocho pesos ($ 1.569.588.00) el 9 de mayo de 1986, correspondientes a un proceso que como parte actora le seguía a Humberto Gasca, pero de ello no surgía de manera fehaciente ni la destinación para la compra del inmueble, ni el pago íntegro cumplido, cuando quedaba todavía en el camino la alegación de un precio irreal para el inmueble.

Por ello el descarte de esta prueba por el *ad quem* no fue gratuito, y menos al quedar por definir si todo el dinero que se dijo percibido le correspondía o no al declarante.

d) Se ignoraron —sigue el libelista—, muchos de los elementos de juicio expuestos por los acusados en sus diligencias de indagatoria: La manera como conocieron al intermediario; la ubicación privilegiada del lote y su extensión; el estudio de los títulos y el certificado de libertad del predio. Igualmente, respecto de la amistad de muchos años existente entre los imputados, el que la vendedora pudiera movilizarse y gozara a plenitud de sus capacidades mentales, así como la declaración del testigo León Ortiz y la inspección judicial.

Nuevamente y contrario a lo afirmado por el censor, observa la Sala que a partir del folio 74, cuaderno 2 del Tribunal, el *ad quem* analizó cada uno de los puntos mencionados, que al desvirtuar sirvieron para la construcción de un indicio de mala justificación en contra de los acusados, y a su vez, para ordenar la expedición de copias con el fin de investigar por separado la posible falsedad en que incurriera el deponente Eduardo León Ortiz.

Con ello se acredita una vez más que en estas objeciones el impugnante se dirige hacia el grado de credibilidad que para el juzgador tuvieron las probanzas, desplazando la alegación de los anunciados errores de hecho a los de derecho, con el agregado de intentar sin frutos como ya se dijo un falso juicio de convicción, insostenible en ausencia de una tarifa probatoria.

c) Al criticar que se tuvo en cuenta el informe de la Visitaduría, que por no haber sido solicitado ni ordenado por el despacho instructor constituía prueba irregularmente aportada, incursiona de nuevo el censor por los errores de derecho, bajo el planteamiento de un falso juicio de legalidad, sin precaver siquiera en cuanto sobre este medio probatorio tenía dicho la sentencia, de cual merece resalta al folio 72 este fragmento:

> "...la aserción que hace Martínez Morales (quien firma el oficio) en el folio mencionado del cuaderno uno, esto es, 'según informe de Visitaduría se comprobó que existen dos cuentas con dos números de cédula diferentes' *apenas constituyen una mal afortunada opinión que se opone a la verdad, porque ni está el informe de Visitaduría* y constituye irrefragable acusación para falsedad la afirmación conforme a la cual con el NIT 20.178.725 no figuran declaraciones de renta presentadas hasta el 29 de agosto de 1988".

f) Y remata el libelista su alegación señalando que el *ad quem* supuso que la costumbre comercial estaba demostrada, sin precisarlo en el fallo o hacer mención de la prueba indicativa pertinente, vulnerando de esa manera el artículo 190 del Código de Procedimiento Civil. Para la Sala, si se mira lo consignado por el fallador a folios 85 y 86 del cuaderno 2 del Tribunal y no el folio 252 del cuaderno 3 según cita erradamente el censor, si alguna tergiversación se da, ella corre pero a cargo del casacionista, pues luego de analizarse en la providencia lo relativo al precio pactado, la excelente ubicación del predio y lo relacionado con la letra de cambio, se dijo que: "No corresponde a la costumbre comercial girar títulos-valores como este a un plazo de 8 días..." y sobre la forma como el encausado expresó haber obtenido el dinero, simplemente se añadió que se estaban ofreciendo como excusa "comportamientos que se hallan en pugna con la costumbre comercial y con lo que indica el sentido común...". Tal apreciación precisamente apunta a sostener que las explicaciones no eran razonables ni correspondían al comportamiento usual en casos semejantes, de donde haya de advertirse que si, precisamente, se quería por la defensa acreditar que esa manera de negociar era la corriente, era de su carga el haber acreditado el hecho como costumbre comercial.

Son, pues, estas protuberantes fallas del libelo, su falta de precisión y de claridad, como su marginamiento del contenido del fallo que acusa, develador de falta de seriedad en la formulación de la censura, motivos más que suficientes para la desestimación del cargo planteado.

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado a través del recurso extraordinario de casación por los defensores de los acusados: José Israel Gómez Valencia y Javier Giraldo Montoya.

Cópiese, notifíquese, 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.

JURADO DE DERECHO

Es a todas luces inequestionable que a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, los particulares sólo pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en su carácter de conciliadores o de árbitros, en los términos establecidos por la ley, pero jamás pueden serlo como jurados de derecho o de conciencia para "juzgar delitos", conclusión que fluye con absoluta nitidez del contenido literal del canon 116 de dicha codificación constitucional. / La llamada excepción de inaplicabilidad otorga capacidad jurídica al juzgador para dejar de aplicar en el caso concreto una norma legal cuando considera que es violatoria de la Constitución y ella aún no ha sido declarada inexequible por la autoridad competente.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 49.

Vistos:

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados *Angelo Giovanny* y *Jairo Antonio Rendón Sánchez* contra la sentencia del 28 de enero de 1993 mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó, con algunas modificaciones, la dictada por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de la misma ciudad que los condenó, en su orden, a la pena principal de dieciséis (16) años, diez (10) meses de prisión y dieciséis (16) años, cinco (5) meses de la misma pena, como coautores de homicidio agravado en concurso con el delito de porte ilegal de armas de defensa personal, el primero de ellos.

Hechos y actuación procesal:

Siendo las ocho de la noche del día 20 de septiembre de 1991, en momentos en que Efraín de Jesús Quintero Gallego departía con su

novia Claudia Helena Zuluaga en un establecimiento público del barrio "Los Mangos" de la ciudad de Medellín, fue sorpresivamente atacado por la espalda con armas de fuego por los hermanos Jairo y Angelo Giovanny Rendón Sánchez y rematado por el segundo de los nombrados cuandos caído en el suelo pedía que no lo dejaran morir.

Días después fueron capturados los homicidas en diferentes lugares y sometidos a declaración indagatoria, oportunidad en la que negaron su participación en los hechos, pese a que varios testigos los señalaron en forma directa como las personas que dispararon contra el occiso hasta causarle la muerte.

El 28 de febrero de 1992 el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Medellín calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Angelo Giovanny y Jairo Antonio Rendón Sánchez como coautores de homicidio agravado en la persona de Efraín de Jesús Quintero Gallego en concurso con el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, el primero de ellos; determinación apelada por la defensa y confirmada por el Tribunal Superior de Medellín mediante la suya del 8 de abril del mismo año.

Por auto del 14 de septiembre de 1992 el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de dicha ciudad, señaló fecha para audiencia pública la que se llevaría a cabo sin la intervención del Jurado de Derecho creado por el artículo 74 del Decreto 2700 de 1991, "porque el Consejo Superior de la Judicatura se ha abstenido de enviar la lista de abogados que lo integrarían por considerar inconstitucional dicha norma"; decisión protestada por el defensor de uno de los acusados con la interposición del recurso de apelación, el que fue denegado por el Juzgado (fls. 253 a 255 del expediente).

Celebrada la audiencia pública en las circunstancias indicadas, el Juzgado del conocimiento finiquitó la instancia condenando a los hermanos Rendón Sánchez a las penas corporales ya indicadas, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensa y confirmado con algunas modificaciones por el Tribunal Superior de Medellín mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

En demanda presentada a nombre de los procesados recurrentes se acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad consistente en haberse realizado la audiencia pública sin la intervención del Jurado de Derecho creado por el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700 del mismo año) irregularidad sustancial que a juicio de la demandante afectó el debido proceso.

Afirmó que al momento de presentarse la demanda de casación no había sido declarada por la "Corte Suprema de Justicia" la inconstitucionalidad o inexequibilidad de dicho precepto instrumental por lo que éste resultaba aplicable en su integridad a los juicios por delitos de homicidio y que no obstante el Consejo Superior de la Judicatura se había negado a elaborar las listas de integrantes de los jurados de derecho "aduciendo inaplicación constitucional por considerar que el referido artículo 74 del Decreto 2700 de 1991 es contrario a la disposición contenida en el artículo 116 de la Carta, el juez de la causa ni siquiera se refirió a esta decisión del Consejo para declarar inaplicables las normas consagradas en la Audiencia con Jurado de Derecho, y aunque el honorable magistrado ponente de la providencia que desató el recurso de apelación de la sentencia consideró que esta situación no pasaba de ser una irregularidad formal y somera, estimo respetuosamente que se han preterm1tido las formas del debido proceso y por lo mismo concluyo que es nulo el juicio mediante el cual se condenó a Angelo Giovanny Rendón Franco (sic) como autor de la violación del artículo 1º del Decreto 3664 de 1986 y como coautor del ilícito de homicidio agravado cometido en la persona de Efraín de Jesús Quintero Gallego y a Jairo Antonio Rendón Franco (sic) como coautor del referido homicidio".

Solicita la revocación de la sentencia de condena sin indicar a partir de qué momento procesal.

Consideraciones del Ministerio Público y la Corte:

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se opone a las pretentesiones de la libelista argumentando, con la brevedad y sencillez que el caso reclama, que la celebración de la audiencia pública sin la intervención del jurado de derecho en procesos por delitos de homicidio, de competencia de los jueces del Circuito, a que aludía el artículo 74 del Decreto 2700 de 1991, norma expresamente derogada por la Ley 58 de 1993, no configura nulidad de la actuación por inobservancia de una de las formas del debido proceso, pues el criterio predominante en tema relacionado con la interpretación de dicho precepto legal ha sido el de su ostensible inconstitucionalidad por contrariar en forma manifiesta el claro texto del artículo 116 de la Carta Política vigente; pensamiento que comenzó a manifestarse con la negativa del Consejo Superior de la Judicatura a elaborar las listas de abogados que deberían integrar tales jurados, cobró fuerza con la declaración de inconstitucionalidad hecha por la Corte Constitucional y culminó con la expresa derogatoria y sustitución por parte del legislador ordinario.

Efectivamente, es a todas luces incuestionable que a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, los particulares sólo pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar

justicia en su carácter de conciliadores o de árbitros, en los términos establecidos por la ley, pero jamás pueden serlo como jurados de derecho o de conciencia para "juzgar delitos", conclusión que fluye con absoluta nitidez del contenido literal del canon 116 de dicha codificación constitucional.

Consecuente con tal preceptiva, el Consejo Superior de la Judicatura, haciendo uso del mecanismo de control constitucional consagrado en el artículo 4º de la Constitución Nacional, mediante Acuerdo del 27 de mayo de 1992 consideró que el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) creador del Jurado de Derecho compuesto por tres abogados con la facultad de juzgar a los responsables del delito de homicidio, era francamente violatorio del principio contenido en el artículo 116 de la Carta Política y así lo declaró negándose a elaborar las listas de jurados con destino a los Juzgados del Circuito.

Cabe recordar que la llamada excepción de inaplicabilidad otorga capacidad jurídica al juzgador para dejar de aplicar en el caso concreto una norma legal cuando considera que es violatoria de la Constitución y ella aún no ha sido declarada inexequible por la autoridad competente.

Precisamente la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, en sentencia traída a colación por la Procuraduría Delegada (la número 226 del 17 de junio de 1993) declaró la inconstitucionalidad de dicha regulación normativa.

Más aún. El Congreso Nacional identificándose con este reiterativo y dominante criterio interpretativo legisló en el sentido de suprimir la institución del jurado de derecho, que no alcanzó a tener operancia y derogó las normas relativas a su configuración y atribuciones (Ley 58 de 1993).

La anterior reseña evidencia la absoluta improsperidad del cargo por su manifiesta inocuidad, ya que a través de él se pretende invalidar el proceso por pretermisión de una formalidad totalmente desarraigada de nuestro ordenamiento procedimental penal por sus claros visos de inconstitucionalidad.

Además, no sobra advertir que la inaplicación del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, hoy sustituido por el 2º de la Ley 58 de 1993, se fundamentó en la excepción de inconstitucionalidad acogida por el Consejo Superior de la Judicatura y compartida por el Juzgado del conocimiento, constituyéndose en tema ampliamente debatido durante las instancias.

No prospera la impugnación.

Decisión:

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia condenatoria recurrida a nombre de los procesados Angelo Giovanny y Jairo Antonio Rendón Sánchez, 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.

TERMINO

Si se parte del supuesto legal de 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", se deduce, a primera vista, que la prolongación de un término no se puede adoptar oficiosamente. / En segundo lugar, la solicitud que provenga de uno de los sujetos procesales, debe ser formulada antes de que venza el término cuya prórroga se solicita. Y por último, el pedimento debe estar apoyado en una causa grave y justificada. / Evidentemente la justificación va íntimamente ligada con la causa grave y estrechamente relacionada con la ampliación del término; pues no basta que preexista la primera sino transciende y afecta el ejercicio del derecho que se ha de ejercer durante el lapso legal.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 049.

Vistos:

Se decide en este proveído sobre la legalidad del trámite que se imprimió al recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa en el proceso que por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y violación al Decreto 3664 de 1986, se adelanta contra *Manuel María Montoya Rivera.*

Antecedentes:

El 11 de marzo de 1993, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia) culminó la instancia a su cargo profiriendo sentencia de condena contra Manuel María Montoya Rivera como responsable de los delitos de homicidio, homicidio tentado y violación al Decreto 3664 de 1986; decisión que fuera apelada por la defensa.

El 29 de julio de 1993, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, resolvió aquella impugnación confirmando la condena, con reducción de la pena principal.

Desde la notificación del fallo anterior, el defensor, José Everardo Marín Quiroga, interpuso el recurso extraordinario de casación que el Tribunal le concedió en auto del 31 de agosto pasado. En consecuencia, por razón de la notificación y ejecutoria de este proveído el término para presentar la demanda respectiva se surtió entre el 28 de septiembre y el 11 de noviembre del año próximo pasado, y de ello se informó telefónicamente a la oficina del defensor, conforme lo acredita una constancia secretarial.

El 12 de noviembre de 1993, día siguiente al del vencimiento del término otorgado al impugnante, el abogado John Jaime Posada Orrego, en quien el doctor José Everardo Marín Quiroga sustituyó el mandato, presentó en la Secretaría de la Corporación de segunda instancia, el poder y la demanda de casación. Por ende, al haberse efectuado esa presentación en forma extemporánea, la Sala de conocimiento declaro desierto el recurso extraordinario, en proveído fechado el 16 de noviembre pasado.

Ese último día, el abogado sustituyente dirigió a la magistrada sustanciadora un memorial para solicitarle que concediera el recurso a pesar de reconocer que la presentación de la demanda se efectuó con un día de tardanza, la que explica con el hecho de que el 2 de noviembre su padre falleció intempestivamente en Santafé de Bogotá, motivo por el cual debió trasladarse a esta ciudad, en donde debió permanecer hasta el 9 de ese mes, primero por la demora de Medicina Forense en entregar el cadáver y después por otras diligencias que derivaron de la muerte de su progenitor. Días después el defensor anexó fotocopia autenticada del acta de defunción de Luis María Marín Ariza, sentada el 4 de noviembre de 1993.

Como quiera que al ser notificado el auto que declaró desierto el recurso de casación, el sentenciado Manuel María Montoya Rivera manifestó que no estaba conforme (fl. 561), la magistrada sustanciadora entendió tal expresión como un recurso de reposición y así ordenó tramitarlo.

En estas condiciones, en proveído del 24 de enero del presente año, la Sala de conocimiento atendiendo a ese recurso y a las peticiones del defensor principal, invocó el artículo 160 del C. de P. P. que trata de la suspensión de la actuación procesal, para tener por suspendida la contenida en este expediente, por el día 2 de noviembre, fecha en que el defensor tuvo que desplazarse a la ciudad capital para atender lo del deceso de su padre, en razón de que tal circunstancia constituye una calamidad doméstica. Como consecuencia de ello tuvo por presentada en tiempo la demanda de casación y revocó el auto que había declarado desierto el recurso extraordinario, disponiendo que prosiguiera el trámite de éste.

La Sala considera:

El artículo 160 del Código de Procedimiento Penal que sirvió de sustento al Tribunal Superior de Antioquia para tener por presentada oportunamente la demanda de casación, dispone:

> "*Suspensión de la actuación procesal.* Cuando haya causa que lo justifique, se podrá suspender el desarrollo de la actuación procesal, se dejará constancia de la suspensión y se indicará el día y la hora en que deba continuar".

El simple tenor literal de esta preceptiva pone de manifiesto que su regulación está destinada a la interrupción del desarrollo normal de las etapas que conforman un proceso, mas no a la interrupción de términos, por cuanto el tema relacionado con éstos, sean judiciales o legales, está expresamente reglamentado en la misma codificación en los artículos 170 a 178.

Es de destacar, entonces, que la decisión que da por suspendida la actuación procesal por un día, en el fondo traduce la prórroga del traslado para presentar la demanda de casación por un día más, ubicando la situación en el campo de la prórroga de términos, de tal manera que el *ad quem* resolvió un problema de términos con una regulación destinada a un aspecto totalmente diferente, como es el de la suspensión del proceso y ello significa que la solución aplicada no se ajusta a los parámetros de ley.

Ahora bien, no se puede negar que la muerte del padre del defensor es una circunstancia que reviste carácter de gravedad y eventualmente podría ameritar la invocación y aplicación del reglamento contenido en el artículo 172 del estatuto procesal, cual es el de la prórroga de términos. Sin embargo, la utilización de esta prerrogativa implica el cumplimiento de unas determinadas condiciones que la propia ley exige.

Si se parte del supuesto legal de 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", se deduce, a primera vista, que la prolongación de un término no se puede adoptar oficiosamente. En segundo lugar, la solicitud que provenga de uno de los sujetos procesales, debe ser formulada antes de que venza el término cuya prórroga se solicita. Y por último, el pedimento debe estar apoyado en una causa grave y justificada.

Evidentemente la justificación va íntimamente ligada con la causa grave y estrechamente relacionada con la ampliación del término; pues, no basta que preexista la primera si no trasciende y afecta el ejercicio del derecho que se ha de ejercer durante el lapso legal.

Pasando de esta conceptualización a la situación analizada se advierte, como ya se adelantó, que la muerte del padre del defensor

constituye una causa grave, que bien habría podido dar lugar a la prórroga del término que para presentar la demanda de casación transcurrida por entonces; pero el apoderado no la solicitó a tiempo, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo, por cuanto, si el funeral de su padre se cumplió el viernes 5 de noviembre, contó con cuatro días hábiles adicionales (lunes 8, martes 9, miércoles 10 y jueves 11) para invocar esa causa grave como justificante para que se le ampliara el lapso de presentación de la demanda de impugnación extraordinaria.

Lo anterior permite afirmar que el Tribunal Superior de Antioquia, al amparo de la figura de la suspensión de la actuación procesal, prorrogó un término sin que se cumplieran todos los requisitos de los exigidos en la ley para tal efecto, pues el defensor del sentenciado formuló la petición después de vencido el lapso, habiendo tenido tiempo para hacerlo con anterioridad.

De ello se desprende que no se podía otorgar ni una ni otra prerrogativa, lo que significa que el auto que concedió el recurso extraordinario de casación y la actuación que de él surgió, se encuentran viciados de nulidad por violación del debido proceso. En consecuencia, corresponde a la Sala declarar la nulidad de ese trámite y declarar improcedente esa impugnación extraordinaria por no haber sido presentada en oportunidad la respectiva demanda.

Antes de concluir este pronunciamiento, conviene recordar que en una oportunidad anterior, mediante proveído fechado el 23 de agosto de 1990, del cual fuera ponente el magistrado Ricardo Calvete Rangel, la Sala accedió a ampliar el término del traslado para presentar demanda de casación, a pesar de que la respectiva petición fue presentada después de vencido aquél, por cuanto la extemporaneidad se debió a motivos insalvables e imprevistos, ocurridos a último momento.

No obstante, es de reiterar que la situación que respalda la petición del doctor José Everardo Marín Quiroga, aun cuando se trata de una calamidad doméstica indiscutiblemente grave, de ninguna manera justifica su extemporaneidad, puesto que como ya se enunció, si el cadáver de su padre fue inhumado el 5 de noviembre y el término de presentación de la demanda vencía el 11 de ese mes, contó con seis (6) días, cuatro (4) de los cuales fueron hábiles, para introducir oportunamente el pedimento de prórroga.

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

Resuelve:

DECLARAR LA NULIDAD de la actuación surtida en este proceso a partir del auto del 24 de enero del presente año.

DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Manuel María Montoya Rivera, por haberse presentado la demanda en forma extemporánea.

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.

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / FAVORABILIDAD / COLISION DE COMPETENCIA

En el supuesto de que por razón del tránsito de legislaciones se haya presentado una situación que resulte favorable a los intereses del sentenciado, en virtud de lo dispuesto en la nueva ley (Decreto 2535 de 1993), y estando ejecutoriada la sentencia por no haberse interpuesto contra ella recurso alguno y no ser consultable (art. 29 de la Ley 81 de 1993), es al Juez de Ejecución de Penas a quien corresponde dar aplicación al principio de favorabilidad y adoptar la medida pertinente si de simple reducción de pena se trata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75-4 del C. de P. P. que lo autoriza para ello, "...cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a redención o extinción de la pena...". Pero si este no fuere el caso, también el Juez de Ejecución de Penas está facultado para hacer "...el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria, cuando la norma incriminatoria haya sido declarada inexequible o haya perdido su vigencia..." de acuerdo al numeral 5º del precepto citado.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 49.

Vistos:

El señor Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), ha remitido a la Corte la causa adelantada contra *Gildardo Jesús Ramírez*, por el delito de porte ilegal de armas, para que esta Corporación dirima una supuesta colisión negativa de competencias que se ha suscitado con el señor Juez Regional de Medellín.

Antecedentes:

Dentro del sumario que contra Gildardo se adelantaba por el Juzgado Regional de Antioquia por un presunto delito de porte ilegal de

armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, infracción al Decreto 3664 de 1986, solicitó el sindicado la terminación anticipada del proceso de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37 del C. de P. P.

Realizada la diligencia correspondiente en la cual el acusado aceptó los cargos que se le formularan por la Fiscalía, el Juzgado Regional de Medellín con fecha enero 11 de 1994 profirió la sentencia mediante la cual impuso al procesado la pena principal privativa de la libertad de treinta meses de prisión, como responsable del delito imputado.

Cuando se surtía la notificación de la anterior sentencia, el Fiscal Regional de Medellín, le solicitó al Juez Regional que decretara la nulidad de la providencia, porque en su concepto "...entre el instante en que se celebró la audiencia del artículo 37 y el momento en que se dictó la correspondiente sentencia, la legislación sobre el tema cambió de manera ostensible, por la expedición del Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993... y en tales condiciones el arma incautada al hoy condenado Gildardo de Jesús Ramírez, es de aquellas denominadas de defensa personal".

Argumentó además el señor fiscal, que el cambio legislativo al señalar como arma de defensa personal, aquella por la cual fue condenado Ramírez, no sólo llevó al juzgador a condenar al acusado por un delito diferentes al consumado sino que modificó la competencia, ya que el juzgamiento por el delito de porte de armas de defensa personal, correspondía al Juez del Circuito de Rionegro y en ningún caso al Juez Regional que profirió la sentencia.

El señor Juez Regional de Medellín, no obstante que recibió la petición sobre nulidad oportunamente, es decir, dentro del término de ejecutoria de la sentencia, con evidente abandono en el ejercicio de su función, no hizo ningún pronunciamiento al respecto, dejando que el fallo cobrara ejecutoria y días después, el 17 de febrero de 1994, se pronunció sobre la solicitud formulada por su fiscal, aceptando que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2535 de 1993, cuando dictó la sentencia de condena, carecía de competencia y en consecuencia la decisión se hallaba viciada de nulidad. Pero entendió el funcionario, que al haber perdido la competencia por el factor de la naturaleza del hecho, quien debía pronunciarse al respecto era el señor Juez del Circuito de Rionegro, funcionario a quien remitió el expediente, proponiéndole colisión de competencias en el caso de que no compartiera su criterio. Como esta mora puede constituir falta de carácter disciplinario, se remitirá copia de lo actuado al señor Procurador Regional de Antioquia.

A su vez el señor Juez del Circuito de Rionegro consideró que si bien era verdad que el señor Juez Regional de Medellín había proferido la sentencia de condena, cuando ya posiblemente no tenía competencia

para hacerlo, no era menos cierto que la aludida providencia ya se encontraba ejecutoriada y no podía adoptar ninguna decisión sobre la nulidad impetrada. Resolvió remitir el expediente a la Corte para que se dirimiera la colisión.

Se considera:

Es evidente que el problema que aquí se analiza tiene como causa la manifiesta desidia del señor Juez Regional de Medellín, quien guardó silencio sobre la solicitud de nulidad oportunamente interpuesta, y dejó ejecutoriar la sentencia por él pronunciada, permitiendo que ésta adquiriera el carácter de cosa juzgada. En estas condiciones, la causa ha terminado y no puede hablarse con propiedad de que el juzgador se encuentre en presencia de una colisión de competencias que pueda suscitarse entre los funcionarios a quienes "...corresponde adelantar el juzgamiento...", pues éste ya se ha realizado y el problema que se ha suscitado sólo atañe al Juez de Ejecución de Penas.

En efecto: En el supuesto de que por razón del tránsito de legislaciones se haya presentado una situación que resulte favorable a los intereses del sentenciado, en virtud de lo dispuesto en la nueva ley (Decreto 2535 de 1993), como lo pregona el señor Juez Regional de Medellín y estando ejecutoriada la sentencia por no haberse interpuesto contra ella recurso alguno y no ser consultable (art. 29 de la Ley 81 de 1993), es al Juez de Ejecución de Penas a quien corresponde dar aplicación al principio de favorabilidad y adoptar la medida pertinente si de simple reducción de pena se trata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75-4 del C. de P. P. que lo autoriza para ello, "...cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción o extinción de la pena...". Pero si éste no fuere el caso, también el Juez de Ejecución de Penas está facultado para hacer "...el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria, cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexequible o haya perdido su vigencia..." de acuerdo al numeral 5º del precepto citado.

En estas condiciones, se devolverá el expediente al señor Juez Regional de Medellín que adelantó y terminó la causa, para que dicho funcionario lo remita al Juez de Ejecución de Penas correspondiente o a quien haga sus veces, quien adoptará las medidas que sean pertinentes en guarda de los derechos y garantías del sentenciado en el supuesto de que éstos hayan sido quebrantados.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve:

REMITIR el expediente al señor Juez Regional de Medellín, para que se proceda de acuerdo a lo anotado en la parte motiva de esta

providencia. Comuníquese lo aquí dispuesto al señor Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia. Copia de esta decisión remítase al señor Procurador Regional de Antioquia, para los fines anotados en la parte motiva.

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.

DEFENSOR / INDAGATORIA / DEMANDA DE CASACION / INDICIO

La presencia del defensor en la diligencia de indagatoria se constituye en garantía, de que en desarrollo de la misma el procesado no será sometido a coacciones o torturas, ni será objeto de preguntas capciosas o encaminadas a confundirlo. / Quien va a elaborar una demanda de casación con fundamento en la causal primera cuerpo segundo, debe tener en cuenta que la violación indirecta de la ley puede presentarse a través de un error de hecho por falso juicio de existencia o de identidad, o a un error de derecho por falso juicio de legalidad o de convicción. Sentidos de la violación que tienen sus particulares características que a su vez hacen que la demostración tenga que apuntar a un preciso objetivo y ajustarse a determinadas reglas propias del recurso. / El error de hecho tiene tres sentidos: 1. El sentenciador supone una prueba que no existe en el proceso. Es el denominado el falso juicio de existencia por suposición. 2. El sentenciador omite una prueba existente en el proceso. Este es el llamado falso juicio de existencia por omisión. 3. El sentenciador tergiversó, el contenido fáctico de una prueba. Este es el falso juicio de identidad. / Cuando se estructura la casación alegando un error de hecho sobre una prueba, no se pueden alegar todos los sentidos a la vez, porque si la prueba fue desconocida, no pudo ser tergiversada, ni menos supuesta. / La proposición jurídica completa exige no sólo que se señale la totalidad de normas violadas, sino además la relación que existe entre ellas, el sentido y contenido de la violación. / La demanda de casación debe concretar los siguientes aspectos: 1. Identificación del error que motiva la inconformidad del recurrente. 2. Selección de la causal aplicable, el motivo y el sentido. 3. Formulación del cargo. 4. Demostración y 5. Petición. / Todo indicio como medio probatorio que es, se estructura sobre tres elementos que se deben dar para que el mismo se configure: 1. Un hecho conocido o indicador. 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar. 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo de hecho conocido o indicador debe estar plenamente de-

mostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 049.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el defensor de *Haimer Botero Sepúlveda,* contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria como autor de los delitos de *homicidio preterintencional, ataque al centinela* y *hurto de armas y bienes de defensa,* con la siguiente modificación: Disminuyó la pena de prisión de once (11) años a siete (7) años, dos (2) meses.

I. Hechos y actuación procesal:

En la madrugada del 28 de febrero al 1º de marzo de 1991, el soldado Antury Collazos se encontraba prestando servicio en el puesto de vigilancia número 4 del Batallón Piguanza en Garzón (Huila), cuando su compañero Haime Botero Sepúlveda se le acercó y haciéndose pasar como suboficial le entregó un yogurth. Acto seguido, aprovechando que éste se sentó a tomárselo, Botero le propinó un golpe en la cabeza con un madero, hecho que le produjo inicialmente la pérdida del conocimiento y posteriormente la muerte. Esta circunstancia fue aprovechada por el agresor quien lo tiró por un barranco y le arrebató su fusil.

En su favor, el procesado alegó haber recibido promesa del cabo Luis Guillermo Grisales de entregarle la suma de cien mil pesos, si le arrebataba el fusil al hoy occiso.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Ciento Diecisiete de Instrucción Penal Militar, Despacho que recibió las indagatorias y practicó varias pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos. La situación jurídica fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Haimer Botero Sepúlveda y Luis Guillermo Grisales.

En el momento en que se consideró perfeccionada la investigación, se cerró la misma y se procedió a dictar resolución convocando a

Consejo Verbal de Guerra, con intervención de vocales, para juzgar a los procesados por los delitos de homicidio, ataque al centinela y hurto.

Realizado el Consejo Verbal de Guerra, los vocales dieron veredicto de responsabilidad en contra de Haimer Botero Sepúlveda y consideraron que el cabo Grisales no era responsable. El presidente del Consejo Verbal acogiendo el veredicto condenó a Haimer Botero Sepúlveda a una pena de ocho (8) años de prisión, y absolvió al cabo Luis Guillermo Grisales.

Conocida la decisión, el defensor de Botero Sepúlveda interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior Militar, decretando la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación inclusive.

Recepcionadas nuevas pruebas, entre ellas, el dictamen médico legal, para efectos de determinar si el soldado tenía capacidad para darse cuenta del carácter ilícito de su conducta al momento de agredir al señor Antury, se cerró la investigación y se convocó a Consejo Verbal de Guerra por los delitos de homicidio, ataque al centinela y hurto en contra de Haimer Botero Sepúlveda. Por otra parte, el funcionario instructor se abstuvo de llamar a juicio al cabo Luis Guillermo Grisales. Realizado el Consejo Verbal de Guerra los vocales emitieron veredicto de responsabilidad, el cual fue acogido por el presidente del mismo al momento de dictar sentencia, condenando al procesado, a una pena de once (11) años de prisión.

Interpuesto el recurso de apelación en forma oportuna por la defensa, el Tribunal Superior Militar confirmó la sentencia condenatoria en contra de Botero Sepúlveda, pero modificó la pena disminuyéndola a siete (7) años y dos (2) meses de prisión.

II. Demanda:

El defensor, acudiendo a la causal primera de casación cuerpo segundo, formula cinco cargos a saber:

Cargo primero.

"Admisión de prueba recaudada irregularmente".

En concepto del defensor, la sentencia recurrida admite la versión inculpativa que dio el señor Botero, haciendo caso omiso de las circunstancias que rodeaban la confesión, olvidando que su patrocinado en la primera versión libre y espontánea negó cualquier autoría del ilícito. Olvida además que desde un principio el auditor Olave además de impedir el ejercicio de la defensa, coaccionó a su defendido para que confesara.

La causal, se configura, por cuanto el juzgador olvidando que su defendido fue coaccionado reiterada y sistemáticamente, entró a darle plena validez jurídica a una prueba viciada de nulidad, sobre la cual edificó la sentencia condenatoria.

El Tribunal manifestó que su defendido en la primera versión confesó el hecho y esa confesión fue el fundamento de la sentencia. Confesión que no fue recaudada libre y regularmente, que de no haber existido, conllevaría a que no se dictase sentencia condenatoria.

Con ese flagrante error de derecho, se violó directamente la ley sustancial. No se aplicó la ley con justicia, porque se atendió una prueba, que hace responsable a su defendido sin serlo, prueba producida en forma ilegal y sin que atendiesen los requerimientos que para recaudarla señalan los artículos 246, 247, 296 y 298 del C. P. P.

Cargo segundo.

Lo titula la defensa así: "*Desconocimiento o distorsión de pruebas como si no existieran*".

Dice que el *ad quem* ha omitido, desconocido o distorsionado las exculpaciones reiteradas presentadas por su poderdante. El fallador las desconoce y al hacer alusión a ellas, las reduce a una estrategia defensiva, para dedicarse posteriormente de manera parcializada a explotar la parte inculpativa de la indagatoria, que además fue producida ilícitamente.

Al desconocerse las versiones en las que se retracta de la confesión, se desconocen los hechos que de ella se desprenden, incurriéndose en un claro error de hecho. Con ello igualmente se desconoce quién es el verdadero autor.

El fallador no justipreció estas pruebas, desconociendo los hechos que de ellas se derivan, produciendo en consecuencia una decisión contraria a derecho.

Cargo tercero.

Lo titula el recurrente: "*Tergiversar o asignar valor mayor a pruebas*".

El Tribunal no sólo acepta una confesión aducida irregularmente al proceso, desconoce las ampliaciones de indagatoria, sino que para mantenerse en su equívoca posición, tergiversa el valor probatorio de otras piezas procesales.

Así, el sentenciador señala una serie de pruebas que ratifican la confesión, como las declaraciones de Yulian Alegría Hernández, Gildardo Cardona, Elber Botache, Daniel Avendaño, Hernando Aguirre, Virgilio Campos y William Aguirre, las cuales sólo hacen especulacio-

nes con respecto a una afirmación de su defendido, al indicar que la guerrilla se lo había llevado y lo había tirado. Ninguno de ellos señala la autoría de Botero, es decir, no revelan la verdad sobre la responsabilidad en el proceso, al no dejar en claro quién fue el autor, pero el juez tergiversa el valor de los mismos y los pone a concursar contra la responsabilidad de su defendido.

El juez enuncia todas estas pruebas, pero no las analiza, dándole por el contrario pleno valor a una confesión ilícitamente recogida y a una reconstrucción atravesada por iguales factores morales coercitivos.

Cargo cuarto.

"Omisión de una prueba válidamente recaudada en el proceso".

El Tribunal hace un juicio de valor olvidando que el único sospechoso no es Haimer Botero.

Los soldados Barrera y Aguirre, afirman que un sujeto evadido se acercó al hoy occiso. Ese evadido es el otro grave sospechoso de la muerte de Antury, quien para fugarse debía superar la vigía del occiso, además al ser supuestamente conocido, existiendo confianza, lo podía atacar por la espalda, golpeándolo en la cabeza, para así quitarle el fusil y huir.

El fallador olvida que el día anterior el soldado apodado Piguanza, se había evadido, ya que quería vengarse de la guerrilla por haber matado a su hermano, para lo cual había jurado conseguir un fusil. De allí se puede deducir que huyó y posiblemente conociendo el terreno volvió para coger por sorpresa a Antury golpeándolo por detrás.

La omisión de esta prueba recaudada legalmente al proceso configura un error de hecho, porque desconoce un hecho probado en el proceso, no admitiendo la duda y dejando en consecuencia como único sospechoso a su defendido, quien finalmente resulta condenado.

Cargo quinto.

"Omisión de pruebas válidamente recaudadas".

El fallador omite indicios que muestran que Botero no fue el autor.

a) Botero no iba a darle sólo un golpe para herirlo y quedarse con el fusil durante tres horas parado a un solo metro del ofendido, sabiendo que en cualquier momento se reincorporaría y lo metería en serios problemas;

b) Si el móvil fuere el fusil, lo hubiese atacado en Algeciras en medio del fuego cruzado que periódicamente había con la guerrilla, así nadie se habría dado cuenta y no tendría el riesgo de ser descubierto;

c) Si él iba a relevar, mal podría atacar a Antury sin que sospecharan, porque antes del relevo se probó que dormía y a la hora de resultar herido Antury sería el primer sospechoso.

Es claro que la omisión de estas pruebas apunta a un solo fin, dejar sola la exculpación de Botero. Omitir estas pruebas legalmente recaudadas constituye un error de hecho que hace responsable a su defendido.

Solicita a la Corte *casar* la sentencia con base en los errores de hecho y de derecho expuestos.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, y atendiendo a los yerros de carácter técnico que presentan los cargos los responde de manera conjunta.

Señala el representante del Ministerio Público que no puede entenderse que la prevalencia del derecho sustancial autorice la celebración de actos procesales sin apego a formalidades especiales, pues estos son los vehículos de su recto ejercicio y materializan las garantías procesales constitucionales establecidas.

El recurso de casación es respetuoso de la preceptiva constitucional, y en consecuencia es un medio de impugnación en el que sólo se permite elevar un juicio técnico-jurídico contra la sentencia de segunda instancia, para demostrar los errores *in iudicando* o *in procedendo*, que se hayan podido cometer en las instancias.

La demanda, en consecuencia, debe estar ajustada a las reglas que la ley establece, siendo su primera exigencia, que en ella el recurrente demuestre claramente, los fundamentos de la causal invocada, pues sólo así, logrará estructurar el juicio que imponga la ruptura de la sentencia, ya que viene precedida de las presunciones de acierto y legalidad.

En materia de causal primera de casación, se presentan dos vías diversas de infracción de la ley, que exigen que el libelista adopte estructuras distintas para su demanda en cada caso particular. Se deberá cuestionar la existencia o sentido de la ley en el primer caso, o bien criticar inicialmente las pruebas para desembocar en la falta de aplicación o aplicación indebida de la ley sustancial, en el segundo. Entremezclar argumentos propios de una y otra vía, da al traste con las pretensiones del recurrente, pues de esta forma, se le quita claridad y precisión al ataque.

Por otra parte cuando se ataca la sentencia por la existencia de errores de hecho, se debe precisar si éstos tuvieron origen en la omisión, suposición o tergiversación de las pruebas, pero además se debe demostrar la existencia de los mismos, señalando la trascenden-

cia que las equivocaciones del fallador han tenido en la sentencia impugnada y acreditando que el contenido del fallo hubiese sido otro distinto, si se hubiesen tenido en cuenta las pruebas ignoradas, o se hubieran incluido como fundamento de la decisión las supuestas, o, en fin, si se hubiesen interpretado correctamente los contenidos probatorios.

Al dejar de lado estos requisitos técnicos, la demanda queda insuficiente para remover la sentencia impugnada.

Si el demandante invoca errores de derecho, deberá ocuparse en señalar que el juzgador desconoció las normas procesales que gobiernan la construcción de una determinada prueba o que estando obligado a hacerlo, le dio un valor diferente al asignado por la ley, por exceso o por defecto, situación esta que no se da en la actualidad, por imperar en el régimen probatorio el sistema de la sana crítica en la valoración de las pruebas.

Todo lo señalado permite manifestar que el libelo carece de lineamientos técnicos precisos que permitan asumir el escrito como una demanda adecuada para su estudio de fondo.

En los cinco cargos el censor incurre en protuberantes fallas técnicas, existiendo total ausencia de demostración de sus aseveraciones, pues en cada ataque se pierde en especulaciones, cayendo en la afirmación que se han violado algunas disposiciones sustanciales (arts. 2, 19 y 23 del Código Penal), pero sin concretar en qué forma fueron vulneradas estas normas.

En otras ocasiones, se distrae en afirmaciones que pretenden señalar que el sentenciador se equivocó al dar un específico valor a una prueba, olvidando que actualmente no existe tarifa legal alguna.

En la primera censura, se quejó de que el Tribunal admitió, una prueba irregularmente aportada, narrando las condiciones y presiones a las que fue sometido el soldado Botero al momento de la indagatoria, pero no señala las pruebas que sirvieran de respaldo y permitían demostrar la existencia de esas presiones.

En el cargo tercero afirma que el sentenciador tergiversó algunas pruebas, pero no demuestra el error del Tribunal, al no precisar los contenidos probatorios que fueron distorsionados, como tampoco señala la forma como fueron tomadas en la sentencia, sin indicar menos aún la forma como han debido ser correctamente apreciados.

Finalmente enumera una lista de hipótesis, a las que llama indicios, que no son más que suposiciones u opiniones sobre lo que pudo haber sucedido. Alega una violación de la ley sustancial por no haberse valorado unas pruebas válidamente recaudadas, desconociendo que estas pruebas indirectas no son aportadas al proceso, sino que surgen en

el acto mismo de juzgar, por ser construcciones del funcionario sobre la base de hechos probados procesalmente.

Solicita a la Corte *no casar* la sentencia.

IV. Consideraciones de la Sala:

El libelista presenta cinco cargos sobre los cuales, corresponde a la Sala pronunciarse.

Cargo primero.

"Admisión de prueba recaudada irregularmente".

Consiste el reproche en haberse proferido sentencia condenatoria teniendo como soporte una confesión aducida ilegalmente al proceso, con lo cual se configura un error de derecho.

Para sustentar el ataque el censor señala que su defendido confesó coaccionado por las presiones a las que lo sometió el Auditor de Guerra doctor Olave, quien en su concepto prácticamente obligó al soldado Botero a emitir las afirmaciones ya conocidas.

Revisado el expediente, no aparece elemento probatorio alguno que corrobore las afirmaciones del defensor, por el contrario a folio 15 del cuaderno número 1, encontramos la indagatoria del procesado en la que actuó como defensor el ST. Eduardo Cortés Ariza. Precisamente la presencia del defensor en la diligencia de indagatoria se constituye en garantía, de que en desarrollo de la misma el procesado no será sometido a coacciones o torturas, ni será objeto de preguntas capciosas o encaminadas a confundirlo. En el caso en estudio el soldado Botero tuvo defensor, quien en ningún momento dejó constancia alguna que su defendido hubiese sido amenazado, coaccionado o torturado al declarar.

Por otra parte el Despacho a folio 15 vuelto deja la siguiente constancia: "Constancia del Despacho, se observa en forma directa que el sindicado en el momento actual no tiene ningún signo de violencia física, mental o cualquier otro impedimento para rendir la diligencia". Posteriormente y en desarrollo de la misma al cuestionar al declarante sobre si ha sido objeto de amenazas o coacciones, éste responde: "Preguntado: Sírvase decir al Despacho si a usted le han manifestado bajo amenazas, presiones, de no declarar la verdad o en un momento dado declararse culpable de los hechos ocurridos": *Contestó. "Nadie me ha amenazado, nadie me ha dicho que diga lo contrario"* (fl. 16, cuaderno primero) (Subrayado extratextual).

En la indagatoria el funcionario instructor estuvo atento a hacer claridad para efectos de determinar si la confesión era producto de

amenazas o correspondía al verdadero querer del declarante, razón por la cual lo invita a que señale libremente si ha sido víctima de amenazas e igualmente comprobó que físicamente no tiene muestras de haber sido torturado, por lo cual no se pueden aceptar afirmaciones del defensor que no tienen soporte probatorio alguno.

Igualmente a folios 107 a 112, encontramos la diligencia de inspección judicial y reconstrucción de hechos, realizada el 15 de marzo de 1991. Dentro de ella, asistido de defensor el procesado no sólo relata lo ocurrido sino que acepta su participación, de lo cual quedó constancia y a través de las fotos tomadas se muestra la secuencia lógica de los sucesos en la forma como los plasmó el acriminado.

El defensor que hoy actúa como recurrente, presentó recusación en contra del Auditor de Guerra doctor Olave, la cual fue resuelta en forma desfavorable mediante providencia de abril 30 de 1991, por no existir parcialidad de este funcionario en contra del procesado y no ser cierto que el mismo se haya dedicado a coaccionar y amenazar al soldado Botero.

En desarrollo del cargo hace afirmaciones que no son ciertas. Así a folio 23, indica: "Desde allí comienza el proceso a tener el sello particular del señor Olave, quien invadiendo órbitas que no le correspondían se hizo presente desde la primera versión recaudada incidiendo externamente para su valoración".

Revisadas las versiones del sindicado, en ninguna de ellas aparece el auditor Olave, como partícipe dentro de las mismas.

El cargo no se puede montar sobre afirmaciones, carentes de respaldo probatorio, que sólo obedecen al interés del defensor, por obtener una decisión favorable al procesado, pero que no guardan respaldo en la realidad.

Las razones anteriores son suficientes para considerar que el cargo no prospera.

Cargo segundo.

"Desconocimiento o distorsión de pruebas como si no existieran".

El defensor olvida que quien va a elaborar una demanda de casación con fundamento en la causal primera cuerpo segundo, debe tener en cuenta que la violación indirecta de la ley puede presentarse a través de un error de hecho por falso juicio de existencia o de identidad, o a un error de derecho por falso juicio de legalidad o de convicción. Sentidos de la violación que tienen sus particulares características que a su vez hacen que la demostración tenga que apuntar a un preciso objetivo y ajustarse a determinadas reglas propias del recurso.

El error de hecho tiene tres sentidos:

1. El sentenciador supone una prueba que no existe en el proceso. Es el denominado falso juicio de existencia por suposición.

2. El sentenciador omite una prueba existente en el proceso. Este es el llamado falso juicio de existencia por omisión.

3. El sentenciador tergiversó, el contenido fáctico de una prueba. Este es el falso juicio de identidad.

Cuando se estructura la casación alegando un error de hecho sobre una prueba, no se pueden alegar todos los sentidos a la vez, porque si la prueba fue desconocida, no pudo ser tergiversada, ni menos supuesta.

En el caso en estudio el demandante comete este error. Así a folio 5 de la demanda manifiesta: "El *ad quem* en su fallo ha omitido, desconocido o distorsionado hasta casi hacer inexistentes las exculpaciones reiteradas angustiosas presentadas por mi patrocinado. Son pruebas obrantes en el proceso, pero el fallador las desconoce de hecho y al hacer alusión a ella (en una solitaria oportunidad) pretende reducirlas parcializadamente a una simple estrategia defensiva...".

Del extracto se desprende la confusión en que incurre el libelista, al alegar un falso juicio de existencia por omisión y un falso juicio de identidad a la vez. Si el juez desconoce una prueba, no puede a la vez tergiversarla, porque esto último implicaría que si bien la apreció, cambió el contenido fáctico de la prueba.

Pero además el actor confunde la disparidad de criterios, con la existencia de un error que haga viable la formulación y demostración de un cargo en casación. La credibilidad o no que se le dé a un determinado elemento probatorio hace parte del proceso de valoración del juez, en el cual sólo está obligado a respetar las reglas de la sana crítica.

Por otra parte en el cargo hace planteamientos correspondientes a un error de derecho, cuando manifiesta que el Tribunal recayó sólo sobre la parte inculpativa de la injurada por cierto ilegalmente producida.

El demandante se centra a demostrar un error de derecho, lo que no es viable, porque con ello entremezcla los yerros de la violación indirecta, esto es el de hecho con el de derecho, que técnicamente no es permitido.

De otro lado haciendo más caótica la situación, señala: "Son pruebas existentes y que por mandato legal deben atenderse teniendo un peso legal específico el artículo 361 del C. P. P. Obviamente al no atender el valor probatorio de estas significativas pruebas que desvirtúanh (sic) y muestran claramente la falsedad de la confesión..."

(fl. 5 demanda). Olvida el demandante que las pruebas actualmente no están sometidas a tarifa legal alguna siendo el juzgador el encargado de determinar el valor de las mismas.

Finalmente señala que con este error se violaron una serie de normas de carácter sustancial, pero sin indicar el sentido de la violación, ni mucho menos en qué medida resultaron vulneradas, olvidando que la proposición jurídica completa exige no sólo que se señale la totalidad de normas violadas, sino además la relación que existe entre ellas, el sentido y contenido de la violación.

El cargo no puede prosperar.

Tercer cargo.

"Tergiversar o asignar valor mayor a pruebas".

Equivocadamente el censor considera que se configura un error de derecho, al tergiversar el valor probatorio de algunas piezas procesales como son las versiones de los soldados Yulián Alegría Hernández, Gildardo Cardona, Euder Botache, Daniel Avendaño, Hernando Berrío, Virgilio Campos y William Aguirre, pasando por alto que en el actual Código de Procedimiento Penal no rige el sistema de la tarifa legal probatoria, sino el de la sana crítica, en virtud del cual será el juez, el encargado de determinar el valor de las pruebas, estando solamente sometido a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Al respecto, manifiesta el libelista que: "El fallador de segunda instancia ...en un esfuerzo para mantenerse en su equívoca posición tergiversa el valor probatorio de otras piezas procesales". ... "Estos testimonios apuntan hacia elementos fácticos que no develan la verdad sobre la responsabilidad en el proceso, no dejan claro quién fue el autor pero *el juez tergiversa el valor de los mismos* y los pone a concursar contra la responsabilidad de Botero" (Subrayado extratextual). Con ello, está dando a entender que el juez tergiversó el valor de las pruebas dejando de lado que éstas no tienen un valor previamente determinado por la ley, si no que es el propio sentenciador el encargado de determinarlo, de acuerdo al grado de credibilidad y convicción que los diferentes elementos probatorios le inspiran.

Al respecto, esta Sala ha hecho claridad sobre el asunto en reiteradas oportunidades:

> "Es clara la falta de técnica en que incurre el impugnante, pues reiteradamente ha sostenido esta Corporación que el error de derecho en la mayoría de los casos no puede ser alegado en relación con la prueba testimonial, porque el juzgador de instancia le haya negado la capacidad probatoria que la ley le asigna porque ésta no le asigna ningún valor,

pues lo difiere a la racional apreciación que el juzgador le dé" (C. S. J. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas, enero 25 de 1991).

"Al cambiar la técnica legislativa y no señalarle un determinado valor para las pruebas, en este caso al testimonio, es obvio que no se puede atacar por esta modalidad de error de derecho de una prueba a la que el juzgador apreció racionalmente para darle o quitarle la credibilidad que se consideró en su recto criterio. Lo contrario es lo que pretende el casacionista al darle al testimonio que él considera apreciado erróneamente, la estimación probatoria desde su personal perspectiva de defensor.

"Las pruebas así consideradas, dentro de la técnica de la libre apreciación del juzgador aplicando su ponderado criterio podrán ser atacadas en casación dentro de la perspectiva del error de derecho, cuando la prueba haya sido considerada a pesar de la violación de sus propios ritos de formación, o cuando ha sido apreciada a pesar de violar los presupuestos generales para su aducción o finalmente cuando el juzgador le dio a la prueba un valor que la ley no le atribuye.

"Es entonces completamente equivocada la pretensión del censor cuando afirma que erró el juzgador al no darle valor de plena prueba al testimonio de una de las deponentes" (C.S.J. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas, marzo 2 de 1991).

El censor pretende imponer su particular criterio de valoración de las pruebas, olvidando que en casación, no existe la misma libertad argumentativa de las instancias, donde se pretende que el juez examine todas las posibilidades y todo el contexto procesal, en aras al esclarecimiento de la verdad, por no tratarse de una tercera instancia, sino de un medio de impugnación estrictamente técnico, en el que la demanda la debe concretar a los siguientes aspectos: 1. Identificación del error que motiva la inconformidad del recurrente. 2. Selección de la causal aplicable, el motivo y el sentido. 3. Formulación del cargo. 4. Demostración y 5. Petición.

El reproche no está llamado a prosperar.

Cuarto cargo.

"Omisión de una prueba válidamente recaudada en el proceso".

El libelista fundamenta el cargo sobre deducciones que realiza, con las cuales pretende demostrar la inocencia de su defendido, pero sin concretarlas en forma exacta en las pruebas, convirtiendo el cargo

en un escrito en el que plasma toda su imaginación para tratar de evitar la responsabilidad del procesado, con argumentos que no son aceptables, ni siquiera a nivel de las instancias, porque en ellas, si bien es cierto no existe el rigorismo que se exige en casación, tampoco es viable hacer afirmaciones que sólo obedecen a la imaginación del defensor, que carecen de todo respaldo probatorio.

El actor no puede convertir la demanda, en un escrito donde se manifiesta todo lo que se le ocurra, sin contrarse a demostrar en forma seria yerro alguno.

La vaguedad y falta de precisión del cargo, sin verdaderos argumentos jurídicos, no permiten hacer un estudio de fondo. Al respecto se le debe recordar al censor, que la seriedad del recurso de casación exige que la demanda en su presentación, sea un escrito técnico jurídico, en el que el libelista presente en forma totalmente coherente la causal alegada, los fundamentos del mismo y una petición acorde con el planteamiento desarrollado.

Señala el defensor, que se omitió una prueba válidamente recaudada en el proceso, siendo esa prueba "los evadidos". Los "evadidos" para utilizar sus propios términos, no son medio probatorio alguno. Los medios probatorios, son los testimonios de los soldados Barrera y Aguirre, quienes manifiestan que la noche de los hechos un cabo se había evadido de la base.

Tampoco es cierto que estos elementos probatorios fueron omitidos, porque tanto el juez de primera instancia como el Tribunal los tuvieron en cuenta, valorándolos al momento de dictar las sentencias respectivas:

Así a folio 7 de la sentencia del Tribunal, éste manifestó:

> "Por lo demás, si bien en el plenario se hace referencia a la presencia de un suboficial la noche de los hechos cerca al puesto (sic) de centinela servido por el occiso. Tal circunstancia se aclara con la deposición del *soldado Enrique Aguirre Valencia*, quien manifestó haber informado al dragoneante Campos de la presencia del mencionado suboficial, información ante la cual el dragoneante requirió al centinela Antury Collazos, quien a su vez le manifestó que se trataba de un suboficial que intentaba evadirse de la base. En estos términos, pues, a la vez que no se ha corroborado en este aspecto el dicho de Botero Sepúlveda, tampoco se ha devirtuado el testimonio exculpativo del suboficial, en el sentido de haber permanecido en su cambuche conciliando el sueño, una vez entregara su puesto al dragoneante Virgilio Campo" (Subrayas fuera de texto).

Del extracto transcrito se desprende que el Tribunal valoró el testimonio de Enrique Aguirre Valencia, siendo en consecuencia inaceptable la argumentación del defensor.

La censura no prospera.

Cargo quinto.

"Omisión de pruebas válidamente recaudadas".

Como acertadamente lo indicara el Procurador Tercero Delegado en lo Penal: "El demandante alega una pretendida violación de la ley sustancial por no haberse estimado algunas pruebas 'válidamente recaudadas' y enlaza en tal acápite una serie de hipótesis a las que llama indicios, lo que revela de entrada su desconocimiento en temas probatorios pues las pruebas indirectas mencionadas, como tales, no son aportadas al proceso, sino que surgen en el acto mismo del juzgamiento porque, siendo como son, construcciones del funcionario judicial sobre la base de hechos probados procesalmente las inferencias que se hacen no pueden 'aportarse' al proceso.

"Por otra parte, suposiciones e indicios son conceptos totalmente diversos. El casacionista, demostrando su profundo ánimo defensivo, equivoca los conceptos y llama indicios a lo que no son más que hipótesis y, diríamos más, opiniones sobre lo que pudo haber sucedido o sobre lo que pensó el acusado al momento de actuar" (fl. 9, concepto Delegada).

Todo indicio como medio probatorio que es, se estructura sobre tres elementos que se deben dar para que el mismo se configure:

1. Un hecho conocido o indicador.

2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar.

3. Una inferencia lógica, a través de la cual, y partiendo de hecho conocido, se logre deducir el hecho que se pretende conocer.

El hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido.

El demandante lo primero que debió haber precisado con claridad en el cargo, eran los hechos conocidos de los cuales iba a inferir los desconocidos; pero en ésto sólo presenta una hipótesis, que no se encuadra dentro de ninguno de los elementos del indicio y en donde no se hace todo el proceso de inferencia lógica que permita llegar a la construcción del medio probatorio.

Naturalmente al no determinarse el hecho indicador, tampoco señala el hecho indicado y mucho menos hace la conexión lógica que debe existir entre uno y otro.

El cargo está mal formulado, hasta el punto que en su configuración no estructura la prueba indiciaria que considera existente de modo que en ningún momento llega a determinar que es lo que pretende probar.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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 / TIPICIDAD / RESPONSABILIDAD

Como quiera que el acceso excepcional se permite siempre que se persiga el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, se requiere que el recurso lo impetre el defensor del procesado, el procurador o su delegado, excluyéndose de por sí el fiscal, la parte civil o el tercero civilmente responsable, aunque pueden intervenir como partes no recurrentes con sus respectivos alegatos y que el memorialista expenga su inquietud de una manera clara y precisa. / Una cosa es el proceso de adecuación típica de un proceso criminoso, y otra bien diferente el grado de responsabilidad de los imputados.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 42, abril 21 de 1994.

Vistos:

Decide la Sala sobre la petición que formula el defensor del procesado *Jairo Góngora Monroy*, con fundamento en el artículo 218-3 del estatuto procedimental, para que se conceda —de manera excepcional— el recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Noveno (9º) Penal del Circuito de Ibagué, mediante la cual lo halló responsable de un delito de concusión.

Antecedentes:

En el mes de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), cuando se adelantaba en la Caja de Previsión Social del Tolima el trámite para la cancelación de cesantías parciales y definitivas, se supo por denuncia del Veedor Departamental que algunos funcionarios y empleados estaban exigiendo un porcentaje del valor de estas

prestaciones para garantizar su pago oportuno, en colaboración con abogados y particulares que servían de intermediarios.

La investigación correspondiente la inició el Juzgado Veintiséis (26) de Instrucción Criminal de Ibagué, recaudando diversas probanzas, en su mayoría testimoniales, profiriendo medida de aseguramiento contra Jesús Cárdenas, Eduardo Oviedo y Jairo Góngora. Perfeccionada en lo posible la instrucción del sumario, se calificó su mérito dictando un vocatorio a juicio contra los tres indagados, por el delito de concusión, los dos primeros a títulos de coautores y el último como cómplice. A Oviedo, además, le endilgó la comisión de un delito de abuso de autoridad, perpetrado en concurso con el de concusión.

Contra esta decisión no se interpuso ningún recurso. En firme el pliego de cargos, la causa fue adelantada por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Ibagué, quien citó luego a audiencia pública y dictó sentencia condenatoria en contra de los coacusados, sancionando a Góngora como cómplice del delito de concusión y a Oviedo como autor del delito de abuso de autoridad. El tercer implicado, Jesús María Cárdenas Palomares, se acogió al mecanismo de la audiencia anticipada y se le declaró responsable del delito en referencia. Apelado el fallo, el Tribunal lo confirmó en su integridad.

De la impugnación:

El defensor de Góngora interpuso el recurso excepcional de casación, con fundamento en el artículo 218-3 del estatuto procedimental. Como razones advierte que "...la absolución del principal implicado conlleva a la desaparición de la complicidad en cualquier grado y a cualquier título". Su pretensión trata "...de buscar la profundidad de la Corte en el desarrollo de la jurisprudencia consagrada en el régimen penal colombiano, aparte 0217 página 19, que fue desconocido por el Tribunal del Tolima". A renglón seguido agrega que: "Por la falta de la profundidad de la doctrina, se atentó contra la garantía del derecho fundamental de mi defendido, a quien se juzgó por un delito no cometido, pues si desaparece el autor principal con su delito, no nace al universo jurídico ni siquiera el delito imputado a cómplice (sic) y mucho menos responsabilidad; violándose el principio doctrinario de la pena nula si no hay ley". Y nada más.

La Corte:

1º Sea lo primero advertir que, en principio, podría pensarse que el recurrente, dada la pena máxima asignada al delito de concusión (6 años) tenía derecho a recurrir en casación por la vía ordinaria, dado que el monto de la sanción así lo permitía, resultando inconveniente la escogencia de la vía excepcional, destinada exclusivamente a quienes

por una u otra razón no tienen la oportunidad de hacerlo por los cauces normales y cumplen con los requisitos adicionales que le impone la normatividad.

Pero ello no es así. Obsérvese. El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, reformado por la Ley 81 de 1993 —vigente para la época en que fue presentada la solicitud de casación discrecional— prescribe que el recurso extraordinario de casación procede por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años. No obstante, esta sanción no es la del tipo insularmente considerado sino el resultado del proceso de individualización legal de la pena, teniéndose en cuenta las circunstancias específicas, atenuantes o agravantes, los dispositivos amplificadores del tipo y el grado de participación del imputado, todo lo cual fijará en definitiva el linde máximo que deberá tener en cuenta el fallador para imponer la sanción a que haya lugar y para producir efectos penales como la prescripción, o la concesión de subrogados, o de recursos como el extraordinario de casación, etc.

En el caso de la especie, si bien el delito por el que se procede (art. 140 del C. P.) tiene una pena máxima de seis (6) años de prisión, linde apto para recurrir en casación, si se toma el grado de participación del infractor (complicidad) se reduce a tres (3) años, monto insuficiente para acceder al recurso extraordinario. De ahí que la vía escogida (el mecanismo excepcional) sea la única posible para que la Sala pueda realizar el examen de rigor.

2: Vistas así las cosas se procede al estudio consiguiente.

a) En variadas ocasiones la Corte ha señalado los presupuestos para acceder al recurso extraordinario de casación por la vía del artículo 218 del C. de P. P. No sólo el impugnante ha de satisfacer los requisitos mismos del instituto sino también los propios de esta vía excepcional que permite el estudio a un asunto vedado para esta sede extraordinaria.

Los primeros —propios de la impugnación normal— exigen que se intente contra una sentencia de segunda instancia y que se interponga dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo correspondiente. Adicionalmente, como quiera que el acceso excepcional se permite siempre que se persiga el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, se requiere que el recurso lo impetre el defensor del procesado, el procurador o su delegado, excluyéndose de por sí al fiscal, la parte civil o el tercero civilmente responsable, aunque pueden intervenir como partes no recurrentes con sus respectivos alegatos y que el memorialista exponga su inquietud de una manera clara y precisa. Como en pasada oportunidad lo adoctrinó la Sala:

> "Con la brevedad de la sustancia, el actor ha de mostrarle a la Sala la necesidad de su estudio, pues sólo de esta

manera puede la Colegiatura encontrar las razones necesarias para acceder al pedimento. De no ser así, bastaría la simple intención del impugnante para transitar la vía casacional, convirtiéndose lo extraordinario en ordinario, perdiéndose la esencia misma del instituto y con ello, contrariándose la voluntad del legislador. De otra parte, es claro que el *ad quem* ha de remitir la actuación original pues es la única manera de comprobar la pertinencia del recurso frente a las razones invocadas por el recurrente" (auto de julio 1º de 1993, magistrado ponente doctor Valencia).

b) En el asunto, materia de estudio, las primeras exigencias se cumplen rigorosamente. Se está frente a una sentencia de segunda instancia, el recurso fue interpuesto dentro del término legal y el impugnante es el defensor de uno de los procesados. En lo que se refiere a las restantes exigencias, apenas es satisfecha la que tiene que ver con el envío a esta Colegiatura de la actuación original, de importancia mayúscula ya que permite a la Corte proveerse de la información necesaria para resolver lo que haya lugar.

Cuanto a la razón de ser del pedimento, como se ha visto, en lo que tiene que ver con el desarrollo de la jurisprudencia, al impugnante no le asiste razón alguna para deprecar este motivo. El hecho de que no se descubra el autor del delito —en este caso sí se logró su identificación plena— no quiere decir que desaparezca el ilícito ni la responsabilidad de los presuntos cómplices. Insólito razonamiento. Una cosa es el proceso de adecuación típica de un suceso criminoso y otra bien diferente el grado de responsabilidad de los imputados. Estos temas han sido discutidos con profusión tanto en la jurisprudencia como en la doctrina y no entiendo la Corte qué aspecto del asunto invocado merece un mayor estudio y en qué ayudaría a la literatura jurídica el acometerlo. Aparte de la poquedad argumental que reduce a unas pocas frases abstractas su inquietud, el proceso contraría sus palabras. Es que no es cierto que la autoría del delito de concusión haya quedado en el aire, pues al otro procesado, Jesús María Cárdenas Palomares, se le condenó mediante el mecanismo de la audiencia anticipada, como autor del delito de concusión. Así las cosas, se estableció a ciencia cierta quién fue el funcionario oficial que con su conducta reprochable, pretendió defraudar los intereses legítimos de algunos pensionados, solicitándoles indebidamente sumas de dinero por obtener el pronto pago a que tenían derecho. Para disfrazar su ilícita intervención remitía a los beneficiarios a las oficinas del abogado Jairo Góngora Monroy quien, aparentando realizar una eficaz gestión profesional, sacaba avante los intereses de las víctimas, a cambio de una crecida participación de su liquidación. En lo referente a la presunta violación de garantías fundamentales, el escrito no brinda los suficientes elementos de juicio que le permitan a la Sala comprender la importancia y necesidad de dar vía libre a esta impugnación discrecional.

3. Así las cosas, teniéndose en cuenta la carencia argumental y la sinrazón del pedimento, la inadmisibilidad del recurso adviene indudable y así habrá de declararlo la Sala.

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

Resuelve:

INADMITIR el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Jairo Góngora Monroy, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas NO, *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.

JUEZ REGIONAL / COLISION DE COMPETENCIA / EXTORSION

Siendo la norma actualmente aplicable en materia de competencia, la Ley 81 de 1993, en delitos de extorsión, en ella y para mantener un criterio perdurable frente al cambiante valor de los salarios mínimos por su incremento anual, se clarificó que la cuantía se definiría por el valor de aquel que se rigiera para el momento de la comisión del hecho.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 050.

Vistos:

Entra la Corte a dirimir de plano el conflicto negativo de competencia suscitado al proseguir con el conocimiento del proceso adelantado en contra de *Gustavo Urbina*, colisión propuesta por un Juzgado Regional de Cúcuta al Juzgado Penal del Circuito Reparto de la misma ciudad, y formalizada por el Juzgado Décimo Penal de ese Circuito, despacho al cual correspondió el adelantamiento por sorteo.

Antecedentes:

1º En el mes de noviembre de 1991 Gustavo Urbina argumentando ser militante del movimiento ELN, le exigió a nombre de dicha organización al señor Pedro Nel Usecbe, gerente de la empresa PANAM del norte de la ciudad de Cúcuta, la suma de diez millones de pesos como "una colaboración", advirtiéndole que próximamente pasaría a recoger lo pedido.

Días después el mismo desconocido hizo su aparición en el negocio del señor Usecbe, siendo aprehendido por un agente del F-2 en el momento en que emprendía la huida. Vinculado al proceso, la situación jurídica de Urbina fue resuelta con medida de aseguramiento de

detención preventiva y el mérito sumarial calificado con resolución de acusación por el delito de extorsión en el grado de tentativa.

Luego de celebrada la diligencia de que trata el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, y encontrándose el proceso al despacho del Juzgado Regional, a iniciativa del defensor se planteó la remisión del expediente a un Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad, al considerar que por razón de la cuantía, era a ese Despacho al que correspondería continuar con la actuación. El Juzgado Regional accedió de inmediato a lo solicitado, ordenando el envío del proceso a los Jueces Penales del Circuito, anticipando de una vez la colisión negativa de competencia.

Según el Despacho colisionante, la cuantía en el delito de extorsión, remitida al monto de la suma indebidamente exigida por el acusado ascendía a la suma de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00), cantidad que resultaba inferior a los ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales que la recién promulgada Ley 81 de 1993 señaló como tope para efectos de fijar la competencia de los Jueces Regionales para esa clase de delitos.

Su apreciación se basa en las disposiciones del artículo 63 de la anotada ley, derogatoria de los preceptos que le fueran contrarios, así como en el criterio de la Corte, contenido en providencia del 20 de enero de 1994 con ponencia del magistrado doctor Dídimo Páez Velandia.

2º El Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cúcuta donde correspondieron las diligencias por reparto, admitió que efectivamente la competencia asignada a los Jueces Regionales en el artículo 71.4 del Decreto 2700 de 1991, del mismo modo aparece en el numeral 4º del artículo 9º de la Ley 81 de 1993. Su inconformidad radica en el valor del salario mínimo legal que se encontraba vigente para el momento de la comisión del delito ya que de acuerdo con el artículo 73.3 del Código de Procedimiento Penal: "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", disposición que en igual sentido aparecía en el parágrafo del artículo 72 del Decreto 050 de 1987.

En ese orden de ideas, se permite recordar que el Decreto 3074 de 1990 determinó como salario mínimo legal vigente para el año de 1991 sería de $ 51.720.00; esto es, que los ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales a que hace referencia la disposición citada por ambos funcionarios sumarían $ 7.758.000.00, cantidad esta inferior a los diez millones de pesos considerados como factor determinante en el presente asunto. Por ello se estima imposibilitado para avocar su conocimiento.

Consideraciones de la Corte:

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal, y por tratarse de un conflicto de competencia suscitado entre un Juzgado Regional y otro Juez Penal de la República, es competente esta Sala de la Corte para entrar a dirimir de plano la discrepancia.

2. Fácilmente puede apreciarse que la diferencia surgida en el presente asunto radica exclusivamente sobre el monto de la agresión patrimonial tasado en términos del salario mínimo legal, pues mientras para el Juzgado Regional de Cúcuta los ciento cincuenta salarios mínimos a que se refiere la ley (art. 9º de la Ley 81 de 1993, modificatorio del art. 71.4.2 del Código de Procedimiento Penal) deben tasarse por el valor del salario vigente al tiempo de la norma, para el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, esa conversión debe operar con referencia al salario mínimo que operaba para la época de la ocurrencia de los hechos.

Planteada en estos términos la controversia, no puede la Sala menos que otorgarle la razón en ella al Juzgado del Circuito, pues como repetidamente lo tiene dicho esta Corporación, siendo la norma actualmente aplicable en materia de competencia la Ley 81 de 1993, en ella y para mantener un criterio perdurable frente al cambiante valor de los salarios mínimos por su incremento anual, se clarificó que la cuantía se definiría por el valor de aquel que rigiera para el momento de la comisión del hecho.

En consecuencia, si el Decreto 3074 de 1990 que cita el funcionario colisionado, fijó como salario mínimo para el año de 1991 la suma de $ 51.720,00, su multiplicación por 150 representa un total inferior a los diez millones de pesos, cantidad exigida extorsivamente por el acusado. Esa superación con creces de los 150 salarios mínimos legales por la exigencia extorsiva, fija sin duda la competencia para seguir conociendo del presente asunto en los Juzgados Regionales, en este caso el colisionante radicado en Cúcuta, despacho al cual se le devolverá la actuación para lo de su cargo.

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

Resuelve:

Dirimir el conflicto negativo de competencia planteado, asignando al colisionante Juzgado Regional de Cúcuta el conocimiento del presente asunto. Remítasele como consecuencia el expediente, e infórmese con copia de la presente providencia al Juzgado Décimo Penal del Circuito el sentido de esta decisión.

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.

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / APELACION

El debido proceso penal señala unos pasos esenciales de cumplimiento perentorio tanto por el fiscal como por el juez que conocen de un caso determinado, así como por los sujetos procesales que en él intervengan, para poder dar cumplimiento al mandato constitucional que exige que todo juzgamiento se haga "con la plenitud de las formas propias de cada juicio". / Ese debido proceso debe asegurar a todas las partes por igual, entre otras cosas, el ejercicio pleno del derecho a defender sus personales intereses que, como se sabe, comprende desde la presunción de inocencia, propia del procesado, hasta el derecho de impugnar las decisiones que se consideren injustas, pasando por la asistencia profesional de un letrado y el aporte de pruebas a su favor o el de contradecir las aportadas en su contra, para todos los sujetos procesales sin excepción. / El funcionario judicial, en ambas etapas del proceso, está investido de la potestad de administrar justicia con poderes plenos inclusive para poner punto final a la actuación, si ninguna de las partes comprometidas en ella cuestiona legítimamente a través de la impugnación la decisión en tal sentido (preclusión de investigación y sentencia). Es lo que se ha denominado "cosa juzgada" que constituye, a su vez, una de las garantías más importantes, pues implica la seguridad de las decisiones judiciales. / Por manera que el acceso a la segunda instancia presupone necesariamente —salvo en el caso de la consulta— por la parte inconforme el ejercicio voluntario del derecho a la impugnación que la ley procesal condiciona, en forma expresa a la "debida sustentación" de las razones del disenso y en forma implícita, al denominado por la jurisprudencia y la doctrina "interés jurídico para recurrir". La impugnación interpuesta dentro de los términos que el código señala y con la satisfacción de las condiciones indicadas es la que dentro del debido proceso se denomina "legítima" y cuyo desconocimiento constituye violación inequívoca del derecho de defensa del sujeto procesal correspondiente, sancionable con la nulidad.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado Acta número 050.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensa y el procesado contra la sentencia del 28 de octubre de 1992 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la capital de la República, en este proceso adelantado contra *José Héctor González Sánchez* por el delito de homicidio en la persona de María Graciela Alzate, fallo en el cual se fijó definitivamente el monto de los perjuicios ocasionados con el delito.

Hechos y actuación procesal:

1. El señor José Héctor González Sánchez había sostenido relaciones sexuales con María Graciela Alzate, de las cuales presumiblemente nació un niño que permanecía al lado de la madre y cuyos gastos de sostenimiento atendía el procesado. El 23 de agosto de 1990, habiendo ingerido algo de licor, González Sánchez visitó a la mujer mencionada, quien muy disgustada le reclamó por el incumplimiento de sus obligaciones con el menor de quien dijo, en forma energúmena, no ser hijo suyo, comentario que ya había escuchado el procesado de una amiga común, a la que llamó telefónicamente para que le aclarara la situación que en definitiva quedó en el mismo estado de duda; habiéndose calmado su ira momentáneamente María Graciela, se retractó de lo dicho. Sin embargo, su estado de ánimo volvió a alterarse en forma exagerada cuando González comenzó a esculcar entre su peinador y encontró unos preservativos. El hallazgo motivó reclamo, al cual contestó María Graciela con vehemencia tratando de impedirle continuar la búsqueda y amenazándolo con un revólver que guardaba en su cama, actitud a la cual Héctor replicó disparándole con el arma que portaba a cuya consecuencia dejó de existir.

2. Abierta la investigación correspondiente, González fue vinculado a ella mediante indagatoria y luego afectado con resolución acusatoria por el delito de homicidio con el reconocimiento de la diminuente del exceso en la legítima defensa, calificación que no fue impugnada por ninguno de los sujetos procesales pero que la parte civil en la etapa del juicio propuso fuese modificada en desarrollo del artículo 501 del C. de P. P. vigente, por considerar que dicha diminuente no había tenido ocurrencia; el Juzgado mediante auto interlocutorio de octubre 25 de 1991 consideró que no existía razón alguna para variar dicha calificación, determinación que cobró ejecutoria al no ser recurrida.

Con base en la calificación dada el Juzgado 29 Superior de Bogotá dictó sentencia condenatoria, imponiéndole la pena principal de 30 meses de prisión y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por término igual y haciéndolo civilmente responsable en cuantía de nueve millones de pesos, determinación apelada por la parte civil en razón a que el Juzgado disminuyó "el valor de los perjuicios materiales que fueron señalados en el avalúo del perito designado y posesionado", pues la atenuación reconocida al procesado que sirvió de fundamento a la disminución de los perjuicios no se dio, en su opinión.

El recurso se concedió únicamente respecto al cuestionamiento de la tasación de perjuicios, pues en lo demás carecía de interés jurídico la parte recurrente. El Tribunal, consecuente con ello, se pronunció sobre dichos perjuicios confirmando la tasación dada por el Juzgado y absteniéndose de hacer pronunciamiento alguno sobre la impugnación a cerca de la responsabilidad penal deducida en la primera instancia.

La demanda:

Contra la determinación anterior interpusieron recurso extraordinario de casación el procesado y su defensor, presentándose la demanda oportunamente con la advertencia inicial de que el Tribunal "no resolvió las peticiones de la defensa" y por tanto "no se sabe si la sentencia está en firme únicamente en cuanto a los perjuicios ...significa que el recurso no se ha dirimido...no hubo segunda instancia y a pesar de esto, se confirmó la sentencia", para luego sí ocuparse en concreto de los cargos.

El defensor formula en la demanda dos reparos a la sentencia por aplicación indebida de los artículos 30 y 323 del C. P. y falta de aplicación del artículo 29 de la misma obra: Uno por violación indirecta, al no haber dado el valor jurídico que correspondía a algunas pruebas y el otro, por violación directa, pues considera en ambos reproches que su patrocinado no actuó en exceso de legítima defensa, sino bajo la plena justificante y que, por consiguiente, debe ser absuelto.

Para fundamentar el primer reproche transcribe apartes de la indagatoria del procesado, quien expresó como excusa "yo tenía mucho miedo de que ella me matara", y agrega "no se le dio el valor jurídico a la expresión de Amanda Rojas Valbuena" consistente en que la obitada "cogió el revólver a matar a él", precisando a continuación: "El peligro que soportó el señor González Sánchez, pues, el riesgo sufrido con inminencia segura, lo obligaron a defenderse con arma similar a la empleada por Alzate Corrales".

Insiste en que el único propósito del procesado fue el de desarmar a María Graciela y que esta actitud "forzosa y obligante" del acusado

fue desconocida por el fallador. Remata afirmando: "Al fraccionar la confesión, ilegalmente, vale decir, al no darle su precio jurídico y axiológico, ocasiona la acusación, la censura de la sentencia del Tribunal" y agrega: "Se traicionó, pues, la hermenéutica y la preceptiva, puesto que el valor de las pruebas testimonial y de confesión se subestimaron. Y algo más: El Tribunal ni siquiera las comentó cuando la defensa las invocó reiteradamente, al pedirle revocatoria de la condena de primera instancia".

El sustento del segundo reproche radica en haberse "presentado un error de selección de la norma represora toda vez que se dio el exceso sin que esta figura tuviera existencia real", pues "el exceso no está probado".

Concepto de la Delegada:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal no entra a conceptuar sobre la viabilidad de la demanda por considerar que la sentencia proferida por el Tribunal afectó el debido proceso y el derecho de defensa de la parte civil, concretándose a sustentar su petición de casación oficiosa a fin de que se anule lo actuado y aun cuando no indica expresamente desde qué momento procesal, se infiere que es desde el proveído del Tribunal por "encontramos frente a una típica inexistencia de sentencia de segundo grado por carencia de la necesaria decisión de responsabilidad penal, tal como lo ordenaba el artículo 247 del C. de P. P.".

Sostiene la Delegada que al apoderado de la parte civil se le negó el derecho a controvertir el fallo del cual disentía impidiéndole discutir aspectos de la naturaleza del delito investigado que incidían directamente en la cuantificación de perjuicios, y que de esta manera el Tribunal no solamente eludió "la solución del recurso interpuesto bajo la confirmación de la decisión impugnada", sino que omitió toda motivación en torno al aspecto penal del caso, olvidando que para confirmar la decisión sobre perjuicios, necesariamente debía confirmar la causa de la misma, decidiendo sobre la responsabilidad penal previo "el análisis probatorio y la valoración jurídica de los hechos que se desprendían de la concreta realidad del proceso" y no abstenerse de hacerlo, como aconteció.

Consideraciones de la Corte:

Como se ha planteado por la Delegada la nulidad de lo actuado, la Corte entra a analizar primeramente este aspecto en razón al principio de prioridad toda vez que de prosperar haría inoficioso el análisis de la demanda.

1. El debido proceso penal señala unos pasos esenciales de cumplimiento perentorio tanto por el fiscal como por el juez que conocen de un caso determinado así como por los sujetos procesales que en él intervengan, para poder dar cumplimiento al mandato constitucional que exige que todo juzgamiento se haga "con la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Ese debido proceso debe asegurar a todas las partes por igual, entre otras cosas, el ejercicio pleno del derecho a defender sus personales intereses que, como se sabe, comprende desde la presunción de inocencia, propia del procesado, hasta el derecho de impugnar las decisiones que se consideren injustas, pasando por la asistencia profesional de un letrado y el aporte de pruebas a su favor o el de contradecir las aportadas en su contra, para todos los sujetos procesales sin excepción.

El funcionario judicial, en ambas etapas del proceso, está investido de la potestad de administrar justicia con poderes plenos inclusive para poner punto final a la actuación, si ninguna de las partes comprometidas en ella cuestiona legítimamente a través de la impugnación la decisión en tal sentido (preclusión de investigación y sentencia). Es lo que se ha denominado "cosa juzgada" que constituye, a su vez, una de las garantías más importantes, pues implica la seguridad de las decisiones judiciales.

Por manera que el acceso a la segunda instancia presupone necesariamente —salvo el caso de la consulta, que en el presente caso no se daba— por la parte inconforme el ejercicio voluntario del derecho a la impugnación que la ley procesal condiciona, en forma expresa a la "debida sustentación" de las razones del disenso y en forma implícita, al denominado por la jurisprudencia y la doctrina "interés jurídico para recurrir". La impugnación interpuesta dentro de los términos que el código señala y con la satisfacción de las condiciones indicadas es la que dentro del debido proceso se denomina "legítima" y cuyo desconocimiento constituye violación inequívoca del derecho de defensa del sujeto procesal correspondiente, sancionable con la nulidad.

2. En el caso que ocupa la atención de la Corte se observa que la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia sólo fue legítimamente cuestionada por la parte civil en cuanto al monto de los perjuicios deducidos como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, pues aun cuando ésta también fue cuestionada, evidentemente no le asistía interés jurídico para hacerlo por las siguientes razones: a) No cuestionó el pliego de cargos o resolución acusatoria, pudiéndolo hacer legítimamente porque allí fue donde se reconoció al procesado la diminuente del artículo 30 del C. P. que obviamente incidía en una eventual tasación de perjuicios; b) Sin embargo, en el juicio, apoyada en el entonces vigente artículo 501 del C. de P. P., pidió se modificara la calificación para suprimir la diminuente, y el

Juzgado competente mediante auto interlocutorio le negó la pretensión, determinación respecto de la cual guardó silencio, pudiendo legítimamente cuestionarla ante la segunda instancia. Su silencio significa asentimiento, conformidad; c) Aceptado el pliego de cargos tal como se produjo en la pacífica calificación del mérito sumarial, ese y no otro era el marco jurídico que como ley del proceso existía para el juzgamiento, el cual resultó favorable para sus particulares intereses, pues se produjo sentencia condenatoria y como consecuencia de esa responsabilidad deducida, se tasaron los perjuicios a su favor que si bien lo fueron por debajo de la pericia que consideró el homicidio sin atenuación alguna, equitativamente el juez sí tuvo en cuenta la señalada en la resolución acusatoria, como ley del proceso que era, se repite, y así las cosas, la agravación que se pedía no era posible en ese estadio procesal por ser claramente lesiva del derecho de defensa del procesado, y d) Distinta sería la situación ciertamente si la resolución de acusación no hubiese reconocido la diminuente y ésta solamente se hubiese dado en la sentencia, pues en este evento resultaría inobjetable el interés jurídico de la parte civil para recurrir la sentencia condenatoria en su totalidad, como bien lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Corporación (ver, por ejemplo, sentencias de octubre 9 de 1992, magistrado ponente doctor Páez Velandia y noviembre 25 de 1993, magistrado ponente doctor Torres Fresneda).

Así las cosas, no se ha afectado el debido proceso ni el derecho de defensa de la parte civil que en forma equivocada la Delegada oficiosamente considera vulnerados.

Ahora, extraña el señor Procurador que el Tribunal no hubiese hecho pronunciamiento alguno respecto de la responsabilidad penal, deduciendo una consecuencia —los perjuicios— sin existir la causa —la sentencia—, en lo que finca la "típica inexistencia de sentencia de segundo grado" con desconocimiento de los derechos fundamentales mencionados.

De conformidad con los pasos esenciales del debido proceso indicados inicialmente, sí existe sentencia condenatoria de segundo grado —la del Juzgado, por el principio de integración al no haber sido modificada por el Tribunal, pudiéndolo hacer según expresa disposición del estatuto procesal entonces vigente (art. 538) , ya que de la circunstancia de haber dicho en el numeral primero de la parte resolutiva que se abstenía de considerar los argumentos de la apelación de la parte civil en cuanto a la responsabilidad penal por carencia de interés jurídico para hacerlo, no puede inferirse, como equivocadamente lo entienden la Delegada y el casacionista, que no existe sentencia de segunda instancia. No, sí existe ésta, pues el Tribunal al asumir la apelación válidamente interpuesta por el principio de integración implícitamente prohijó el fallo de condena en todo aquello que no fue

objeto de cuestionamiento, que es lo que suele hacerse y debe seguir haciéndose aún en vigencia de la actual Ley 81 de 1993, pues la sentencia es una sola e inseparable en su causa y efectos. Frente a tal realidad, resulta explicable que solamente se haya ocupado del aspecto válidamente cuestionado (los efectos del fallo) y lo haya decidido conforme a su leal saber y entender, dando por sentado su causa (el fallo condenatorio), el que, por lo demás, fue debidamente fundamentado en la primera instancia.

3. De otra parte, como intervino el Tribunal en su calidad de juez de segunda instancia entendible resulta que la defensa haya querido aprovechar la nueva oportunidad que la ley y la realidad procesal le brindaron para cuestionar en esta sede lo resuelto por las instancias, así no hubiese mediado en éstas cuestionamiento alguno de su parte. En tales condiciones, procede la Sala a examinar la demanda presentada.

4. *Primer cargo*. A pesar de alegar el actor error de hecho manifiesto, por parte alguna del libelo muestra siquiera que una prueba se haya ignorado o supuesto o tergiversado en su sentido material.

En cambio lo que equivocadamente hace el casacionista es exponer su propio punto de vista sobre la valoración probatoria, reiterando que se le debe creer al procesado cuando sostiene que no hizo sino defender su vida, como también que el Tribunal no le dio credibilidad a la testigo Amanda Rojas Valbuena quien dijo, según el actor, que ella se proponía matar al procesado. Tacha el casacionista de "desestimadas" dichas pruebas, olvidando que dada la ausencia de tarifa legal en la apreciación probatoria no se puede combatir el valor que, dentro de la lógica y la racionalidad, el juzgador le otorgó a determinados medios de convicción, valor que está cobijado por la doble presunción de acierto y legalidad.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe observar que incluso dentro de esa línea de ataque el actor se muestra con afirmaciones generales, sin sustento concreto de ninguna especie, estando entonces muy lejos de rebatir las consideraciones efectuadas por el sentenciador para apoyar el reconocimiento del exceso en la justificante. En efecto, dijo éste: "Sin embargo, en opinión del Juzgado hubiera bastado un solo disparo para hacer cesar la agresión de que era objeto teniendo en cuenta que su enfrentado era una mujer, si bien agresiva y dispuesta, también con poca habilidad para el manejo de las armas, como lo pudo percibir y que su intención, como lo anotó, era la de desarmarla simplemente, pues del protocolo de necropsia y de la misma versión del incriminado, se supo que uno de los proyectiles hizo impacto en la mano izquierda, con orificio de entrada y de salida y otro penetró en su vientre y se alojó en la segunda vértebra lumbar" (fl. 307, cuaderno 1).

De cara a semejante alegación y realidad probatoria, no hay nada más que responder en el ámbito de esta impugnación de índole extraordinaria, razón suficiente para que este primer reproche no prospere.

Cargo segundo. Lacónicamente aduce el censor la violación directa de la ley sustancial, enunciado que pretende sustentar con alegación que corresponde a otra vía de ataque, como que al aseverar que no se dio el exceso en la justificante, se desplaza el libelista hacia la violación indirecta de la ley, pues finca su apreciación en la falta de prueba de dicha diminuente pero que, aquí al igual que en el cargo anterior, queda huérfana de todo apoyo dicha afirmación. En consecuencia, tampoco puede prosperar el cargo.

Así las cosas, la demanda será desestimada en su totalidad.

Casación oficiosa:

Observa la Sala que entre las penas accesorias impuestas está la de la "suspensión de la patria potestad" —que no es de las que sigue inexorablemente a la principal— sin que haya mediado razonamiento alguno para su deducción ni encuentre la Corte que tenga vinculación con el delito investigado, pues no se ve cómo este homicidio cometido en exceso de legítima defensa pueda agraviar o poner en peligro los hijos del acusado.

Como se ha atentado contra el debido proceso por falta de motivación de dicha pena, en desarrollo de lo normado en los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P. vigente, aplicable por favorabilidad, se impone oficiosamente casar parcialmente el fallo atacado, sustrayendo del mismo la referida pena accesoria.

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. DESESTIMAR la demanda de casación presentada contra la sentencia condenatoria que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá profirió al señor José Héctor González Sánchez por el delito de homicidio.

2. CASAR OFICIOSAMENTE EN FORMA PARCIAL la referida sentencia únicamente en cuanto condenó a la pena accesoria de "suspensión de la patria potestad". En consecuencia, REVOCASE dicha pena accesoria. En todo lo demás, queda sin modificación alguna el fallo recurrido. En firme, regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas NO, *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresnoda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

DELITO PERMANENTE / DELITO INSTANTANEO

La consumación en el delito permanente es indefinida, la conducta antijurídica se mantiene en el tiempo en la medida que el tipo penal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que hace cesar su permanencia, siendo a partir de esa cesación de donde empieza a contarse el término prescriptivo; ejemplos la detención arbitraria, el concierto para delinquir, el secuestro. Por su parte, contrario al delito permanente, aparecen los delitos instantáneos, que son aquellos en los cuales la lesión al bien jurídico se concreta en un solo momento, tales como la estafa, el peculado, el homicidio, aclarándose en relación con este último ilícito, que la permanencia de su efecto (muerte) no le quita su carácter de instantáneo.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 50.

Se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el denunciante contra el auto del 2 de marzo de 1994, mediante el cual esta Sala se abstuvo de iniciar instrucción respecto de la señora *Regina Betancurt de Liska.*

Antecedentes:

1. El 13 de octubre de 1993 el doctor Jaime Rafael Pedraza presentó denuncia penal contra la senadora Regina Betancurt de Liska, por la presunta comisión de varios delitos (fl. 1).

2. Mediante providencia de marzo dos del presente año, la Sala se abstuvo de iniciar instrucción respecto de la senadora denunciada (fls. 50 a 57).

3. Contra aquella decisión el denunciante interpuso recurso de reposición en los siguientes términos:

a) Que con desconocimiento de los artículos 27 y 333 del Código de Procedimiento Penal el magistrado ponente no lo llamó a ratificar y ampliar su denuncia, ni practicó las pruebas por él solicitadas, pudiéndose por ello incurrir en prevaricato.

Además, curioso resulta para el recurrente que el "magistrado ponente conociera antecedentes o hechos no consignados en la denuncia", allegando al diligenciamiento una prueba no pedida y se abstuviera de traer otra sí solicitada.

Estima, también, que se violó la "reserva sumarial" al permitirse "a la imputada que nunca rindió versión preliminar, otorgar poder a una abogada, para que llevara su representación", quien fue reconocida como tal mediante auto de diciembre 7 de 1993.

b) Como claramente se dijo en la denuncia, los delitos de "*peculado por extensión, permanente, fraude procesal permanente, estafa permanente*, etc." se "*imputan como permanentes*", y por lo mismo conforme al artículo 83 del Código Penal, la acción penal de dichos ilícitos no está prescrita: "Afirmar que un delito continuado o permanente está prescrito no es posible a ojo de buen cubero".

La Sala —agrega— no hizo ninguna consideración sobre el tema y por tanto "afirmar 'a *prima facie*' que está prescrito un delito continuado o permanente, o que el delito no es de esa naturaleza, es prejuzgar. Y el prejuzgamiento es una forma de prevaricar".

c) De otra parte, sostiene que, de acuerdo a los artículos 1º, 6º y 8º de los estatutos, el "Centro Internacional de la Unión es una organización de *beneficencia común* (subrayo y hago notar que utilidad y beneficio son palabras sinónimas), dedicada a la educación, sin ánimo de lucro, que no otra cosa son la búsqueda del perfeccionamiento personal y el desarrollo mental de cada uno de sus miembros", al igual que "busca el bienestar de la comunidad ayudando a resolver sus problemas", sin olvidar que sus fondos "se forman de los aportes obligatorios y voluntarios de los afiliados y donaciones de los benefactores".

Claro queda, en su sentir, que esas circunstancias le dan el carácter de una entidad de "utilidad común".

d) Por último, insiste en afirmar que los delitos de perturbación de la posesión y estafa no se encuentran prescritos, por lo que debe disponerse la apertura de la investigación, una vez se reponga el auto impugnado.

Se considera:

Ciertamente no le asiste razón al recurrente:

1. El artículo 323 del Código de Procedimiento Penal dice: "Durante la etapa de investigación previa *podrán* practicarse todas las

pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos" (se subrayó).

Precisamente, con fundamento en la discresionalidad que otorga la norma procedimental, la Sala concluyó que con base en la denuncia, las copias auténticas de los estatutos y del acta de fundación de la entidad "Centro Internacional de la Unión" allegadas al expediente, eran suficientes para abstenerse de iniciar instrucción respecto de la denunciada, señora Regina Betancurt de Liska.

En cuanto a la escritura número 5237 de agosto 9 de 1979 echada de menos por el recurrente, ésta tendería a demostrar un delito de estafa que, como lo dijo la Sala en el auto impugnado, se encuentra prescrito, por lo que resultaba inoficioso traerla al expediente.

2. De otra parte, bien puede observarse la gran confusión conceptual que el impugnante tiene sobre los términos "delito permanente" y "delito instantáneo", afirmando que los ilícitos por él denunciados tienen el carácter de "*permanente*" y por los mismo la acción penal no se encuentra prescrita.

Frente a ello, forzoso es recordar que la consumación en el delito permanente es indefinida, la conducta antijurídica se mantiene en el tiempo en la medida que el tipo penal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que hace cesar su permanencia, siendo a partir de esa cesación de donde empieza a contarse el término prescriptivo; ejemplos: La detención arbitraria, el concierto para delinquir, el secuestro.

Por su parte, contrario al delito permanente, aparecen los delitos instantáneos, que son aquellos en los cuales la lesión al bien jurídico se concreta en un solo momento, tales como la estafa, el peculado, el homicidio, aclarándose en relación con este último ilícito, que la permanencia de su efecto (muerte) no le quita su carácter de instantáneo.

Así las cosas, no cabe duda de que los hechos punibles denunciados pertenecen a esta última división de los tipos penales, por lo que sin discusión, repítase, la acción penal se encuentra prescrita.

Igualmente, necesario es reiterar que el quejoso en manera alguna demostró su calidad de querellante legítimo respecto del delito de perturbación de la posesión, sin olvidar también que hace tiempo se concretó la caducidad de la querella (arts. 32 y 33 del C. de P. P.).

3. De otro lado, teniendo en cuenta sus estatutos, ha de repetirse que la entidad "Centro Internacional de la Unión", en manera alguna es un establecimiento de "utilidad común" dedicada a la educación, a la beneficencia o a las Juntas de Acción Comunal o de Defensa Civil, toda vez que ninguna de esas finalidades persigue el mencionado Centro.

Y por el hecho de que en el artículo 1º de sus estatuto se diga que es una organización de "beneficio común", no implica que ciertamente se convierta en una institución de "utilidad común" dedicada a las finalidades referidas, como que otros muy distintos son sus objetivos y finalidades entre las cuales se encuentran "el perfeccionamiento personal y el desarrollo mental de cada uno de sus miembros", el de "mantener unidos a sus socios, quienes, bajo su orientación, pretenden llegar al conocimiento de sí mismos mediante estudios y prácticas hechos con los poderes naturales de la mente, unidos en pensamiento y propósito".

4. Finalmente, desacertado es el recurrente al afirmar que existió "violación de la reserva sumarial", pues la misma ley (art. 321 del C. de P. P.) concede al imputado el derecho de designar un defensor, como efectivamente sucedió en este caso.

En fin, al ser infundadas las inconformidades del recurrente, la Sala no repondrá la providencia impugnada.

Agréguese, por último, que si el recurrente considera que por parte del magistrado ponente o de la Sala de Casación Penal se incurrió en el delito de prevaricato, en vez de hacer insinuaciones sobre este particular aspecto, debe proceder a cumplir con la obligación que le impone el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

NO REPONER la providencia de marzo dos del presente año, por medio de la cual la Sala se abstuvo de iniciar instrucción respecto de la señora Regina Betancurt de Liska.

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.

EXTORSION / COLISION DE COMPETENCIA

El delito de extorsión se realiza en el sitio en que la víctima hace, tolera u omite algo de CONNOTACION PATRIMONAL. Y así las cosas, ninguna importancia tiene el territorio desde el cual se envió la carta constrictiva.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 49, mayo 4 de 1994.

Vistos:

Dentro del presente proceso en el que obra como imputado *Henry Bermúdez Villa* y como víctima de un presunto delito de *extorsión*, Vicente Zabala Bueno, un Fiscal Regional de Cúcuta, el 19 de enero del año en curso, emitió el siguiente auto:

"Del estudio efectuado a las presentes diligencias se puede establecer: 1. Que el hecho materia de investigación, si bien es cierto constituye a no dudarlo un atentado contra el patrimonio económico, cuya víctima fue el señor Vicente Zabala, consistió en exigirle por parte de Henry Bermúdez Villa llevara a Joaquín Niño Suárez por esa época recluido en la cárcel 'El Barne' en Tunja, algunas prendas de vestir como zapatos, ropa, chaquetas, etc.

"2. Desde un principio la conducta desarrollada por Bermúdez Villa se encasilló como delito de *extorsión*, pues según el escrito posiblemente confeccionado por aquél, la exigencia se hacía mediante amenazas de muerte.

"3. Recepcionada la declaración a Vicente Zabala éste aceptó que, evidentemente, recibió el escrito y que por tal situación acudió hasta la citada cárcel en donde se entrevistó con Joaquín Niño Suárez haciéndole entrega de 'una muda de ropa, zapatos y una chaqueta'. Zabala también dice que el mencionado sujeto le exigió además la suma de dos millones de pesos, petición que no fue aceptada por él, limitándose a no volver. De ello sostiene hará unos tres años.

"4. De acuerdo a ello, si bien eventualmente se puede sostener que Zabala fue víctima de un delito de *extorsión*, la cuantía en manera alguna llegaría a superar siquiera el millón de pesos. La exigencia de los millones se quedó en eso, pues, como lo sostiene el denunciante, él no le dio importancia.

"De otra parte, no podría tampoco sostenerse que tanto Henry Bermúdez Villa como Joaquín Niño Suárez estuvieran vinculados con la subversión, pues a juzgar por lo expuesto en los varios procesos en los que ha estado vinculado el primero de los citados, *ello lo hacía simplemente como medio coercitivo para obtener el beneficio económico.*

"Así las cosas, estimamos que la investigación contra estos dos sujetos debe continuar por *competencia*, en un *Juzgado Penal Municipal* de Bucaramanga, *lugar en donde se hizo la exigencia patrimonial en contra de Vicente Zabala*".

Remitidas las diligencias, las mismas correspondieron por *reparto*, al Juzgado Segundo Penal Municipal de Bucaramanga, donde, sin haberse practicado prueba o diligencia alguna, de una vez, se profirió el ocho (8) de febrero del año en curso, el siguiente auto:

"Sería la oportunidad procesal para continuar con la pesquisa, cuya apertura formal fuera dispuesta por la jurisdicción remitente (fl. 21), si no observáramos que la competencia, por factor territorial, nos releva para proseguir con la misma.

"Veámos por qué: Se ha sostenido por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de extorsión es de aquellos conocidos como de conducta *pluriofensiva*, esto es, que tutela dos intereses jurídicos, la libertad de autodeterminación y el patrimonio económico.

"Si bien es cierto que aquellos actos intimidatorios de los que fuera objeto el señor Vicente Zabala, tuvieron su inicio en esta ciudad al hallar en su residencia la nota conminatoria, la verdad es que el atentado patrimonial que integra el delito de *extorsión*, se consumó en la localidad de Tunja (Boyacá), hasta donde tuvo que desplazarse la víctima a hacer entrega de las cosas que le fueron exigidas (prendas de vestir), cuyo destinatario era el recluso de la Penitenciaría 'El Barne', Joaquín Niño Suárez. Así las cosas, en concepto de este Juzgado, creemos que el funcionario *competente* para conocer de este asunto, lo es el señor Juez Penal Municipal de Tunja, Boyacá, a quien se remitirá lo actuado para los fines legales pertinentes".

En Tunja, el asunto correspondió, por *reparto*, al también Juzgado Segundo Penal Municipal, donde el veintiuno (21) de febrero del corriente año, se emitió este auto: "De la lectura de las presentes diligencias se desprende que la *competencia* radica en el Juzgado Pro-

misceo Municipal de Cómbita, por estar la Penitenciaría Nacional 'El Barne' dentro de su jurisdicción".

Llegadas las diligencias al municipio de Cómbita, la allí Juez Promiscuo Municipal, despachó el asunto así:

"Como bien se indica por parte de quien señala a este Despacho como el competente para proseguir con esta investigación, el ilícito se originó en la ciudad de Bucaramanga, cuando la víctima Vicente Zabala encontrara la 'nota intimidatoria' en la sala de su residencia, pues si bien es cierto el cumplimiento de lo allí exigido tenía como finalidad la Penitenciaría Nacional 'El Barne' ubicada en esta jurisdicción, *quien la suscribe no lo es por parte de quien allí se encontraba;* por tanto, estaríamos frente a la incertidumbre anotada en el artículo 80 del C. de P. Penal cuya competencia se asigna al funcionario del territorio 'en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiera proferido resolución de apertura de instrucción'. ... Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita (Boyacá), *resuelve: Primero*, declararse *incompetente* para conocer del presente caso, por las razones anotadas en la parte motiva; *segundo*, remítase este expediente a la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a fin de que se dirima el conflicto de competencia".

Muy breves consideraciones de la Sala:

1. Primeramente, importa señalar que, como se precisó en determinación de esta Corporación de abril 12 de 1988: "Es conocimiento elemental en estas materias que el conflicto surge, cuando, por quienes tienen facultad para hacerlo, se sostiene sobre un mismo punto de derecho criterios encontrados que se niegan o se destruyen y que imposibilitan la determinación del factor *competencia*. Pero cuando los funcionarios están de acuerdo sobre quién es el competente es absurdo pregonar la existencia de pugna" (Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

En el evento *sub examine*, lo sustancial es que los funcionarios están en desacuerdo sobre quién es el competente, pues cada uno de ellos se la atribuye al otro. Así las cosas, es evidente que se está ante un *conflicto de competencia negativa*, pues que los dos afirman al propio tiempo que cada quien es *incompetente* para conocer del asunto.

Muy de desear hubiera sido, para evitar así asumir posiciones equívocas, que cuando el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bucaramanga remitió las diligencias, por *competencia*, al Juzgado Penal Municipal —*reparto*— de Tunja, de una vez le hubiera provocado, expresamente, *colisión de competencia negativa*, para el evento de que no aceptara sus argumentos y, por ende, considerara que no era

el competente para asumir el conocimiento del proceso. Esa excitación expresa no la hubo, mas sí *tácita* y de ahí que la Corte, pese a la señalada irregularidad, tenga por trabado el conflicto, más cuando el Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita, se declaró *incompetente* para conocer del asunto, y, por consecuencia, remitió las diligencias a la Corte, "a fin de que se dirima el conflicto de competencia".

2. Conviene resaltar que el argumento central para que el juez de Cómbita asegure que existe incertidumbre sobre dónde se consumó el delito de *extorsión*, está en que no fue desde la Penitenciaría Nacional "El Barne", desde donde se envió el escrito intimidatorio a Vicente Zabala que llevó a éste a traerle algunas prendas, como le fue exigido, so pena de muerte, a alguien que ciertamente sí estaba allí recluído. Esa circunstancia, que es verdadera, no decide el lugar de consumación de este hecho punible, pues el criterio mayoritario de la Corte sobre el particular está en que el delito se realiza en el sitio en que la víctima hace, tolera u omite algo de *connotación patrimonial*. Y, así las cosas, ninguna importancia tiene el territorio desde el cual se envió la carta constrictiva.

Dentro de las pocas diligencias (los funcionarios colisionados se preocuparon fue por desprenderse, prestamente, del expediente, sin que hubieran practicado ninguna prueba o diligencia, lo que es muy de lamentar) que conforman el proceso, obra la declaración de Vicente Zabala (prueba esta que fue recepcionada por funcionario diferente a los trabados en conflicto y a quien por cierto fue mucho lo que se le dejó de preguntar) y allí obra suficientemente claro que él llevó a la Penitenciaría "El Barne", al recluso Joaquín Niño Suárez, aquello con lo que entendió cumplía con las demandas hechas por un tercero (hasta ahora se dice que fue Henry Bermúdez Villa) bajo amenazas de muerte. Así las cosas, si es en el municipio de Cómbita donde se encuentra ubicado el indicado centro carcelario, pues será, dada la cuantía, el Juez Promiscuo de allí el competente para conocer de este asunto, ya que sólo aquello obra en el proceso sobre actuación de "connotación patrimonial".

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

Resuelve:

DIRIMIR el conflicto de competencias trabado entre el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bucaramanga, Santander, y el Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita, Boyacá, adjudicando el conocimiento del presente proceso, adelantado por el presunto delito de *extorsión* y donde figura como imputado Henry Bermúdez Villa y como víctima Vicente Zabala Bueno, al último Juzgado mencionado.

Por la *Secretaría de la Sala*, hágasele llegar prontamente el expediente. Expídase, también, copia del presente pronunciamiento y en-

viese al Juzgado Segundo Penal Municipal de Bucaramanga, 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.

DICTAMEN PERICIAL / DOLO

Cierto que la pericia requerida y exigible del Instituto de Medicina Legal, sobre la naturaleza de la sustancia y pureza, no obra en autos. Esta situación no constituye un elemento de convicción de tan imprescindible verificación que, de no obrar en los autos, no sea factible proferir una sentencia de condena por conducta contemplada en la citada Ley 30 de 1986. Ese medio probatorio, innegablemente, constituye una pieza fundamental y de notoria conveniencia, al punto de ser la prueba por excelencia para ciertos aspectos técnicos que el comentado comportamiento genera. Pero de allí a reconocer que la comprobación de la materialidad del ilícito sólo (demostración excluyente) pueda hacerse a expensas del dictamen comporta la aserción un mayúsculo desacierto. En efecto, dicha actividad científica tiene el carácter de demostración preferente, pero no única. Existen por las varias circunstancias en que puede desenvolverse una averiguación y por el principio de libertad probatoria, plurales factores que con sobrado mérito llegan a reemplazar la intervención o ausencia del Instituto de Medicina Legal, logrando llevar convencimiento al funcionario sobre los tópicos de los cuales se ocuparía esa entidad, entre los cuales importa advertir, no está el determinar la total cantidad de la sustancia, porque al referido organismo no suele enviarse el total de lo decomisado sino muestras de ese material. / Basta para que se configure el hecho, con que el empleado oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas, sustancias o elementos comprometidos en delitos o contravenciones previstos en el Estatuto de Estupefacientes realice alguna de las conductas allí descritas, para que sea digno de la punibilidad correspondiente, obviamente ceñida ella a todos los cánones relativos a la responsabilidad del procesado y a la observancia de las garantías necesarias de juzgamiento.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 49, mayo 4 de 1994.

Vistos:

Se revisa, por haberse interpuesto y admitido en tiempo oportuno el recurso de casación, la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar (octubre 13 de 1992), en contra del cabo segundo de la Policía *William Edison Morales Barreto*, y otros, y en la cual, por conducta previsto y sancionada por la Ley 30 de 1986, se le impuso cincuenta (50) meses de prisión, así como las accesorias de ley.

La demanda fue declarada ajustada a las formalidades legales en auto de veintinueve de abril del citado año.

Hechos y actuación procedimental:

Del siguiente modo se destacan en el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"El veintiocho de febrero de mil novecientos noventa el cabo segundo de la Policía Nacional William Edison Morales Barreto, en compañía de los agentes Eudoro Macuase Rosero y Germán Elías Madrigal Arenas así como del inspector de Policía del lugar, Celso Pineda Bernal, se trasladaron hasta la isla 'Los Micos' de la jurisdicción de Leticia (Amazonas). Allí, en casa del señor Teodoro del Castillo Saavedra, incautaron aproximadamente veinte kilogramos de coca y retuvieron a dos ciudadanos peruanos que la habían dejado a guardar, uno solo de los cuales fue conducido hasta el sitio de facción de los policiales.

"Posteriormente los intervinientes en el procedimiento decidieron no poner el hecho en conocimiento de las autoridades judiciales competentes y, en su lugar, procedieron a repartir la sustancia incautada en partes iguales para cada uno de ellos".

Por último, Pineda Bernal, a quien habían correspondido unos cuatro kilos y medio —fl. 504— comunicó todo lo ocurrido, desencadeándose la intervención "del capitán del F-2 de apellido Núñez, y el agente Duarte Caicedo", a los cuales a quien entregó la parte suya, la misma que se puso a disposición del Juez Penal del Circuito de Leticia, funcionario que, en asocio de otros, pesó esa substancia y la identificó como cocaína. Esta diligencia sólo advirtió un volumen de 3.142.2 gramos —fls. 141 y 142—.

".....

"Recibida la copia de la decisión de segunda instancia que puso fin a la actuación disciplinaria, el Juzgado Noventa y Cinco de Ins-

trucción Penal Militar dispuso la iniciación de la investigación penal respectiva en auto del treinta de julio de mil novecientos noventa.

"Se aportó a la actuación copia del informe que rindiera el capitán Orlando Núñez Corredor respecto de los hechos investigados, en el cual da cuenta de los hechos acaecidos y su particular intervención en el esclarecimiento de los mismos, dejando la sustancia que se logró incautar en la inspección de Policía a disposición del Juez Penal del Circuito de Leticia.

"El día once de septiembre de mil novecientos noventa se escuchó la indagatoria del acusado Germán Madrigal Arenas, quien negó tener participación en los hechos investigados y dijo que la acusación obedece a una calumnia y al deseo del inspector de Policía de hacer cambiar a los agentes del orden quienes, por entonces, lo estaban vigilando constantemente por tener conocimiento de que utilizaba los vehículos oficiales para la realización de conductas delictivas.

"También se aportó a la investigación copia de la diligencia celebrada el tres de marzo de mil novecientos noventa por el Juez Penal del Circuito de Leticia (Amazonas) en la cual se tomaron muestras de una sustancia incautada y que hace referencia a los hechos investigados, así como se pesó la misma obteniéndose un total de mil ochocientos cincuenta y tres gramos con dos decigramos (se corrige 3.142.2 gramos —fls. 141 y 142—), material que al ser sometido a la prueba de campo dio coloración azul propia de la cocaína.

"De la misma forma, obra en la actuación copia al carbón (con firma del declarante y del secretario) de la declaración que rindiera Celso Pineda Bernal el dos de marzo de mil novecientos noventa ante la Jefatura de la SIJIN del Departamento de Policía de Amazonas.

"El cabo segundo William Edison Morales Barreto rindió indagatoria el día trece de diciembre de mil novecientos noventa y en tal ocasión manifestó ser inocente de las acusaciones que en su contra se lanzaron, a la par que hizo algunas críticas al proceso disciplinario que se adelantó en su contra en el cual, según lo dijo, se pretendía a toda costa su separación de la fuerza policial.

"Habiendo sido imposible escuchar en indagatoria al sindicado Eudoro Macuase Rosero, previo el emplazamiento de rigor se lo declaró persona ausente en auto del veintidós de enero de mil novecientos noventa y uno.

"En proveído del primero de febrero de mil novecientos noventa y uno el Juzgado Noventa y Cinco de Instrucción Penal Militar decretó la detención preventiva de los señores William Edison Morales Barreto, Eudoro Macuase Rosero y Germán Elías Madrigal Arenas como sindicados de violar la Ley 30 de 1986.

"Perfeccionada en lo posible la investigación, el Departamento de Policía de Amazonas; Juzgado de primera instancia, la declaró cerrada a través de auto de fecha seis de mayo de mil novecientos noventa y dos. El día trece siguiente, el mismo Juzgado dictó la Resolución número 222 por medio de la cual se convocó en el cuartel central del Departamento de Policía de Amazonas un Consejo de Guerra sin intervención de vocales, para juzgar la conducta de los señores William Edison Morales Barreto, Eudoro Macuase Rosero y Germán Elías Madrigal Arenas, todos ellos sindicados de haber infringido los preceptos de la Ley 30 de 1986.

"El Consejo de Guerra se realizó el día once de julio de mil novecientos noventa y dos y durante él el Fiscal Militar aportó copia de las declaraciones que los señores Celso Pineda Bernal y Teodoro del Castillo Saavedra rindieron dentro del informativo disciplinario adelantado contra los procesados, pruebas que el presidente del mencionado Consejo de Guerra ordenó aportar al expediente y leer en voz alta durante el debate oral.

"Concluido el acto de juzgamiento, la presidencia del Consejo de Guerra emitió sentencia de fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y dos en la cual resolvió condenar a William Edison Morales Barreto, Eudoro Macuase Rosero y Germán Elías Madrigal Arenas a la pena principal de cincuenta meses de prisión como autores responsables de infracción al artículo 39 de la Ley 30 de 1986. También los condenó a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, si la tuvieren, por el mismo lapso de la pena principal.

"Apelada la sentencia por el procesado Morales Barreto, el Tribunal Superior Militar desató la instancia el día trece de octubre de mil novecientos noventa y dos en sentencia que confirmó íntegramente la apelada".

La demanda:

Se invoca el artículo 220-1 del C. de P. P. y a su amparo se acusa "la sentencia de segundo grado de ser violatoria en forma indirecta de la ley sustancial por error de hecho originado en la ausencia de pruebas sobre la materialidad u objetividad del hecho punible que se le atribuye a mi defendido, lo cual condujo a una sentencia de carácter condenatoria".

Sobre el particular se citan como quebrantados los artículos 2º a 5º, del 487, 488, 497, 504, 510, 511, 514, 515 del C. de Justicia Penal Militar, y, los artículos 39, 78, 81 a 83 de la Ley 30 de 1986.

Y se fundamenta el cargo indicando que no es demostración material del ilícito el que se aporte "una fotocopia del acta de inspección

judicial y pesaje de las sustancias que al parecer de cocaína fueron entregadas por el señor Celso Pineda Bernal, inspector de Policía de Santa Sofía, persona esta quien denunció a mi representado", echándose de menos la peritación definitiva del Instituto de Medicina Legal y la ausencia de autenticación del acta de inspección mencionada.

El aludido dictamen, para la demandante, constituye requisito *sine qua non* para señalar una específica responsabilidad penal en esta clase de conductas delictivas.

También se acusa el fallo emitido como resultado de un "error de derecho originado en la apreciación de dos testimonios que fueron allegados al proceso, con violación de las ritualidades para su aducción, las cuales fueron sustento de la sentencia condenatoria".

A este respecto se anota que: "Celso Pineda Bernal no fue oído en declaración dentro del proceso penal, obrando solamente copia de la versión rendida por éste dentro de la investigación administrativa o disciplinaria por solicitud que se hiciera a la SIJIN del señor Juez de Instrucción Penal Militar, mediante oficio, sin haber ordenado previamente el traslado de dicha prueba conforme al mandato del artículo 495 del Código Penal Militar, sin embargo, dentro del término probatorio en la audiencia, el señor fiscal aportó como pruebas las declaraciones de Celso Pineda Bernal y Teodoro del Castillo Saavedra, recepcionadas en el informativo disciplinario, declaraciones que fueron aceptadas por el presidente de la audiencia y agregadas a las diligencias una vez leídas.

"Sin embargo, el fallador en su apreciación en el momento de fallar pasó por alto que dichas versiones sustento de la sentencia condenatoria, fueron allegadas al proceso con violación de normas propias para su aducción, desconociendo de esta manera lo que ordena el artículo 486 del Código Penal Militar que dice: Necesidad de la prueba. Ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenado o admitida". Igualmente se violó el artículo 487 del mismo estatuto, cuando habla sobre la legalidad de la prueba: "Toda decisión judicial debe fundarse en pruebas legalmente producidas o allegadas al proceso".

"Observando detenidamente el expediente en ninguna parte del mismo encontramos el auto que ordena el traslado de las versiones de los señores: Celso Pineda Bernal y Teodoro del Castillo Saavedra, para tenerlas en cuenta en la sentencia condenatoria, lo que significa que su aducción al proceso fue con violación de la norma que ordena tener como válidas las pruebas trasladadas, infringiendo así el fallador los principios de contradicción y publicidad como integrantes del debido proceso".

Respuesta de la Sala y opinión del Procurador Delegado:

Cierto que la pericia requerida y exigible del Instituto de Medicina Legal, sobre la naturaleza de la sustancia y pureza, no obra en autos. Esta situación, contra lo que afirma la memorialista, no constituye un elemento de convicción de tan imprescindible verificación que, de no obrar en los autos, no sea factible proferir una sentencia de condena por conducta contemplada en la citada Ley 30 de 1986. Ese medio probatorio, innegablemente, constituye una pieza fundamental y de notoria conveniencia, al punto de ser la prueba por excelencia para ciertos aspectos técnicos que el comentado comportamiento genera. Pero de ahí a reconocer que la comprobación de la materialidad del ilícito sólo (demostración excluyente) pueda hacerse a expensas del dictamen, comporta la aserción un mayúsculo desacierto. En efecto, dicha actividad científica tiene el carácter de demostración preferente, pero no única. Existen, por las varias circunstancias en que puede desenvolverse una averiguación y por el principio de libertad probatoria, plurales factores que con sobrado mérito llegan a reemplazar la intervención o ausencia del Instituto de Medicina Legal, logrando llevar convencimiento al funcionario sobre los tópicos de los cuales se ocuparía esa entidad, entre los cuales importa advertir, no está el determinar la total cantidad de la sustancia, porque al referido organismo no suele enviarse el total de lo decomisado sino muestras de ese material. Y, en cuanto, a evidenciar la esencia del producto, ésta se encuentra determinada, a despacho de lo que sobre el punto pudo decir el Instituto de Medicina Légal, por la actuación del Juez Penal del Circuito de Leticia (Amazonas), cumplida en asocio de un capitán y un agente de la SIJIN, así como de la personera municipal, funcionario que no sólo realizó lo pertinentes al pesaje sino lo atinente a la prueba química de rigor. Con esta demostración, indubitable, no es posible que la Sala coincida con la demanda respecto de señalar que esta probanza técnica carezca de este mérito y eficacia, reservándose estos atributos a la pericia final que pueda y sea conveniente obtener del Instituto de Medicina Legal, máxime cuando la cuestión, durante el trámite del proceso, no se colocó en tela de juicio ni se ofrecieron factores y razones para dudar de su contenido y alcance.

De otro lado, como bien lo anota la Delegada, la conducta de los procesados, personas conocedoras de esta clase de sustancias, de su valor y comercialización, complementan el juicio de convicción al respecto, pues de no tratarse de un producto de estas características no iban a correr riesgos de sustracción ni a cumplir ese ilícito apoderamiento, con lo cual se pretendía un considerable lucro económico.

También conviene estar de acuerdo con el Ministerio Público cuando escribe con tino y acierto: "...La norma que se señaló en la sentencia como fundamento de incriminación, y que a lo largo del proceso se tuvo en consideración, es además de amplitud más grande que la que parece entender la casacionista, pues no requiere en modo alguno

que la conducta del funcionario público se realice en relación con sujetos, sustancias o elementos que hayan sido materia de una decisión procesal definitiva. Basta, para que se configure el hecho, con que el empleado oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas, sustancias o elementos comprometidos en delitos o contravenciones previstos en el Estatuto de Estupefacientes realice alguna de las conductas allí descritas, para que sea digno de la punibilidad correspondiente, obviamente ceñida ella a todos los canones relativos a la responsabilidad del procesado y a la observancia de las garantías necesarias de juzgamiento.

"Los peruanos del caso, si bien no habían sido condenados, se hallaban comprometidos en el delito de tráfico, o cuando menos, tenencia de sustancias estupefacientes. La sustancia incautada, como fue luego primigeniamente identificada, correspondía a una de aquellas prohibidas y cuyo porte y comercio da lugar a la sanción de conformidad con los postulados de la Ley 30 de 1986. Dejar en libertad a los capturados y distribuir entre los captores la sustancia, es conducta que tiene real adecuación en el artículo 39 de la mencionada ley y, por ello, la ausencia del dictamen técnico al que tanta importancia da la libelista, no tiene capacidad suficiente para derribar la sentencia cuestionada".

Con relación a la forma como se agregaron a este proceso los testimonios de Pineda Bernal y Castillo Saavedra, hay que enfatizar en la bondad del procedimiento utilizado, máxime cuando se advierten las peculiaridades de la actuación procesal cumplida, pues esas versiones que obraban en el trámite disciplinario (al cual el sentenciado no fue ni pudo ser ajeno) se introdujeron al momento de la audiencia del Consejo de Guerra, cuando la Presidencia de éste inquirió a los intervinientes sobre la existencia de pruebas que se quisieran hacer obrar en diligencia tal, dándose conocimiento completo de esos elementos de convicción y controvertibilidad integral de los mismos. Nadie, y menos el sentenciado que ahora recurre en casación, desconocía o desconoció ese acervo probatorio ni fue impedido de contraprobarlo y evaluarlo.

De ahí que la Delegada, que recalca y demuestra todos estos tópicos, anote: "Obvio resulta concluir que existe auto que admite la prueba trasladada y que la puso a consideración de los sujetos procesales. Ante la manifestación del fiscal de querer que las declaraciones mencionadas obraran como elementos de prueba, fue el funcionario director del Consejo de Guerra en ese entonces quien decidió admitirlas para los efectos procesales correspondientes y de ello quedó constancia en el acta respectiva. Esta orden, vertida a escrito en el acta, es lo que constituye el auto que extraña la memorialista".

Los cargos se desechan.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia acusada, ya mencionada en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda NO, *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.

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LA FUERZA PUBLICA / TIPICIDAD / COLISION DE COMPETENCIA

Son armas de uso privativo de la Fuerza Pública, entre otras, las pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm., sin importar ninguna otra característica, lo mismo que las pistolas y revólveres de este calibre que no reúnan las condiciones señaladas en el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993. / La incongruencia que se advierte entre los artículos 8º y 11 de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la Fuerza Pública, sólo porque su proveedor tenga capacidad para más de nueve (9) cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que tratándose de esta clase de armas (las de uso privativo), el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 9.652 mm. Y es lógico que así lo hubiere hecho, porque si son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública "aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público", como lo dice el artículo 8º, necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultarían por ello idóneas para buscar los objetivos que se persiguen con las armas de guerra, y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la Fuerza Pública. Por esta misma razón no puede admitirse el argumento de que como la enumeración que trae el artículo 8º es meramente enunciativa y no taxativa ("tales como", dice la norma), si es posible comprender en ella la pistola de 7.65 mm. sólo por causa de la capacidad del proveedor —superior a nueve (9) cartuchos—. Por lo demás, este tipo directamente el principio rector de la tipicidad, consagrado en el artículo 3º del Código Penal, en virtud del cual, "la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca".

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 50.

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre un Juzgado Regional de Medellín y el Juzgado 30 Penal del Circuito de la misma ciudad, en el proceso que por los delitos de hurto y porte ilegal de armas se adelanta respecto de *Mauricio Antonio Rendón Rojas* y *John Fredy Acevedo Cardona.*

Antecedentes:

1. La Fiscalía Delegada Regional mediante auto del 13 de diciembre de 1993, profirió resolución acusatoria contra los sindicados Mauricio Antonio Rendón Rojas y John Fredy Acevedo Cardona, por el delito de hurto, calificado y agravado en la modalidad de tentativa, "en concurso con la infracción a los artículos 1º y 2º del Decreto 3664 de 1986 (porte ilegal de armas, aclara la Sala), acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991" (fls. 325 y ss.).

Los hechos objeto de la referida acusación corresponden al hurto que con armas de fuego se intentó cometer en las instalaciones del Banco de Bogotá, ubicado en el barrio Belén de Medellín, el 25 de septiembre de 1992.

2. El respectivo Juez Regional de Medellín por auto del 8 de marzo de 1994 (fls. 378 y ss.), declaró que la competencia para conocer del proceso era de los Juzgados Penales del Circuito, dado que el dictamen de folios 202 y 203 concluyó que las armas utilizadas son "de puño y defensa personal, de funcionamiento semiautomático" (fl. 378 cit.).

Para tal efecto, citó el Juzgado los artículos 9º y 11 del Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993, que regula lo relativo a "armas, municiones y explosivos".

3. El Juzgado 30 Penal del Circuito, mediante proveído del 16 de marzo (fl. 385), no compartió tales argumentaciones y envió el asunto a la Corte para que resolviera lo pertinente.

Dicho Juzgado, después de transcribir el texto del artículo 11 del mencionado Decreto 2535, cuyo contenido dice no haber sido considerado en su integridad por el Juez Regional, anota:

> "Esta norma señala taxativamente los requisitos de las armas de defensa personal, y como viene de verse, la mencionada no los reúne, ya que la capacidad del proveedor ex-

cede de 9 cartuchos. Mientras tanto, el artículo 8º, y el 9º (sic) citado en el proveído, 'armas de uso restringido' apenas son enunciativos.

"Por eso, el comportamiento de que se trata se adecúa a la conducta descrita en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, hoy legislación permanente por virtud del Decreto 2266 de 1991, artículo 1º, siendo el competente para conocer de ella el señor Juez Regional" (fls. 387 y 388).

Se procede, entonces, a resolver de plano la cuestión.

Se considera:

Las armas incautadas con ocasión del hurto son dos pistolas marca "Cesca", de calibre 7.65 mm., cañón de tres (3) pulgadas, con sendos proveedores, uno con capacidad para doce (12) cartuchos y el otro sólo para ocho (8).

Estas dos pistolas, de "funcionamiento semiautomático" y "cadencia de disparo tiro a tiro", fueron pericialmente calificadas como armas de defensa personal (fl. 203).

Es el Decreto 2535 de 1993, el último estatuto que ha entrado a definir cuáles armas son de uso privativo de la Fuerza Pública y cuáles de defensa personal.

El artículo 8º del aludido decreto, dispone:

"*Armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública.* Son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública, aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, tales como:

"a) *Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este decreto;*

"b) Pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm. (38 pulgadas);

"c) Fusiles y carabinas semiautomáticas de calibre superior a 22 L.R.;

"d) Armas automáticas sin importar calibre;

"e) Los antitanques, cañones, morteros, obuses y misiles de tierra, mar y aire en todos los calibres;

"f) Lanzacohetes, bazucas, lanzagranadas en cualquier calibre;

"g) Cargas explosivas tales como bombas de mano, bombas de aviación, granadas de fragmentación, petardos, proyectiles y minas;

"h) Granadas de iluminación, fumígenas, perforantes o de instrucción de la Fuerza Pública;

"i) Armas que lleven dispositivos de tipo militar como miras infrarojas, laséricas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores;

"j) Las municiones correspondientes al tipo de armas enunciadas en los literales anteriores" (Subraya la Sala).

De conformidad con esta norma, pues, son armas de uso privativo de la Fuerza Pública, entre otras, las pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm., sin importar ninguna otra característica, lo mismo que las pistolas y revólveres de este calibre que no reúnan las condiciones señaladas en el artículo 11 de este mismo decreto.

Las dos pistolas incautadas en el caso *sub examine* son de calibre 7.65 mm., lo cual a las claras significa que por razón del calibre, ninguna de ellas puede considerarse arma de uso privativo de la Fuerza Pública, así una por tener un proveedor con capacidad superior a nueve (9) cartuchos, no cumpla con la totalidad de las características señaladas en el artículo 11.

La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (8º y 11), de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la Fuerza Pública, sólo porque su proveedor tenga capacidad para más de nueve (9) cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que en tratándose de esta clase de armas (las de uso privativo), el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 9.652 mm. Y es lógico que así lo hubiere hecho, porque si son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública, "aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público", como lo dice el ya copiado artículo 8º, necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultarían por ello idóneas para buscar los objetivos que se persiguen con las armas de guerra, y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la Fuerza Pública.

Por esta misma razón no puede admitirse el argumento de que como la enumeración que trae el artículo 8º es meramente enunciativa y no taxativa ("tales como", dice la norma), sí es posible comprender en ella la pistola de 7.65 mm. sólo por causa de la capacidad del proveedor —superior a nueve (9) cartuchos—. Por lo demás, este tipo de interpretación, por la indeterminación que implica, vulnera directamente el principio rector de la tipicidad, consagrado en el artículo 3º del Código Penal, en virtud del cual, "la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca".

Como de acuerdo con lo expuesto, las armas decomisadas en este proceso son de defensa personal y no de uso privativo de la Fuerza Pública, la competencia para conocer de él corresponde al Juzgado 30 Penal del Circuito de Medellín.

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 30 Penal del Circuito de Medellín, a donde se devolverá el expediente. Dése aviso de esta decisión, con copia del presente proveído, al Juzgado Regional respectivo.

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 / LEGITIMA DEFENSA

La Corte no puede atender el reconocimiento de la causal de justificación por legítima defensa sino al momento de desatar el recurso extraordinario de casación con base en la demanda presentada por su apoderado con la que busca quebrar el fallo de segunda instancia y obtener uno favorable a sus pretensiones. Lo contrario sería tanto como decidir en forma anticipada la impugnación extraordinaria, con violación del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Carta Política.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 051.

Vistos:

El procesado *Oliberto Pestrana Durán*, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva, solicita el beneficio de libertad provisional, "en la forma como los honorables magistrados estimen conveniente" en consideración a que debe ser absuelto por legítima defensa, pues "no puede ser posible que tenga que purgar una condena de 120 meses por el hecho de que no dejé que mataran a mi hermano ... o a mi propia persona".

A su solicitud acompaña certificados de trabajo y acta del consejo de disciplina.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado 39 Penal del Circuito de esta ciudad, mediante sentencia de fecha 17 de febrero de 1993, condenó al peticionario a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio, en la persona de Rubén Darío Valencia Gómez, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo de fecha 3 de mayo de 1993.

En consideración a lo anterior, la única causal de excarcelación que eventualmente podría presentarse y ser considerada en sede de casación, sería la consagrada en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 (numeral 2º del art. 415 del Decreto 2700 de 1991), para lo cual se necesita que el procesado haya descontado las dos terceras partes de la sanción impuesta que para el presente caso serían ochenta (80) meses de prisión, que Pastrana Durán aún no satisface en atención a que lleva menos de dos (2) años en detención efectiva y la redención de pena computable con los documentos que acompañó a su solicitud, totaliza lapso sustancialmente inferior al tiempo requerido para se merecedor del beneficio demandado.

En efecto, el peticionario se halla privado de su libertad desde el día 17 de mayo de 1992, es decir, ha descontado efectivamente de la pena veintitrés (23) meses y veintitrés (23) días. Por trabajo acredita 1.616 horas que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993, le representan una redención de pena de tres (3) meses y once (11) días; y por estudio contabiliza 80 horas que le descuentan 6 días de la pena, para un acumulado de veintisiete (27) meses y diez (10) días, inferiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta por los falladores de instancia.

De otro lado, el reconocimiento de la causal de justificación que el peticionario pretende se haga a través de un incidente de libertad, resulta a todas luces inconducente, pues la Corte no puede atender dicho reclamo, sino al momento de desatar el recurso extraordinario de casación con base en la demanda presentada por su apoderado con la que busca quebrar el fallo de segunda instancia y obtener uno favorable a sus pretensiones. Lo contrario sería tanto como decidir en forma anticipada la impugnación extraordinaria, con violación del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Carta Política.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NIEGA por improcedente la petición de libertad del procesado Oliberto Pastrana Durán, por las razones anotadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas. Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

DAÑO EN BIEN AJENO / APELACION / COMPETENCIA

A partir de la vigencia de la Ley 23 de 1991 (21 de marzo), el delito de "daño en bien ajeno" fue degradado en contravención, "cuando el monto del daño no exceda de 10 salarios mínimos mensuales legales" (art. 1º, numeral 1º). / Los hechos que originaron este proceso, ocurrieron el 22 de enero de 1991, es decir dos meses antes de la expedición de la citada ley, la cual, dicho sea de paso, debió aplicarse por principio de favorabilidad (arts. 44, Ley 153 de 1887 y 6º del C. de P. P.), pues cuando se profirió la sentencia, tanto de primera como de segunda instancia, el comportamiento ya era tan solo una contravención de Policía. / Es impropio concebir el artículo 214 del C. de P. P. como norma sustancial para alegar su quebranto, cuando dicho precepto sólo contemplaba la celebración de una audiencia en segunda instancia como rito procesal para sustentar el recurso de apelación. / La diligencia de sustentación del recurso de apelación en audiencia no tiene por objeto la práctica de pruebas. Sabido es, que las pruebas sólo se practican en el sumario y dentro de la audiencia pública de juzgamiento. / No es la ley la que le fija credibilidad a la prueba, sino el juez, quien en su labor de apreciación, goza de amplia discrecionalidad, limitada apenas por los principios de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 51.

Vistos:

En sentencia del siete de julio de 1992, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tuluá, absolvió al procesado *Alvaro Quintana Muriel*

por el delito de daño en bien ajeno previsto en el artículo 370 del Código Penal y condenó a los coprocesados *Carlos Julio Arce Moreno* y *Henry Espinosa García* (Exinspector de Policía y Expersonero Municipal de Bugalagrande, respectivamente) a purgar la pena principal privativa de la libertad de un año de prisión cada uno, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios materiales causados, como coautores responsables del delito de abuso de funciones (art. 162 del C. P.).

Apelado el fallo por el defensor de los condenados, el Tribunal Superior de Buga, en providencia del 6 de noviembre siguiente, revocó la absolución y en su lugar condenó por aquel delito al citado procesado, imponiéndole un (1) año de prisión y multa de $ 500.00 pesos como penas principales, en calidad de autor, obligándole al pago de perjuicios ocasionados con la infracción y les concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional por un período de dos años.

Y de otra parte, confirmó la condena impuesta a los restantes sentenciados.

Hechos:

Alrededor de las diez de la mañana del 19 de enero de 1991, el entonces Inspector de Policía y Tránsito del municipio de Bugalagrande (Valle), Carlos Julio Arce, acompañado del otrora Personero Municipal Henry Espinosa García, de dos agentes de la Policía Nacional y de varios civiles, arribó a la finca "San Judas Tadeo" ubicada en el corregimiento San Antonio del citado municipio, de propiedad de la señora Luz María Alvarez y tras argüirle al señor Carlos Fabio Alvarez, hijo de la dueña del inmueble, que era portador de orden verbal del juez de Bugalagrande, procedió a cortar la cerca de alambre y arrancar los estacones para abrir paso a las máquinas agroindustriales hacia el predio cultivado por el señor Alvaro Quintana en finca de propiedad de Jaime Roldán, con el fin de recolectar la cosecha.

Así concluiría la negativa a conceder el permiso que a la citada señora le había solicitado el inspector de Policía el 19 anterior en nombre del cosechero Alvaro Quintana Muriel.

La acción cumplida por los funcionarios municipales, fue estimada arbitraria e injusta por la titular de la heredad y así lo denunció ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Bugalagrande el 5 de febrero siguiente.

Por estos hechos, se profirió sentencia condenatoria de primera instancia para los acusados Carlos Julio Moreno y Henry Espinosa por el delito de abuso de función pública y se absolvió de toda responsabilidad penal a Alvaro Quintana por el delito de daño en bien ajeno.

La Corporación de segunda instancia, confirmó la sentencia apelada y la revocó en cuanto a la absolución recaída en Alvaro Quintana Muriel, a quien entonces condenó a la pena principal de un (1) año de prisión y multa de $ 500.00 pesos como autor responsable del delito de daño en bien ajeno de que trata el artículo 370 del Código Penal, concediéndole el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (fls. 249 274). Este proveído es ahora objeto del recurso extraordinario, cuya procedencia está enmarcada en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época en que se interpuso y concedió.

Demanda de casación:

En el marco de la causal primera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación, por haber sido negada la petición de celebración de audiencia pública en la segunda instancia, pues considera que esta omisión vulnera el derecho a la defensa "consagrado en la C. N. y en nuestro Estatuto Penal".

Advierte, que en tal acto procesal se pretendía demostrar que al testimoniante José Julio Millán Reina no le constaban los hechos y ni siquiera conocía a los procesados, ya que en entrevista que tuvo con el juez *a quo*, posterior a su versión, le hubo de manifestar a sus defendidos aquella situación.

Más adelante expresa que su pretensión es la obtención de la invalidez de la sentencia impugnada, para que en su defecto, se reconozca que la conducta de los procesados (exinspector y expersonero) encaja en la causal cuarta de inculpabilidad (error de tipo) prevista en el artículo 40 del Código Penal.

Niega la presencia de dolo en la conducta imputada porque en su parecer los procesados no tuvieron ánimo de causar daño a la denunciante y mucho menos favorecer a Quintana Muriel. Interpreta que la conducta endilgada obedeció a una falta de formación jurídica de los exfuncionarios provincianos y que entonces la sentencia viola el artículo 39 del Código Penal. Aduce que ellos incurrieron en error en la apreciación del modo como se constituye una servidumbre, pues obraron convencidos de que no estaban cometiendo un acto arbitrario e ilegal.

Pide, en consecuencia, casar el fallo recurrido y en su lugar se deduzca preferencialmente la aplicación del artículo 40.3.4 del Código Penal.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones del demandante, porque el cargo que se presenta por

violación directa del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal adolece de impropiedad, porque el carácter de la norma que se cita no es sustancial sino procesal.

Agrega, que la precitada norma contempla la posibilidad de una celebración de audiencia en segunda instancia, sólo para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del *a quo*, sin que ello signifique que se puedan practicar nuevas pruebas o contradecir las ya producidas, toda vez que "el fallador de segunda instancia va a decidir sobre la sentencia de primer grado, y mal podría hacerlo sobre bases totalmente nuevas y desconocidas en el proceso que originó la sentencia apelada".

Ve así ajustada a derecho la negación del Tribunal, "máxime cuando el recurso de apelación fue debidamente sustentado mediante escrito" (visible a fl. 237).

Consideraciones de la Corte:

Al examinar el fondo del asunto, la Corte advierte que a partir de la vigencia de la Ley 23 de 1991 (21 de marzo), el delito de "daño en bien ajeno" fue degradado en contravención, "cuando el monto del daño no exceda de 10 salarios mínimos mensuales legales" (art. 1º —numeral 19—).

Los hechos que originaron este proceso, ocurrieron el 22 de enero de 1991, es decir, dos meses antes de la expedición de la citada ley, la cual, dicho sea de paso, debió aplicarse por principio de favorabilidad (arts. 44 de la Ley 153 de 1887 y 6º del C. de P. P.), pues cuando se profirió la sentencia, tanto de primera como de segunda instancia, el comportamiento ya era tan solo una contravención de Policía.

El salario mínimo en el año de 1991 estaba fijado en $ 51.720.00 por el Decreto 3074 de 1990. Entonces los diez salarios mínimos totalizan $ 517.200.00.

Se comprobó que los daños consistieron en la ruptura de tres cuerdas de alambre de una cerca (fl. 1º), en el arranque de dos estacones de guadua (fl. 4) y el daño a unas pocas matas de millo, tal como lo reseña igualmente la diligencia de inspección (fl. 30 vto.), lo cual pone en evidencia la mínima cuantía del perjuicio muy por debajo de los 10 salarios mínimos mensuales estipulados por la citada ley, y por lo mismo, los hechos bajo examen otrora matriculados como delito dejaron de serlo para constituir la contravención especial a que alude la citada ley, de competencia de las autoridades de Policía.

Siendo así las cosas, es evidente que tanto el Tribunal como el Juzgado del conocimiento al condenar al acusado que no era para la época delito, sino una simple contravención de Policía, obraron sin

competencia, circunstancia que constituye una causal de nulidad que oficiosamente decretará la Corte con fundamento en lo dispuesto en el artículo 228 del C. de P. P. en relación con la actuación respecto al daño en bien ajeno.

Se ocupará en consecuencia la Corte, únicamente en relación con la demanda en lo que atañe a la condena por el delito de abuso de función pública.

Varias son realmente las censuras que el demandante formula en este aspecto dentro de un mismo cargo, que no presenta en forma subsidiaria y separada como lo exige la ley.

En primer lugar, es impropio concebir el artículo 214 del C. de P. P. como norma sustancial para alegar su quebranto, cuando dicho precepto sólo contemplaba la celebración de una audiencia en segunda instancia como rito procesal para sustentar el recurso de apelación.

Agréguese a lo anterior, que la inaplicación de la norma estuvo bien concebida y el derecho de defensa no sufrió lesión alguna, porque el recurso ya había sido sustentado por escrito y la diligencia en mención no tiene por objeto la práctica de pruebas como lo pretendía el demandante. Sabido es, que las pruebas sólo se practican en el sumario y dentro de la audiencia pública de juzgamiento.

Pretende el actor en otro reproche que se reconozca la causal 4ª de inculpabilidad por error de tipo en relación con Carlos Julio Arce y Henry Espinosa, pero la ausencia de técnica y de adecuada fundamentación son evidentes en la formulación del cargo.

En efecto, no se ilustra bajo qué causal, motivo y sentido se matricula este segundo reproche, observándose así total ausencia de precisión y claridad en su planteamiento; deficiente su desarrollo y carente de la debida fundamentación el cargo escuetamente postulado, deja a la Corte sin conocer el fundamento fáctico y jurídico en que se apoya la censura y aunque lo intuya, le está vedado completar o corregir el pensamiento que el libelista no exterioriza. Igual crítica merece el condicionamiento que el impugnante le hace a la censura en párrafo que por su ubicación intercalada en el escrito no guarda hilación con el que le precede, pues en tal aparte advierte que ella procede por falta de aplicación del artículo 40 del C. de P. P. (tal vez quiso decir C. P.) en sus numerales 3º y 4º sin más agregados.

Anótese a lo anterior, que esta pretendida inaplicación del artículo 40 del Código Penal, la apoya el censor en un error de derecho, por un falso juicio de convicción concretamente porque a la prueba (sin determinar cuál) se le deparó un valor distinto al previsto por la ley. Carece de todo fundamento el reproche que se queda en un simple enunciado y es equivocada por cuanto no es la ley la que le fija la credibilidad a la prueba, sino el juez, quien en su labor de apreciación,

goza de amplia discrecionalidad, limitada apenas por los principios de la sana crítica, la lógica y la experiencia. No prospera en consecuencia la censura.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo en parte con el concepto de la Procuraduría Delegada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada y decretar la nulidad de toda la actuación adelantada contra Alvaro Quintana Muriel por un presunto delito de daño en bien ajeno.

Se mantiene la sentencia condenatoria de segunda instancia por el delito de abuso de función publica proferida contra Carlos Julio Arce Moreno y Henry Espinosa García.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

JURADO DE DERECHO / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Con la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991, surgieron múltiples pronunciamientos, tanto jurisprudenciales como doctrinarios, en torno a la inconstitucionalidad del instituto del jurado de derecho, para procesos por el delito de homicidio, por cuanto el inciso final del artículo 116 de la Constitución Nacional confiere de manera transitoria la función de administrar justicia a los particulares, únicamente para desempeñarse como conciliadores o árbitros y los faculta, para "proferir fallo en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Nítido resultaba entender que los jurados de derecho, al emitir un juicio de responsabilidad del procesado estarían administrando justicia, situación que les es vedada. / La violación directa e indirecta de la ley sustancial tienen contenido y significaciones inconfundibles y distintas, habida cuenta que en la primera, se aceptan los hechos tal como los estima el sentenciador, porque es de su esencia que la infracción a la ley se produce de inmediato, esto es, que el fallador para formar su juicio deja de aplicar la norma sustancial que corresponde al caso objeto del proceso, cuando se le da al precepto una interpretación errada o equivocada, y, por consiguiente, se le hace producir efectos de los que carece o que le son contrarias, o cuando el yerro se genera por una falsa adecuación típica que se le da a los hechos procesalmente reconocidos, es decir, la conducta de la norma seleccionada no comporta relación alguna con el caso particular previsto en el precepto seleccionado. / En la violación indirecta de la ley sustancial, por su parte, lo que se discute son las pruebas allegadas al proceso, esto es los hechos, porque es de su esencia que el quebranto a la ley sea mediato, es decir, a través de ella, ya sea porque se ignoró su existencia, o se dejó de apreciar, o se valoró erróneamente, porque se violó su legalidad en su adopción o se le negó el valor que la ley le atribuye, o se restringió o excedió el que ella le asigna. / Si bien es cierto que en la nueva normativa

procesal es posible la formulación de cargos excluyentes, estos deben ser propuestos de manera separada, porque la alegación simultánea de la violación directa e indirecta en un mismo reproche, además de imposibilitar el estudio de los planteamientos, atenta contra los principios lógicos del raciocinio, pues es inconcebible que a la vez se acepte y no la prueba y su valoración.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 051.

Vistos:

Mediante fallo del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y tres, el Tribunal Superior de Manizales confirmó con algunas modificaciones la sentencia de primera instancia, al reducir el quantum de la pena principal en diez (10) años, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Aguadas (Caldas), en la cual se condenó al procesado José Horacio Barco Zapata a la pena principal de once (11) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación por el defensor del procesado, fue concedido por el Tribunal y presentada la demanda, la Sala de Casación Penal la declaró ajustada a las exigencias legales y por ello corresponde ahora pronunciarse sobre ella, luego de hacer la síntesis de los siguientes

Hechos:

El día ocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno, aproximadamente a las doce de la noche frente al grill denominado "El Amorama" en la población de Aguadas (Caldas), el señor Hugo Vélez Mejía fue abordado por José Horacio Barco Zapata quien luego de requerirlo le propinó dos puñaladas en la región del tórax, causándole la muerte posteriormente en el centro hospitalario de esa localidad, por insuficiencia respiratoria aguda.

Actuación procesal:

El Juzgado Quinto de Instrucción Criminal por auto del diez de noviembre de mil novecientos noventa y uno, abrió la correspondiente

investigación, en la cual ordenó, entre otras cosas, escuchar en indagatoria al capturado José Horacio Barco Zapata. La situación jurídica le fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Con auto del tres de febrero de mil novecientos noventa y dos, declaró cerrada la investigación penal correspondiente, y se procedió luego a su calificación el veinticinco de febrero del citado año, mediante resolución de acusación por el delito de homicidio, que fue confirmada por el Tribunal correspondiente en decisión del dieciséis de junio siguiente.

El Juzgado Penal del Circuito de Aguadas, a quien le correspondió el trámite del juicio, por auto del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y dos ordenó, conforme al artículo 446 del C. de P. P. dejar a disposición de las partes el expediente, para que soliciten las nulidades "originadas en la etapa instructiva y las pruebas que sean conducentes".

Celebrada la audiencia de juzgamiento, sin intervención de los jurados de derecho, pronunció fallo condenatorio contra el procesado, el cual al ser apelado por el sentenciado, recibió confirmación con las modificaciones ya reseñados por parte del Tribunal, y es ahora objeto del recurso extraordinario que se resuelve.

La demanda de casación:

Dos cargos formula el defensor contra el fallo proferido en este asunto, orientado a la casación de la sentencia con base, la primera en el numeral 1 del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal por violación directa de la ley sustancial y la segunda, en el ordinal tercero de la precitada norma, al estimar que en el proceso se preterm itieron las formalidades propias de cada juicio.

Cargo primero.

Afirma el recurrente que la sentencia violó una norma de derecho sustancial, "como es la regulada en el artículo 29, numeral 4º del Decreto 100 de 1980", al existir una "confrontación" entre el texto de la norma y el fallo del Tribunal.

Lo expuesto por el procesado en la diligencia de indagatoria no ha sido desvirtuado por ninguna prueba, "esto es, la forma en que el hoy occiso Carlos Hugo Vélez Mejía, hace agresión hacia mi representado, desde el punto de vista verbal y de hacerle reclamos", por lo que llevó a José Horacio Barco Zapata a repeler el ataque ante el peligro inminente en que se hallaba.

Manifiesta que el sentenciador desconoció las anteriores circunstancias "pero resulta que fue en legítima defensa putativa es un elemento síquico y como tal, sólo quien la vive, puede manejar esta

apreciación, si la vida de uno está o no en peligro", para constatar lo anterior "invito" a la Corte a leer la injurada del condenado, los alegatos de la defensa y las providencias del Tribunal.

En el acápite que denominó *"violación que proviene del error"*, dice que hubo error por parte del *a quo* en la apreciación de las pruebas, en especial la testimonial y la pericial.

Arguye que de las declaraciones de Rogelio Jiménez Carmona y Marino de Jesús Marín Marín no se puede sostener como lo hizo el fallador que el procesado fuera el autor del homicidio, habida cuenta que de éstos sólo se deduce "que los vieron conversando" al sentenciado y al occiso.

En cuanto al dictamen pericial —acta de necropsia—, considera que las lesiones reseñadas, sólo describen heridas simples que no puede dárseles la connotación de "mortales" y siendo ello así el experticio médico-legal carece de objetividad y por lo que "la causa de la muerte fue la insuficiencia respiratoria concluida, porque al occiso le quedaba otro pulmón por el cual podría ventilar perfectamente ... Desapareciendo así la relación de causalidad exigida por el ordenamiento penal, avala más esta síntesis, el hecho de que en las sumarias en ningún momento se dilucidó el dolo".

Cargo segundo.

Sostiene el libelista que en el proceso existe "el *vicio de nulidad* ya que no se ha cumplido con el debido proceso" toda vez que la audiencia de juzgamiento se celebró sin la intervención del jurado de derecho, no obstante que el Código de Procedimiento Penal así lo contemplaba.

Apoyándose en un "salvamento de voto" del Tribunal insiste que la vista pública debía realizarse con la "asistencia del *jurado en* (sic) *derecho*", y solicitó a la Sala la nulidad de "toda la actuación desde el trámite que ordenó la fijación de la fecha y hora para tal evento".

Opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal rindió su concepto en el sentido de solicitar a la Sala que no se case la sentencia.

En cuanto a la nulidad alegada estima, que si bien el debate público se llevó a cabo sin la intervención del jurado de derecho, "fue porque se consideró viable en la instancia dar pleno desarrollo a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Carta Política por considerar 'abiertamente' contrario a los cánones constitucionales 116, 246 y 247, los artículos 74, 456 y siguientes del Código de Procedimiento Penal".

Apoyándose en el Acuerdo número 10 de mayo 27 de 1992 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura y jurisprudencia de la Corte, se muestra partidario de la decisión del Juzgado de celebrar la audiencia pública sin la intervención de los jurados de derecho, más aún, con la expedición de la Ley 58 de 1993, que "derogó en forma expresa las disposiciones que se refieren al juzgamiento de causas mediante los jurados de derecho, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional sobre la exclusión de particulares en la prestación del servicio de justicia".

Sobre el reproche formulado por la vía indirecta contra la sentencia de segundo grado, dice que las "censuras intentadas por esta causal —primera— de casación, aparte de desarrollarse contrariando abiertamente la técnica casacional, constituyen apenas especulaciones carentes de solidez y, por ende, condenadas también al fracaso".

Después de resaltar las incongruencias del libelista, manifiesta que el cargo debe rechazarse. Así mismo solicita a la Sala casar parcialmente la sentencia, al haberse omitido por el Tribunal corregir el yerro del Juzgado, al imponer la duración de la pena accesoria igual a la principal, "quebrantándose de esta manera el artículo 44 del Código Penal que señala un máximo de duración para la interdicción de derechos y funciones públicas en diez años".

Consideraciones de la Corte:

El actor impugna la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales por la vía de las causales tercera y primera de casación, de las cuales se ocupa la Sala en su orden lógico.

Causal tercera.

Al amparo de esta causal considera el libelista que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad, ya que la audiencia de juzgamiento se celebró sin la intervención de los jurados de derecho, no obstante que la norma procesal los contemplaba para esa época.

Sobre el particular encuentra la Sala que le asiste razón al Ministerio Público en sus apreciaciones en cuanto a la forma como se celebró la audiencia de juzgamiento, sin intervención del jurado de derecho, ante la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el fallador de primer grado para inaplicar los artículos 74, 458 al 466 del C. P. P., que los estimó contrarios a las normas constitucionales, que en manera alguna pueden tenerse como una vulneración del debido proceso.

En efecto, con la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991, surgieron múltiples pronunciamientos, tanto jurisprudenciales como doctrinarios, en torno a la inconstitucionalidad del instituto del jurado

de derecho, para procesos por el delito de homicidio, por cuanto el inciso final del artículo 116 de la Constitución Nacional confiere de manera transitoria la función de administrar justicia a los particulares, únicamente para desempeñarse como conciliadores o árbitros y los faculta, para "proferir fallo en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Nítido resultaba entender que los jurados de derecho, al emitir un juicio de responsabilidad del procesado estarían administrando justicia, situación que le es vedada.

Demandados los artículos 68 y 74 del Código de Procedimiento Penal ante la Corte Constitucional, esta Corporación no sólo estimó la inconstitucionalidad de los anteriores preceptos, sino, dada su unidad normativa con los artículos 458 al 466 del mismo estatuto procedimental, fueron también declarados inexequibles, cuyos argumentos principales son los siguientes:

"*Sexta. Naturaleza jurídica de los jurados de derecho.*

"Se pregunta ahora la Corte ¿cuál es la naturaleza jurídica de los jurados de derecho? ¿Son auxiliares de la justicia o administran justicia?

"Para la Corporación los jurados de derecho no son simples auxiliares de la justicia sino que son verdaderos administradores de justicia. Tal tesis se fundamenta en las siguientes consideraciones:

"Los auxiliares de justicia no administran justicia sino que colaboran en ella, mediante experticios, peritazgos, tenencia de bienes secuestrados o en concordato, quiebra, etc. Un jurado de derecho, por el contrario, administra justicia en la medida en que sus decisiones, denominadas veredictos, fallan en derecho el asunto de fondo e, incluso, si la primera decisión es declarada contraevidente, la segunda de ellas obliga al juez y dirime en derecho el fondo del asunto en los delitos de homicidio —art. 466 del C. P. P.—. *Stricto sensu* un veredicto es un acto de la esencia de la sentencia, que hace un todo con ésta. El veredicto debe estar en consonancia con la sentencia para dos efectos: Primero, en caso de total desacuerdo entre el material probatorio y el veredicto el juez de la causa puede declararlo contraevidente —art. 466 del C. P. P.—; segundo, la falta de armonía entre el segundo veredicto y la resolución de acusación es causal de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia —art. 220, numeral 2º del C. P. P.—.

"Ahora bien, se pregunta de nuevo la Corte, ¿los jurados de derecho son particulares o son servidores públicos?

"Como administradores de justicia los jurados de dere cho serían particulares que transitoriamente son investidos de funciones públicas, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución, que dice:

"'*Son servidores públicos* los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

"'Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

"'*La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio*' (bastardillas no originales).

"Se observa pues que el constituyente separó intencionalmente los servidores públicos que temporalmente desempeñan funciones públicas. En otras palabras, del hecho de que la ley —arts. 66, 74 y 458 a 466 del C. P. P.— regule el ejercicio de los jurados de derecho en términos muy similares o equivalentes o compatibles con la calidad de los servidores públicos no se sigue, por ese solo hecho, que aquellos ostenten esta calidad. En realidad ante la claridad del texto —como los jueces, por ejemplo—, y otra cosa son los particulares ejerciendo transitoriamente funciones públicas —como los jurados de derecho—.

"Por último, la Corte se pregunta ¿cuál es el efecto jurídico de considerar que los jurados de derecho son particulares que administran justicia?

"La respuesta es simple: Estándole constitucionalmente vedado a los particulares ejercer justicia en calidad diferente al conciliador o árbitro, la norma que consagra que los particulares podrán administrar justicia en condición de jurados de derecho *es una norma contraria a la Constitución*. Así lo declarará esta Corporación en la parte resolutiva de esta sentencia.

"En respaldo de lo anterior se puede recurrir incluso al derecho comparado. En efecto, la limitación a la administración de justicia por particulares tiene origen en la Constitución de los Estados Unidos de América, en la que inicialmente no se consagró explícitamente la participación de particulares —jurados—, en las causas civiles. No existía una disposición constitucional y fue interpretado el artículo como una abolución del juicio por jurados. Por ello, ante la

necesidad de permitir la participación de los particulares fue reformada la Constitución y en las enmiendas 6ª y 7ª se estableció expresamente la posibilidad de la intervención del jurado para los juicios penales y civiles.

"En el caso de la Constitución colombiana, como se anotó en su oportunidad, el problema no es de falta de inclusión de la intervención de particulares como jurados, sino de su exclusión por decisión negativa expresa del constituyente" (Sentencia C-226 de 1993, magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero).

Por lo anterior, razón tuvo el Juzgado Penal del Circuito de Aguadas para inaplicar las normas procesales referentes a la intervención del jurado de derecho en el presente proceso, al estimarlas contrarias a los postulados constitucionales, situación que fue remediada posteriormente con la expedición de la Ley 58 de 1993 al derogar, el Título II del Libro III, "juicios con jurado de derecho".

Fácil es colegir que la realización de la audiencia de juzgamiento sin la intervención del jurado, no vulneró el principio constitucional del debido proceso, por lo que la nulidad demandada deberá ser desestimada.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Causal primera.

Es evidente, como lo anota el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que el cargo hecho contra la sentencia adolece de insubsanables fallas de técnica en su presentación, el cual se apoya en argumentaciones contradictorias e inconciliables.

En efecto, reiteradamente la Corte ha sostenido que la violación directa e indirecta de la ley sustancial tienen contenido y significaciones inconfundibles y distintas, habida cuenta que en la primera, se aceptan los hechos tal como los estima el sentenciador, porque es de su esencia que la infracción a la ley se produce de inmediato, esto es, que el fallador para formar su juicio deja de aplicar la norma sustancial que corresponde al caso objeto del proceso, cuando se le da al precepto una interpretación errada o equivocada y, por consiguiente, se le hace producir efectos de los que carece o que les son contrarias, o cuando el yerro se genera por una falsa adecuación típica que se le da a los hechos procesalmente reconocidos, es decir, la conducta de la norma seleccionada no comporta relación alguna con el caso particular previsto en el precepto seleccionado.

En la violación indirecta de la ley sustancial, por su parte, lo que se discute son las pruebas allegadas al proceso, esto es los hechos, porque es de su esencia que el quebranto a la ley sea mediato, es

decir, a través de ella, ya sea porque se ignoró su existencia, o se dejó de apreciar, o se valoró erróneamente, porque se violó su legalidad en su aducción o se le negó el valor que la ley le atribuye, o se restringió o excedió el que ella le asigna.

Si bien es cierto que en la nueva normativa procesal es posible la formulación de cargos excluyentes, estos deben ser propuestos de manera separada, porque la alegación simultánea de la violación directa e indirecta en un mismo reproche, como lo hace desatinadamente el censor, además de imposibilitar el estudio de los planteamientos, atenta contra los principios lógicos del raciocinio, pues es inconcebible que a la vez se acepte y no la prueba y su valoración.

La falta de técnica es patética, cuando anuncia el libelista que el ataque contra la sentencia lo hace a través de la causal primera y *"por vía directa"*, al "distorsionar", el fallador el numeral 4 del artículo 29 del Código Penal, pero en el acápite que denomina *"violación que proviene del error"*, afirma que la falencia en que incurrió el Tribunal, fue en la apreciación probatoria, en especial la testimonial y el experticio médico-legal (acta de necropsia), para así incursionar en el campo del error de derecho por un falso juicio de convicción, al tratar de darle una peculiar valoración a las declaraciones de Rogelio Jiménez Carmona y Marino de Jesús Marín Marín y el dictamen pericial.

Empero, los yerros técnicos del libelista no se circunscriben a los aspectos técnicos-jurídicos de este extraordinario recurso, sino que se observa la falta de claridad conceptual en torno a la legítima defensa como causal excluyente de antijuridicidad y el error de prohibición —defensa putativa— como causal de inculpabilidad, al incursionar en uno y otro sentido como si se tratara de la misma figura jurídica.

Mírese, sino, cómo sostiene que el yerro que cometió el sentenciador fue por la existencia de una "confrontación" entre el texto de la norma y el pronunciamiento del Tribunal porque interpretó erróneamente el numeral 4 del artículo 29 del C. P., pero instantes después, "expone que la legítima defensa putativa es un elemento síquico y como tal, sólo quien la vive, puede manejar esta apreciación, si la vida de uno está o no en peligro" y concluye que si el procesado *"obró"* fue porque se vio obligado por la agresión verbal y física del occiso".

Finalmente y a manera de alegato de instancia, pretende el actor en esta sede especialísima objetar la experticia médico-legal, tildándola de carecer de objetividad y crítica, el grado de estimación probatoria que le fue asignada por parte de los falladores de instancia.

Olvida el recurrente que este recurso extraordinario no es una tercera instancia, en donde las partes puedan revivir el debate probatorio que ya se encuentra precluído, porque es doctrina tradicionalmente reiterada que la casación es:

"Un juicio técnico jurídico de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores *in judicando*) sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores *in procedendo*), y excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirvieron de sustentación para dictar la sentencia acusada. De ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional ni como potestad limitada para revisar el proceso en su totalidad o, en sus diversos fácticos y normativos, sino como fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo" (Sentencia de febrero de 1976).

Por otra parte, observa la Corte que el Tribunal al momento de modificar la pena principal de once (11) a diez (10) años de prisión, también lo hizo con la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que le fue impuesta al procesado por el Juzgado de primera instancia, adecuándola a los límites legales, toda vez que ésta le fue fijada por un tiempo igual al de la pena básica, lo que indica que el *ad quem* al regular la primera tácitamente ajustó a la segunda, a fuer que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez NO, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / AUDIENCIA PUBLICA

El debido proceso y el derecho a la defensa son preciosas garantías de nuestro constitucionalismo y de nuestra normatividad al haber adherido a la legislación continental y universal que regula los derechos humanos. Pero ellas están instituidas para garantizar a los ciudadanos sometidos a procesos que sus derechos no van a ser vulnerados; que necesariamente serán juzgados de conformidad con la legislación existente al momento de los hechos, o en caso de sucesión de leyes con la que le sea más favorable; y que la decisión final será tomada por el funcionario competente de conformidad con los cargos formulados, garantizándole de esta manera que a última hora no se le van a imputar cargos de los cuales no tuvo oportunidad para defenderse, o que se le sentencie por cargos equívocos vagos, o gaseosos; sino que por el contrario exista tal claridad que tanto el procesado, como el defensor técnico sepan con precisión, certeza y lucidez cuáles son los cargos formulados, para de conformidad con ellos planificar su defensa. / En el orden de participación de la audiencia pública primero deben intervenir aquellos sujetos procesales que por la naturaleza de las funciones que cumplen en el proceso pueden realizar una acusación en la diligencia, para que la defensa que es la última en intervenir tenga la oportunidad de conocer a cabalidad la acusación y pueda defenderse de los argumentos que las otras partes han dado.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 051.

Vistos:

En pronunciamiento del 1º de diciembre de 1992 el Juzgado 70 Penal del Circuito de esta ciudad condenó a *Leopoldo Albarracín Ca-*

rreño a la pena principal de ocho años, dos meses de prisión como responsable por el delito de homicidio tentado y agravado cometido en perjuicio de Santiago Yepes Rodríguez.

El Tribunal respectivo confirmó la anterior decisión en sentencia del 27 de enero de 1993. Así mismo concedió el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto.

Con posterioridad esta Corporación declaró ajustada a las exigencias legales la demanda presentada por el defensor.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal descorrió el traslado de ley solicitando no se casara el fallo impugnado.

La Sala de Casación Penal procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos:

Leopoldo Albarracín Carreño supuestamente mantenía relaciones amorosas con la señora Nohora Rodríguez de Yepes y por problemas, al parecer surgidos de tal relación, en la madrugada del 21 de septiembre de 1986, luego de haber hecho una llamada telefónica, se hizo presente en la casa de su amiga, en donde lo recibió el joven Santiago Yepes Rodríguez, contra quien aquél intempestivamente disparó en repetidas ocasiones, produciéndole heridas de consideración que no tuvieron un desenlace fatal por haber sido sometido a intervención quirúrgica en forma oportuna.

Actuación procesal:

El proceso penal se abrió por auto del 27 de septiembre de 1986. El 30 de marzo del año siguiente se declaró reo ausente al procesado Leopoldo Albarracín Carreño; y su detención preventiva está contenida en auto del 2 de junio de 1987.

El 28 de octubre del mismo año se dictó resolución de acusación contra el procesado por el delito de homicidio tentado y agravado.

La diligencia de audiencia pública se llevó a cabo el 19 de julio de 1991. La sentencia condenatoria de primera instancia se profirió el 1º de diciembre de 1992 y la de segunda el 27 de enero de 1993.

Argumentos de la demanda:

Al amparo de la causal tercera la impugnante plantea un único cargo de casación por considerar que se dictó sentencia en un proceso viciado de nulidad por "no haber motivado la causal de agravación

imputada con lo que se violó la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa".

En desarrollo del cargo se dice que en la resolución de acusación simplemente se enunció el cargo, pero no se le dio motivación de ninguna naturaleza y que sólo en la sentencia se vino a hacer una amplia argumentación en tal sentido.

Sostiene que: "Es obvio que la falta de motivación dificultó el derecho de defensa, pues si ella hubiere aparecido en la resolución de acusación, la parte defensora hubiera podido rebatir la causal de agravación de manera adecuada y no intentando adivinar las bases en las que se iba a sustentar, tal como ocurrió en la diligencia de audiencia pública".

En consecuencia, la censora solicita se case la sentencia y se decrete la nulidad solicitada a partir de la resolución de acusación.

Criterio del agente del Ministerio Público:

El Delegado acepta la carencia de una debida motivación de la causal de agravación deducida pero aduce que ello no es constitutivo de nulidad como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional "porque para que tenga ocurrencia tal circunstancia invalidante se necesita que la ausencia de específicos análisis de los factores agravantes de intensificación particulizantes (sic) de las penas conlleven una evidente dificultad para la defensa, o sea 'cuando esa ausencia de razones sea absoluta y recaiga sobre hechos que para conocerlos se deben desbrozar con ayuda de un esfuerzo dialéctico, entonces puede hablarse de atropello efectivo del derecho de defensa' (C. S. J. Sentencia de noviembre 23 de 1989)".

Recuerda igualmente las expresiones jurisprudenciales en el sentido de que la consideración de la agravante es aceptada si la descripción de la figura aparece con clara comprobación en los autos, porque otra cosa sería que el fallador hubiera deducido como agravante un hecho no probado ni debatido en el proceso.

Para el Procurador, en el caso debatido no existe duda de la situación de indefensión e inferioridad en que se encontraba el menor ofendido, que fluyen con claridad del acervo probatorio, tanto que a ellas aludió la defensa en la diligencia de audiencia pública para concluir en su inexistencia y que en el plenario se rebatieron las pruebas que fundamentan la agravante.

El funcionario conceptuante afirma que: "Del estudio del proceso se evidencia que Albarracín Carreño, urdió un plan tendiente a dar muerte a Santiago Yepes Rodríguez, el hijo de su compañera, Nohora Rodríguez de Yepes, y para ello le hizo creer al ofendido que su

progenitora se encontraba aquejada de una repentina enfermedad, circunstancia que le hizo saber a través de una llamada telefónica en la que a su vez comunicaba que él se dirigía con ella hacia su residencia a lo cual la víctima se puso en estado de alerta en orden a prestar su colaboración. Seguidamente Albarracín Carreño, debidamente armado, fue en busca de Santiago a la casa de Nohora, en donde éste ansiosamente lo esperaba para saber de la suerte de su progenitora. Pero cuando franqueó la puerta para recibirlos fue agredido violentamente con arma de fuego a corta distancia, resultando afectado en parte vital del organismo, pues su atacante disparó repetidamente contra su humanidad hasta vaciar la carga del arma (revólver) en una demostración palmar de buscar la muerte de quien agredía".

Ante tan claras circunstancias, prosigue, la defensa no fue sorprendida con circunstancias de agravación que no estuviesen debidamente probadas y porque en la resolución de acusación se la especificó con el artículo y numeral en la que aparece consagrada, además se celebraron dos audiencias con jurado, en las cuales la agravante se incluyó en los respectivos cuestionarios.

Además, agrega, se declaró la contraevidencia del primer veredicto absolutorio, por lo cual el tema debió ser nuevamente debatido; se dictó una sentencia de conformidad con el segundo veredicto en cuyo cuestionario se había considerado el agravante, en la cual nuevamente se incluyó el tema de la indefensión y esa decisión fue anulada por lo que en ese momento el jurado de conciencia ya había sido eliminado y nuevamente se hubo de repetir la audiencia de juzgamiento en la que se debatieron los cargos como había sido formulados.

Con base en tales argumentaciones termina solicitando no se case la sentencia impugnada.

Considera la Sala:

Procesalmente, es una realidad que la resolución de acusación no contiene fundamentación respecto de la agravante, pues el Juez de Instrucción Criminal se limitó a enunciarla y ubicarla normativamente en el respectivo artículo y numeral, concretamente en el 7 del artículo 324 del C. P. que contempla la colocación de la víctima en situación de inferioridad o aprovecharse de tal circunstancia. Pero también lo es que aparecen considerados los elementos probatorios demostrativos de los hechos en los que se fundamenta la causal de agravación, es decir, que la situación de indefensión en que se colocó al menor se encuentra clara e inequívocamente demostrada por diversos medios de convicción; es así como se tiene conocimiento que para el procesado no significó suficiente garantía el tener que enfrentarse con un menor, ni el hecho de ir armado, sino que para tener mayor seguridad de consumar la ilicitud que se proponía, armó todo un tinglado para angustiar a su víctima, anunciándole una repentina enfermedad de su

madre, al mismo tiempo que le anunciaba que se presentaría con ella, para que, como es apenas obvio, el menor le abriera la puerta sin ninguna desconfianza o cortapisa y ya en esas condiciones le disparó a quemarropa, sin darle oportunidad alguna para reaccionar.

Con tal claridad de hechos era acaso menester que el juez que formuló la acusación diera largas y juiciosas argumentaciones para demostrar que la tentativa de homicidio se había producido colocando a la víctima en situación de indefensión?

El debido proceso y el derecho a la defensa son preciosas garantías de nuestro constitucionalismo y de nuestra normatividad al haber adherido a la legislación continental y universal que regula los derechos humanos. Pero ellas están instituidas para garantizar a los ciudadanos sometidos a proceso que sus derechos no van a ser vulnerados; que necesariamente serán juzgados de conformidad con la legislación existente al momento de los hechos, o en caso de sucesión de leyes con la que les sea más favorable; y que la decisión final será tomada por el funcionario competente de conformidad con los cargos formulados, garantizándole de esta manera que a última hora no se le van a imputar cargos de los cuales no tuvo oportunidad para defenderse, o que se le sentencie por cargos equívocos, vagos, o gaseosos; sino que por el contrario exista tal claridad que tanto el procesado, como el defensor técnico sepan con precisión, certeza y lucidez cuáles los cargos formulados, para de conformidad con ellos planificar la defensa.

En el caso motivo de análisis no se presenta este problema, porque como ya se dijo con anterioridad los hechos demostrados son de tal claridad, que no existe la más mínima duda que la formulación de cargos lo fue por un delito de homicidio tentado y agravado por las condiciones de inferioridad de la víctima; y cree la Sala que era tan evidente tal situación que posiblemente por ello el funcionario del conocimiento creyó innecesario tener que hacer una fundamentación al respecto.

En este sentido ya se ha pronunciado la Sala, como cuando con sentencia del 20 de octubre de 1987 se dijo:

> "En la consideración de atenuantes y agravantes la Corte no tiene un esquema rígido y absoluto de valoración. Las circunstancias y modalidades del caso llevan a soluciones diferentes. Como enunciado general suele decirse: En cuanto a la agravación que no haya sido incluida en el auto de proceder, bien por la cita de la disposición pertinente, bien por la descripción que a ella puede corresponder, no es dable deducirla en la sentencia; en relación al reconocimiento de una diminuente, así no haya sido contemplada en el auto de cargos, es dable admitirla si tras una nueva valoración de lo aportado se deduce su justa existencia.

"Esto, claro está, si en el término probatorio de la causa no ha logrado variar, en favor o en contra del procesado, el punto de la diminuente o de la agravación específica, o de la genérica pero considerada en la parte especial del estatuto penal sustantivo; porque de ocurrir una mudanza en uno u otro sentido, debe estarse indudablemente, al resultado de esta modificación.

"No es pues la cita de la norma, o su omisión, la que resuelve de una vez la cuestión, pues es dable entender que un agravante o una diminuente puede ser admitida así el precepto pertinente este excluido del contenido de la providencia, pero aparezca una descripción de la figura, o ésta tenga una clara comprobación en los autos, que figura como verdad inconcusa y que apenas, su exclusión, pueda mirarse como una involuntaria omisión".

Esta posición jurisprudencial se reitera en decisión del 23 de noviembre de 1989 en la cual se sostuvo:

"No es dable admitir que se dificultó la defensa y que ésta se hizo inoperante o ineficaz, en cuanto a las agravaciones, por falta de enteramiento de las mismas, por haber faltado la mención de los artículos 350-4, 351-6, 9º, 10 y 372-1 del C. Penal. Menos invocar una ausencia de específico análisis de estos factores de intensificación particularizante de la pena, porque la jurisprudencia ha entendido que ésta es deficiencia que no trasciende del terreno de la irregularidad imposible de llevar a los extremos de la anulación, pues 'cuando la afirmación escueta (v.gr.: De noche, a las 21:50 horas; dos o más personas, en el caso de autos, etc.) corresponde a un hecho evidente o al menos protuberante, la falta de motivación no tiene eficacia para dificultar la defensa. Sólo cuando esa ausencia de razones sea absoluta y recaiga sobre hechos que para conocerlos se deben desbrozar con ayuda de un esfuerzo dialéctico, puede hablarse de atropello efectivo del derecho de defensa' ".

Si lo anterior no fuera suficiente bastaría repasar el acta de la segunda audiencia pública en la que el fiscal en su intervención dijo: "El instructor consideró que no solamente debía vocarse por tentativa de homicidio simple, sino que se daban situaciones de agravación previstas por el artículo 324 del C. P., como la situación de indefensión e inferioridad de la víctima, pues realmente un muchacho de 16 años que no sabía del propósito de Leopoldo Alburrucín Carreño, no esperaba lo que iba a suceder y por ello no tenía oportunidad de defensa".

Si aceptáramos la tesis de la impugnante, es claro que en la audiencia pública se tuvo conocimiento del verdadero alcance de los cargos formulados. Esta es una de las razones por las cuales en el

orden de participación de la audiencia pública primero deben intervenir aquellos sujetos procesales que por la naturaleza de las funciones que cumplen en el proceso pueden realizar una acusación en la diligencia, para que la defensa que es la última en intervenir tenga la oportunidad de conocer a cabalidad la acusación y pueda defenderse de los argumentos que las otras partes han dado.

En las circunstancias anteriores, si para la representación del procesado no había hasta ese momento suficiente claridad de la acusación, sus conceptos quedaron clarificados para que enfocara la defensa de conformidad con la resolución de acusación y con la intervención del Ministerio Público que solicitó condena por homicidio tentado y agravado por la indefensión de la víctima.

En las condiciones precedentes, de conformidad con el criterio del Ministerio Público se habrá de desechar el cargo formulado por la impugnante.

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.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz. Gustavo Gómez Velásquez NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

TERRITORIALIDAD / RECEPTACION / COMPETENCIA A PREVENCION / COLISION DE COMPETENCIA

El principio territorialidad supone que la pena ha de imponerse por los jueces del lugar donde se infringió la ley penal, tras la investigación, acusación y juzgamiento del actor o actores, para lo cual ha de existir certidumbre en el espacio en el cual se vulneró el orden jurídico. Más hay ocasiones en que la conducta punible se realiza en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero, casos en los cuales se presenta la desvertebración de aquel principio para dar paso a lo que procesalmente se conoce como competencia a prevención, conforme a la cual su conocimiento corresponderá al funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, como lo dispone el artículo 80 del estatuto procesal penal. Este precepto también prevé que se hubiere iniciado la averiguación simultáneamente en varios sitios, fijando la competencia en el funcionario judicial del lugar en el cual fuere aprehendido el imputado o el del lugar donde se hubiere llevado a cabo la primera aprehensión, cuando fueren varios. / Siendo condición de punibilidad para la figura de receptación que se oculte o ayude a ocultar o a asegurar el objeto material o el producto del mismo, o adquiera o enajene, ha de estar perfectamente averiguado para entrar a precisar la competencia por el factor territorial, el lugar donde alguno de dichos comportamientos logró su materialización.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 051.

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia surgida entre el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha* (Cundinamarca) y el

Séptimo Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) para conocer de este proceso.

Antecedentes:

El trece de enero del año pasado, la firma INCAP S. A. despachó de esta ciudad con destino a Pereira mercancía integrada especialmente por galones de pegante, habiendo sido interceptado a eso de las once de la noche, el camión doble-troque que la transportaba a la altura del sitio conocido como "El Alto de Las Rosas", vía que de Bogotá conduce a Melgar (Tolima), por un grupo de sujetos que se movilizaban en un automóvil, a lo menos, llevándose al camión con su contenido y dejando abandonados a ayudante y conductor luego de haberles suministrado un somnífero.

El cinco de marzo del mismo año (1993), el Grupo Operativo de la SIJIN-MEGOB recuperó parte de la mercancía, en la calle 33 con carrera 17 sur, barrio Restrepo de este Distrito Capital, cuando era llevada en un camión por Nolberto Sandoval Soto, Manuel Muñoz Suárez, José Efraín Rojas Rincón y Jorge Emiro Sandoval y otra buena parte de ella en el municipio del Guamo (Tolima), vereda Chontaduro, casa de Ricardo Sandoval, merced a información que suministrara alguno de los aprehendidos.

Por los hechos anteriores Miguel Antonio Alfonso Porras, empleado de la firma transportadora asaltada formuló la correspondiente denuncia penal en la Unidad Operativa Central de Santafé de Bogotá y la Fiscalía Delegada 207 Unidad Novena de Patrimonio Económico luego de abrir investigación, oyó en indagatoria a los capturados, resolvió la situación profiriendo medida de aseguramiento de detención preventiva contra Nolberto Sandoval Soto y Manuel Muñoz Suárez por el delito de hurto agravado y calificado y, avanzando en la averiguación, constató que los hechos había acaecido en jurisdicción de Soacha (Cudinamarca) a cuya Unidad de Fiscalía ordenó la remisión del proceso (fl. 331).

Asumió el conocimiento la Fiscal 302 de la Unidad Unica Local, quien clausuró la investigación y subsiguientemente calificó el mérito probatorio del sumario mediante auto calendado el 10 de agosto de 1993 (fl. 386) dictando resolución de acusación contra Nolberto Sandoval Soto y Manuel Muñoz Suárez por el punible de receptación en tanto que dispuso la preclusión de la instrucción por el delito de hurto en favor de todos los sindicados.

Ejecutoriado este proveído, la actuación se remitió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha (Cundinamarca) donde se avocó el conocimiento por auto del 13 de septiembre del año en cita (fl. 408) no obstante lo cual en decisión del 25 de enero del año en curso (fl. 436)

se declaró incompetente para conocer de este proceso por receptación, discurriendo así:

> "...el hecho punible endilgado se perpetró en la ciudad de Ibagué, pues fue allí donde se llevó a cabo la negociación y entrega de los elementos hurtados; en consecuencia, el competente para proseguir la causa es el Juez Penal del Circuito de Ibagué, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 78 del C. de P. P. a quien se remitirá la actuación...".

Propuso a este funcionario colisión de competencia negativa para el evento de que no estuviera de acuerdo con su decisión.

Por reparto correspondió el proceso al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ibagué (Tolima), el cual por auto del 18 de febrero del año que calenda dispuso:

> "...Por competencia, remítase este proceso al señor Juez Penal del Circuito (Reparto) de la ciudad del Guamo (Tolima), para que cumpla con lo ordenado en auto de fecha enero 25 del presente año —fls. 436 a 437—, y así corregir la equivocación del Juzgado de Soacha (Cundinamarca), al considerar que en el Guamo no había Juzgados de Circuito..." (fl. 443).

A su vez, el Juzgado Primero Penal del Circuito del Guamo, al cual correspondió en turno este asunto, al encontrar que era evidente que la razón que se tuvo para provocar conflicto de competencia era el hecho enunciado de que en Ibagué se había llevado a cabo la negociación y entrega de los elementos hurtados, resultaba inequívoco que quien debía pronunciarse sobre si admitía o no la competencia era el juez de esa localidad y así ordenó la devolución del protocolo penal.

Finalmente, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) declaró no ser competente en este caso y ordenó su remisión a esta Corporación para que desate el conflicto suscitado, previa la siguiente reflexión que es la medular de su determinación fechada el 9 de marzo del presente año:

> "...Si nos atenemos a la realidad de la investigación, a la abundante prueba que nos sirver de fundamento para tomar la determinación que nos surge de su análisis, es imposible que el delito de receptación investigado se haya configurado en la ciudad de Ibagué, pues no podemos atenernos a las simples y aisladas afirmaciones del señor Muñoz Suárez, pues simplemente trató de constituir una coartada, para liberarse de la responsabilidad que le podía caber, al decir que estuvo en Ibagué y que allí realizó la negociación de los elementos que fueron encontrados en una casa lote abandonada, en jurisdicción del Guamo. Es incuestionable que los hechos

punitivos han sido realizados en la jurisdicción del Guamo y que este Despacho no goza de competencia para adelantar el juicio...".

Consideraciones de la Corte:

El principio de territorialidad supone que la pena ha de imponerse por los jueces del lugar donde se infringió la ley penal, tras la investigación, acusación y juzgamiento del actor o actores, para lo cual ha de existir certidumbre del espacio en el cual se vulneró el orden jurídico.

Más hay ocasiones en que la conducta punible se realiza en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero, casos en los cuales se presenta la desvertebración de aquel principio para dar paso a lo que procesalmente se conoce como competencia a prevención, conforme a la cual su conocimiento corresponderá al funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, como lo dispone el artículo 80 del estatuto procesal penal. Este precepto también prevé que se hubiere iniciado la averiguación simultáneamente en varios sitios, fijando la competencia en el funcionario judicial del lugar en el cual fuere aprehendido el imputado o el del lugar donde se hubiere llevado a cabo la primera aprehensión, cuando fueren varios.

En el caso sometido a estudio de la Corte no existe sombra de duda en relación con el lugar donde se produjo el desapoderamiento de la mercancía y del automotor en el cual se transportaba, pues lo fue en el sitio conocido como el "Alto de Las Rosas", comprendido dentro de la jurisdicción territorial del municipio de Soacha (Cundinamarca), aspecto que le dio competencia a la Unidad de la Fiscalía Unica de esa localidad para calificar el proceso con preclusión por el delito de hurto en favor de todos los imputados, y con resolución acusatoria para Sandoval Soto y Muñoz Suárez por receptación, acto con el cual se operó la ruptura de la unidad procesal, debiéndose seguir lo reglado en el artículo 90 del C. de P. P. respecto del funcionario que asume el conocimiento en la etapa del juicio.

Siendo condición de punibilidad para la figura de receptación que se oculte o ayude a ocultar o a asegurar el objeto material o el producto del mismo, o adquiera o enajene, ha de estar perfectamente averiguado para entrar a precisar la competencia por el factor territorial, el lugar donde alguno de dichos comportamientos logró su materialización, sobre lo cual existe absoluta perplejidad en este proceso, siendo prueba de ello la disparidad de criterio de los funcionarios trabados en el conflicto.

Para dilucidar tal aspecto, no resulta acertado acudir, sin más, a la interesada versión del procesado Manuel Muñoz Suárez, quien por

fuerza de las circunstancias y de haber sido encontrado en poder de parte de la mercancía hurtada, vióse obligado a crear situaciones inverosímiles sobre la forma en que entró en posesión de los bienes, sin descontar el sitio en que ello aconteció, señalando para el caso la ciudad de Ibagué.

Tampoco sirve como factor determinante el lugar donde fue recuperada parte de la mercancía, porque tal hecho ocurrió tanto en la ciudad de Bogotá como en una vereda del municipio del Guamo (Tolima).

Ante tal estado de incertidumbre, es dable acudir a las reglas que orientan la competencia a prevención, o sea, establecer dónde se formuló la denuncia, o en su defecto, dónde se abrió investigación, pues es lo único que el proceso enseña sin lugar a dudas, pues el juicio apenas está para iniciarse.

La Corte encuentra que, coincidentemente, ambos actos fueron cumplidos en la capital de la República, pues el 16 de enero de 1993 Miguel Alfonso Porras denunció en la Unidad Operativa Central, y el 9 de marzo del mismo año, la Fiscal Delegada 207 de la Unidad Novena de Patrimonio Económico radicada en dicha ciudad abrió la correspondiente investigación sumarial. Es más, en esta misma ciudad se dio captura a quienes luego fueron imputados por la receptación.

Así las cosas, la competencia ha de ser asignada al Juez Penal del Circuito —reparto— de la ciudad de Santafé de Bogotá, funcionario que si bien no hizo parte del conflicto aquí suscitado, la Corte al dirimirlo está en la obligación de señalar el conocimiento al juez que legalmente sea el competente tanto por los factores naturaleza del hecho como por el territorial.

Podría pensarse, *prima facie*, que las bases mismas del proceso se recienten al resolverse así el conflicto, pues habiendo la Unidad de Fiscalías de Soacha formulado acusación por el delito de receptación, correspondería llevar a este funcionario la representación para efectos de la recusación ante el Circuito de dicho lugar pero no ante otro fuera de su jurisdicción. Sin embargo, ello no es así, si se atiende que lo que en principio dio competencia territorial a la Fiscalía de Soacha fue la conexidad con el hurto cometido en dicha jurisdicción, ilícito que calificó con preclusión de investigación para los procesados imputados en este proceso, acto que precisamente fue determinante para la ruptura de la unidad procesal, debiéndose quedar dicho fiscal con la investigación por el hurto y determinar el juez de la causa, según los factores de competencia examinados.

Por lo demás, el Juzgado de Circuito de la capital de la República que asuma por reparto el conocimiento de esta causa deberá tener en cuenta lo previsto en el artículo 79 del C. de P. P., a efectos de constituir el Delegado Fiscal que deba intervenir como sujeto procesal.

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

Resuelve:

DECLARAR competente para conocer de esta causa al Juzgado Penal del Circuito —Reparto— de la ciudad de Santafé de Bogotá. Remítasele, en consecuencia, inmediatamente el proceso e infórmese, con copia de este proveído, a los Juzgados que trabaron el conflicto.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez NO, *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

RESOLUCION DE ACUSACION / NULIDAD / LIBERTAD PROVISIONAL / DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / AUTOR / INDICIO / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / SENTENCIA

La posibilidad de variar la calificación provisional "durante la etapa de juzgamiento y antes de que concluya la diligencia de audiencia pública", consagrada en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, en los casos allí señalados, previo el trámite previsto en la citada disposición, desvirtúa por sí sola la errada apreciación del libelista en el sentido de que la resolución de acusación se encuentra "dentro del ámbito de la cosa juzgada y por tal motivo tiene la misma fuerza vinculante de la sentencia". / En tratándose de la causal tercera de casación subsiste para el demandante la obligación de demostrar la razón de su dicho, y probar los hechos en que se basa, así como la decisiva influencia que pudo tener la falla procesal advertida en el desconocimiento de las garantías del condenado. / Afirmar simplemente que el procesado tenía derecho a la libertad provisional solicitada, porque la razón aducida por el Tribunal para negarla había desaparecido al haber sido declarado inexequible por la Corte el artículo 23 del Decreto 1861 de 1989, es una aseveración huérfana de consistencia que no consulta la realidad, pues no se percató el casacionista que el artículo 439, numeral 5 del Decreto 050 de 1987 recuperó la vigencia, y allí se establecía una igual circunstancia para negar la libertad provisional. / La claridad en la presentación del error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencias se omite, la conclusión no puede ser otra que su desestimación. / 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 censor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. / En modo alguno puede exigirse la individualización de todos

los autores del hecho punible para determinar el grado de participación de uno de ellos, pues siendo la responsabilidad penal personalísima, su predicado depende de que todos los autores del hecho sean sancionados o siquiera vinculados a la investigación. / La construcción del indicio parte de dos puntos: El primero, el hecho indicador, cuya existencia se revela a través de una prueba; el segundo la inferencia lógica mediante la cual se establece la especie, la relación y la fortaleza del hecho indicado. / La diligencia de reconocimiento no es un indicio, sino uno de sus elementos integradores, que permite llegar a conclusiones como las aceptadas por el sentenciador. / La existencia de la duda puede debatirse en casación por la vía de la violación indirecta, demostrando el casacionista que una determinada prueba fue objeto de un error de hecho o de derecho. Luego del análisis correspondiente, ha de establecer que si no se hubieran presentado estos yerros, el juez necesariamente quedaría enfrentado a una duda insalvable, estando en la obligación de absolver, atendiendo el mandato legal. / El desquiciamiento de la sentencia sólo procede cuando se demuestra su contrariedad con el derecho y no con la visión particular del impugnante.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 51.

Vistos:

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de *Humberto Vargas Graffe*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza, pero modificándola en el sentido de que la pena principal por los delitos de doble homicidio agravado en concurso con hurto calificado y agravado impartida al acusado lo es por veinte (20) años y cuatro (4) meses de prisión, y la accesoria de derechos y funciones públicas, por diez años; y en cuanto a la condena en concreto al pago de perjuicios materiales y morales, lo es por las cifras referidas en el cuerpo de la sentencia.

I. Hechos:

El 23 de noviembre de 1990, en el municipio de Facatativá (Cundinamarca), tres individuos contrataron el servicio de transporte ex-

preso hasta la ciudad de Cáqueza con el señor José Bernardo Beltrán Ramírez quien conducía un taxi marca Chevrolet. El conductor en compañía de su amigo Julio Anibal Coy Sandoval, emprendió el viaje junto con los contratantes.

Más tarde, en el sitio denominado El Tablón, ocho kilómetros adelante de la población de Cáqueza en la vía que conduce a Villavicencio, fueron encontrados muertos Beltrán Ramírez y Coy Sandoval, como consecuencia de las lesiones que sufrieron con arma de fuego.

Aproximadamente a las once de la noche del mismo día, agentes de la Policía Nacional con sede en Villavicencio inmovilizaron el vehículo marca Chevrolet y retuvieron a su conductor Humberto Vargas Graffe, quien ante los policiales explicó que dos individuos lo contrataron para trasladar el citado automotor desde la población de Guayabetal hasta Acacías.

II. Actuación procesal:

Aprehendido Humberto Vargas Graffe, fue escuchado en versión libre debidamente asistido por su defensor, en las oficinas del grupo de inteligencia de la SIJIN, oportunidad en la cual aseveró ser ajeno a los hechos que se investigaban.

El Juzgado Ciento Ocho de Instrucción Criminal de Bogotá radicado en Cáqueza, abrió la correspondiente investigación disponiendo vincular como sindicado a Humberto Vargas Graffe, quien al momento de rendir su injurada, en términos generales se ratificó en la versión inicialmente rendida, manifestando que en algún momento se enteró de que en el vehículo se había cometido el homicidio de dos personas, razón por la cual se negó a conducirlo, recibiendo como respuesta amenazas contra su vida y la de su familia, por lo que decidió hacerlo hasta que fue interceptado por las autoridades de Policía en la ciudad de Villavicencio. Relató además que quienes lo detuvieron lo sometieron a tortura.

El Juzgado instructor resolvió la situación jurídica del indagado con auto de detención como presunto coautor responsable de los delitos de homicidio cometidos en las personas de José Bernardo Beltrán y Julio Coy Sandoval, en concurso con el delito de hurto.

El defensor del procesado solicitó la revocatoria del auto de detención, petición que fue despachada desfavorablemente en auto que fue recurrido sin éxito ante el mismo funcionario y ante su superior jerárquico.

Posteriormente el sindicado amplió la indagatoria, para manifestar que el agente que lo retuvo le exigió la entrega de dos millones de pesos para no ponerlo a disposición de la autoridad judicial, pedimento

al que no pudo acceder por carecer de recursos económicos, situación que le significó resultar vinculado a una investigación sobre hechos en los cuales no participó.

Cerrada la investigación, el juez instructor calificó el mérito del sumario el 1º de marzo de 1991, con resolución de acusación contra Humberto Vargas Graffe como presunto responsable de delito de homicidio en concurso homogéneo.

El proceso pasó al Juzgado Doce Superior de Bogotá, despacho que luego de avocar el conocimiento ordenó abrir el juicio a pruebas por el término legal.

El defensor del procesado solicitó la declaratoria de nulidad de lo actuado, aduciendo que a su patrocinado se le había cercenado el derecho a la defensa, lo que motivó el pronunciamiento del Juzgado Doce Superior de Bogotá de fecha abril 23 de 1991, en el cual advierte que la calificación impartida al sumario por el juez instructor resultaba incompleta y resolvió, además de negar la petición formulada, modificar la calificación jurídica provisional para hacerla extensiva al delito de hurto que no había sido objeto de pronunciamiento.

Al entrar a despachar el Juzgado Superior de Cáqueza, la actuación le fue remitida para la continuación del trámite, y luego de avocar el conocimiento fijó fecha para la celebración de la audiencia pública, providencia que fue recurrida en reposición por el procesado, y a la vez el defensor de este propuso la declaratoria de nulidad del auto que modificó la calificación jurídica provisional. La impugnación fue resuelta negativamente mediante auto de septiembre 6 de 1991 y la nulidad negada en proveído del 9 de los mismos.

Recurrido en reposición y subsidiariamente en apelación el auto que se abstuvo de decretar la nulidad, durante el trámite del primer recurso el implicado solicitó su libertad provisional con el fundamento de haber transcurrido más de 6 meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiera celebrado la audiencia pública, pedimento que fue negado, al considerar el Juzgado que tal diligencia no se había podido realizar por causa atribuible al procesado.

La anterior determinación fue recurrida en reposición, que se negó y luego en apelación que se resolvió con la confirmación de lo decidido por el *a quo*.

Se tuvo conocimiento que contra el procesado Vargas Graffe se había dictado resolución de acusación por el delito de hurto en un Juzgado de Florencia, actuación que fue acumulada a la presente, según consta en el expediente. Posteriormente, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza resolvió decretar la cesación de procedimiento en la causa acumulada por encontrarse prescrita la acción penal y señaló fecha para la audiencia pública dentro de la aquí reseñada.

Celebrado el debate público se dictó sentencia en la que se resolvió: Negar las nulidades planteadas por el defensor y condenar a Vargas Graffe a la pena principal de 25 años de prisión como coautor responsable del concurso de delitos de doble homicidio agravado y hurto calificado y agravado, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso, y al pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Cundinamarca la confirmó con las modificaciones antes reseñadas.

III. La demanda:

El defensor formula cuatro cargos, los dos primeros al amparo de la causal tercera de casación y los dos últimos con base en la causal primera, así:

Primer cargo:

Radica la nulidad invocada, en que el juez instructor profirió resolución de acusación por el delito de homicidio, proveído que "adquirió firmeza procesal en razón de que contra él no se interpuso recurso alguno", pese a lo cual el Juzgado Doce Superior de Bogotá, decidió modificar la resolución acusatoria extendiéndola al delito de hurto calificado y agravado.

Para el censor este acto del Juez Superior resulta improcedente, porque reformó una decisión ejecutoriada respecto de la cual la ley no permitía modificación ya que el artículo 501 del C. de P. P., para entonces vigente, autorizaba tal variación solamente con respaldo en pruebas que se hubieran practicado durante el período probatorio del juicio o durante la audiencia pública. Dijo el libelista textualmente:

> "Introducir modificación sustancial como es la de incluir en ella un nuevo delito, constituye un desbordamiento de las facultades del juez, y ello va contra lo establecido en el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal vigente, por estar la *resolución de acusación* dentro del ámbito de la cosa juzgada y por tal motivo tiene la misma fuerza vinculante de la sentencia".

Agrega que la modificación de la resolución de acusación por fuera de los lineamientos legales que la permitían, configura una violación del debido proceso y que además se lesionó el derecho de defensa del procesado, en la medida en que lo que se ha debido decretar era una nulidad y no una nueva calificación de los hechos.

Segundo cargo:

En esta oportunidad el libelista plantea la nulidad por haberse violado el "derecho de defensa por falta de observancia de la plenitud de las formalidades propias del juicio penal".

Concreta el cargo en que su defendido tenía derecho a su libertad provisional de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal que regía la actuación, por haber transcurrido más de seis meses sin que se hubiera celebrado la audiencia pública.

Pese a que tal era el derecho, el juez negó la excarcelación del implicado con fundamento en que la causa de la no celebración de la audiencia pública era atribuible al procesado o su defensor, sin tener en cuenta que dicha disposición había sido declarada inexequible por la Sala Plena de la Corte en decisión de agosto 3 de 1990 cuando declaró contrario a la Constitución Nacional el Decreto 1861 de 1989.

Finalmente concluyó su alegación en los siguientes términos:

> "Habiendo desaparecido esa traba del panorama jurídico, la libertad provisional impetrada por el procesado ha debido concedérsele.
>
> "La omisión por parte del funcionario a quien se le dirigió la petición de libertad, o sea el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cáqueza, se refleja en quebranto del artículo 304 del C. de P. P., ordinal 3, por violación del derecho de defensa".

Tercer cargo:

El censor estima que el Tribunal violó en forma indirecta la ley sustancial, concretamente los artículos 324, 349 y 350 del Código Penal. Ataca la prueba de reconocimiento en fila de presos, la testimonial, y la indiciaria, de la siguiente manera:

a) La diligencia de reconocimiento en fila de personas, se llevó a cabo el 4 de diciembre de 1990, y arrojó como resultado que el testigo Fredy Armando Romero Valderrama "no pudo reconocer al procesado Humberto Vargas Graffe, puesto que lo confundió con el otro detenido José Alfredo Chávez. Por este motivo surgió la duda en tal reconocimiento...".

El testigo Carlos Antonio Amarillo, incurrió en similares vacilaciones, lo que también ocurrió con Germán Vargas Soler, razón por la que el censor concluye que "legalmente no hubo reconocimiento del procesado". El libelista acepta inicialmente que la diligencia "cumple con las exigencias descritas en el artículo 389 del Código de Procedi-

miento Penal, hoy artículos 367 y 368 del nuevo código", pero luego niega tal aseveración cuando sostiene lo siguiente:

> "La diligencia de reconocimiento ..., no cumple con las exigencias del Código de Procedimiento Penal, siendo completamente nula ..., puesto que ninguno de los testigos pudieron reconocer al procesado Humberto Vargas Graffe, como uno de los tres individuos que contrataron el taxi de servicio público en la población de Facatativá, dentro del cual fueron asesinados José Bernardo Beltrán Ramírez y Julio Anibal Coy Sandoval en la población de Cáqueza, a pesar de la insistencia sospechosamente parcializada del juez que presidía dicha diligencia, quien a toda costa pretendió que los testimonios señalaran a Humberto Vargas Graffe como uno de los individuos que intervino en la contratación del taxi.
>
> "Este segundo planteamiento lo fundamenta el censor en el hecho de que el reconocimiento se practicó cincuenta y cuatro días después de ocurridos los hechos, lo que se opone a lo prescrito por el artículo 368 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, reconocimiento que deberá 'hacerse inmediatamente' ".

Dice el censor que las vacilaciones de los testigos en el citado acto procesal, no hicieron más que plantear el fenómeno de la duda y no obstante ello, el Tribunal afirmó que dicha falta de precisión no impone desechar la diligencia ni le resta credibilidad, tesis a la que se opone el casacionista por considerarla demasiado peligrosa y producto de una analogía prohibida en la ley penal.

Finalmente sostiene que: "En este caso se estaría aplicando la ley penal sustancial que para el caso resultan ser los artículos 323, 324, 349, 350, 26 y 7 del Código Penal, normas sustanciales aplicadas indebidamente por el Tribunal en forma *indirecta* a causa de manifiesto *error de hecho* en que incurrió el sentenciador de segundo grado".

b) Respecto del testimonio del agente de Policía Gilberto Orlando Buitrago Huertas, resalta el censor que el declarante describió las señales particulares del sujeto que fuera capturado en Villavicencio, a las cuales no hicieron referencia las personas que intervinieron en el reconocimiento del procesado en la diligencia respectiva.

En cuanto a la declaración del agente de la Policía Alain Bernal Hernández, señala que éste en su informe inicial no consignó que el capturado hubiera dicho que había estado en Facatativá, circunstancia que fue vertida en el expediente solamente con ocasión de su versión procesal. Este testimonio para el recurrente resulta "en extremo sospechoso por cuanto que guardó silencio sobre hechos y circunstancias no incluidas en el informe rendido a sus superiores".

Finalmente recuerda que el acusado al momento de ampliar su injurada dijo que los agentes que lo aprehendieron le hicieron una exigencia de dos millones de pesos a cambio de su libertad, situación que contempla como posible dado el nivel de corrupción de la Policía Nacional y concluye afirmando que las dos declaraciones de los agentes de Policía anteriormente examinados y el vicio de forma que impregna a la diligencia de reconocimiento, "se proyecta con nítidos fulgores sobre ninguna credibilidad que merecen tales medios probatorios para que cumplan las exigencias legales previstas en el artículo 247 del C. de P. P. para que este medio de prueba sea base para una sentencia".

c) Comienza el ataque a la prueba indiciaria destacando que el Tribunal tuvo como fundamento de prueba una serie de indicios, señalando las normas procesales que rigen este medio de convicción.

Hace referencia a que el Tribunal en la sentencia dedujo responsabilidad contra Vargas Graffe a título de coautor, por considerar que fueron tres los intervinientes en los hechos investigados, lo que para el libelista constituye un "error de calificación" en que incurrió el sentenciador, pues en su opinión, no es posible hablar de coautoría si no se han "identificado plenamente a todos los responsables del delito", y se duele de que tardiamente se haya dado la orden de compulsar copias para la investigación que permita la identificación de los demás autores de los hechos delictivos.

Respecto del primer indicio —móvil para delinquir—, asevera el actor que si Vargas fue llevado a consumar en compañía de otros el doble homicidio con el fin de hurtarse el automotor, como lo afirma el Tribunal en la sentencia, sin haberse identificado plenamente a esos "otros" responsables de los delitos, no es posible jurídicamente radicar tamaña responsabilidad en cabeza de aquél, máxime que no se puede comprobar que el sentenciado hubiese sido inducido a la comisión de los delitos.

En lo que atañe a la "confesión extrajudicial", dice que no se puede elevar a tal categoría el dicho del acusado, según el relato del agente de Policía que la refirió en "razón de que se trata de una represalia contra el procesado" por no haber podido éste entregar los dos millones de pesos que le fueron exigidos a cambio de su libertad.

Como la llamada confesión extrajudicial, no reúne las exigencias del artículo 296 del C. de P. P., concluye que carece de validez jurídica.

Aduce que el reconocimiento en fila de personas no puede ser tenido como prueba en contra del implicado, pues en verdad no hubo ningún reconocimiento, en razón a que los testigos citados por el Tribunal no determinaron la exacta fisonomía del procesado, y además de sus vacilaciones manifestaron que no podían reconocerlo en virtud de que había transcurrido mucho tiempo (54 días). No constituye, por ello, indicio grave ni necesario.

El indicio de oportunidad para delinquir construido sobre la base de que Vargas fue aprehendido cuando conducía el automóvil hurtado, carece de importancia para la toma de una decisión adversa al implicado, porque según el censor, éste explicó satisfactoriamente la tenencia del mismo, no existiendo en el proceso prueba alguna que contradiga su dicho.

Afirma que no está probado que el acusado hubiera dado muerte en lugar despoblado y solitario al conductor del taxi y a su compañero momentos antes de ser capturado en posesión del vehículo, y por tanto la conclusión del sentenciador carece de soporte probatorio. La posesión del bien podría ser indicio del delito de hurto, mas no del homicidio imputado.

En relación con el indicio de presencia, arguye el censor, que no habiendo sido reconocido por los testigos como uno de los sujetos contratantes del taxi para que les prestara el servicio expreso hacia la población de Cáqueza, así como tampoco el procesado acepta que él hubiera estado en dicha población contratando el vehículo, el razonamiento del Tribunal carece de respaldo probatorio y por tal motivo este mal llamado indicio no tiene fuerza vinculante contra el procesado.

El indicio de huellas materiales y evidencias físicas del delito, constituido sobre hallazgos de vainillas de pistola y huellas de violencia encontradas en el automotor y en los cadáveres de las víctimas, no puede ser motivo para vincular al procesado, por cuanto recibió el carro en el municipio de Guayabetal en el mismo estado en que fue encontrado por la Policía. Y siendo así las cosas no es posible endilgar autoría al implicado en relación con unos hechos ocurridos antes de la recepción del taxi, de los cuales resulta completamente ajeno, en razón de que no se cuenta con prueba directa de su vinculación.

Finalmente el impugnante recuerda el contenido del artículo 303 del C. de P. P., y sostiene que el Tribunal separó los indicios "y los tomó separadamente como hechos indicadores para deducirle al procesado una presunta responsabilidad", con infracción de la norma citada.

Cuarto cargo:

El demandante acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial (art. 248 del C. de P. P.) por "haber omitido el Tribunal reconocerle al procesado el *in dubio pro reo*".

Afirma que la duda probatoria tiene respaldo en varias pruebas. La primera de ellas, el reconocimiento en fila de personas, pues los testigos resultaron incapaces de identificar, fuera de toda duda, al procesado como la persona que acudió a Facatativá en compañía de otros a contratar el servicio de transporte.

Ante la ausencia del reconocimiento por parte de los testigos y la afirmación del Tribunal de que sí lo hubo, surge la duda, circunstancia que fue ignorada por el Tribunal con manifiesto error de hecho.

El agente de la Policía Alain Bernal sostiene el reconocimiento de los hechos por parte del aprehendido, éste niega tal aceptación. Entre una y otra prueba y ante la carencia de otro medio de convicción que ratifique las aseveraciones del agente del orden, se presenta la duda que por mandato de la ley, deberá resolverse a favor del sentenciado.

Finaliza la demanda afirmando que ella se fundamenta en la violación indirecta de la ley sustancial por la presencia de evidentes errores de hecho y cita como normas vulneradas los artículos 247, 248, 305, 310, 292, 339, 384, 1º, 3º y 5º del C. de P. P. vigente al momento del juzgamiento y los preceptos 1, 6, 7, 324, 350 y 26 del C. P.

Para el censor "las normas sustanciales anteriormente citadas fueron aplicados por el Tribunal en la sentencia recurrida en forma indebida, en razón del *falso juicio de convicción* en que incurrió el Tribunal".

Solicita a la Corte casar la sentencia y dictar el fallo sustitutivo que corresponda.

IV. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

Primer cargo:

Teniendo en cuenta la fecha de vigencia de la legislación aplicable al caso (Decreto 050 de 1987), así como la de lo acontecido en el proceso, concluye que para el tema específico que se discute, la norma aplicable era la contenida en el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989 (que modificó el original art. 501 del Decreto 050 de 1987), pues ya había entrado en vigor al momento de proferirse la calificación del mérito del sumario (mayo 1º de 1991), y el auto de variación de la calificación se profirió el 23 de abril de 1991.

Con base en la redacción del citado artículo 32, señala que si bien es cierto que conforme al contenido del original artículo 501 del C. de P. P., la modificación de la calificación sólo procedía en aquellos casos en que surgiera en el debate probatorio del juicio o en la audiencia pública una prueba que hiciera variar la resolución acusatoria, también lo es que en la norma aplicable al caso, tal modificación estaba condicionada por esa circunstancia como por la no coincidencia de los hechos controvertidos en el sumario con la calificación dada a la investigación.

Con el fin de establecer si la situación concreta encuadraba en aquel otro evento previsto en la norma procesal, entra a revisar la resolución acusatoria emanada del Juzgado Instructor, observando que

el funcionario competente respetando los hechos que motivaron la actuación procesal, descubrió en ellos acciones distintas: La muerte de los señores Beltrán y Coy y el apoderamiento del automotor. Empero tales conductas las consideró como adecuadas a un tipo penal, el artículo 324 numeral 2 del C. P., en lo que denominó un delito complejo.

Los hechos del apoderamiento del automotor que posteriormente recibieron la calificación provisional de hurto, ciertamente habían sido debatidos en el sumario; el procesado tenía conocimiento de tal imputación y había recibido medida de aseguramiento por ellos, no eran nuevas imputaciones que dependieran de una prueba posterior a la calificación, luego no fueron hechos con los que se sorprendiera al incriminado.

Considera que el supuesto de hecho recogido en la norma a que hizo alusión el instructor en su calificación, no permitía recoger las circunstancias fácticas materia de evaluación, pues lo cierto es que a más de la muerte de los originales ocupantes del taxi, los acusados se habían apoderado del automotor desarrollando una acción penalmente relevante e independiente de la primera, con su propia estructura típica. Ello fue lo que motivó la variación de la calificación provisional, como se observa en lo dicho en su oportunidad por el Juzgado Doce Superior al revisar la actuación ante la petición de nulidad que hiciera el defensor, donde se apartó del criterio del instructor con sanos principios jurídicos y fundamentado en precisiones de la Corte respecto al delito, para concluir que la calificación no correspondía a los hechos controvertidos en el sumario, pues estos se hallaban recogidos e independientemente en dos descripciones típicas diferentes, determinándose así, la existencia de la condición establecida en la norma aplicable al caso en estudio.

Afirma que no es verdad que la resolución de acusación pueda encontrarse dentro del ámbito de la cosa juzgada, pues ésta tiene como efecto de su esencia la imposibilidad de variar lo decidido, al paso que en el evento estudiado es la propia ley —paradójicamente conocida por el demandante— la que autoriza la introducción de modificaciones a la decisión, previo el requerimiento de un trámite preciso que fue observado.

Sobre estas bases tan claras, estima que el cargo no debe ser admitido.

Segundo cargo:

Empieza por señalar que el demandante no tocó la presunta afectación que la anomalía a que se refiere en esta censura acarrea al proceso, ni la forma como la sentencia resultó viciada por ella, olvidando la naturaleza misma del recurso extraordinario dentro del cual se desenvuelve el cargo, haciendo afirmaciones que no corresponden a la realidad.

Observa que mucha importancia da el censor a la afirmación del juzgador de que la libertad no procedía porque la actividad de la defensa había entorpecido la celebración de la audiencia pública, y tal relevancia se conjuga con la aseveración de que el artículo 23 del Decreto 1861 de 1989 había sido declarado inexequible por la Corte desde 1990, sin fijarse el censor, que el artículo 439 del C. P. P., en su numeral 5 establecía una igual circunstancia para negar la libertad provisional.

Concluye que la razón legal de la negativa de excarcelación se hallaba plenamente vigente para el momento en que se produjo y la situación condicionante estaba también acreditada, pues la fecha de la audiencia se había señalado en auto de agosto 26 de 1991 y a partir de entonces, tanto defensor como procesado trataron de entorpecer su realización con la presentación de recursos y peticiones dilatorias, como fueron calificados por el juez de la causa.

Se apoya en un concepto anterior de la Delegada sobre este tópico, postura acogida por la Corte en sentencia de abril 3 de 1991, en el que se precisa que las irregularidades en el trámite de las libertades no permiten construir sobre ellas un ataque en casación salvo que se acredite su influencia en la sentencia impugnada.

Tercer cargo:

El Ministerio Público señala los siguientes defectos de técnica en la formulación de este reproche:

El libelista invoca la violación indirecta de la ley sustancial indicando como normas infringidas los artículos 7º, 26, 323, 324, 349 y 350 del C. P. que consagran el principio de la exclusión de analogía, el concurso de hechos punibles y los delitos de homicidio y hurto agravados, en su orden, pero el desarrollo posterior de la censura apunta a plantear la imposibilidad de predicar en el imputado la calidad penal de autor de los hechos, alegación que pone de presente que las normas sustanciales que han debido ser invocadas no eran precisamente las consagradas en los tipos mencionados, sino aquellas relativas a la autoría o participación.

No alcanza el casacionista a delimitar a través de su alegato, la clase de errores que considera cometidos por el fallo atacado, pues indistintamente afirma que las diligencias se realizaron en contraposición al rito previsto en la ley, o que de ellas no pueden desprenderse las conclusiones a las que llegó el Tribunal o a la tergiversación de sus contenidos, entremezclando de esta manera y en forma antitécnica errores de derecho con errores de hecho, y sus falsos juicios, sin la precisión que se exige a la demanda de casación.

Se refiere a cada una de las pruebas señaladas por el libelista así:

a) Diligencia de reconocimiento en fila de personas: La posición asumida en la demanda es antagónica, pues respecto a la misma prue-

ba se predica el cumplimiento de los requisitos legales para su evacuación y la infracción a las normas del rito, afirmaciones contrarias y excluyentes que impiden comprender el real motivo de la censura.

Lo que no comparte el casacionista es el poder de convicción que junto con otras pruebas otorgó el Tribunal a la susodicha diligencia. La expresión del libelista "no hubo reconocimiento" traduce que a su juicio resultó infructuosa porque los testigos no identificaron de manera ostensible al incriminado como uno de los autores de los hechos, posición que resulta contraria a la del Tribunal, para quien la misma prueba si bien no arrojó resultados contundentes, sirve para reforzar su convicción en cuanto a la autoría y responsabilidad del incriminado, pues tanto él como otro sujeto de similares características fueron señalados como las personas que acudieron a Facatativá a contratar el taxi.

Dice que pese a las vacilaciones de los testigos, lo cierto es que solo dos de los puestos en fila para el reconocimiento fueron señalados: "Uno de ellos el imputado, quien fue encontrado conduciendo el taxi robado y quien no dio explicaciones satisfactorias en las instancias con respecto a estos hechos". Las demás pruebas refuerzan esa aproximación que el Tribunal hizo al juicio de responsabilidad del acusado y le permitieron despejar las dudas que la misma diligencia que se estudia había planteado.

El libelista no se esfuerza por demostrar cómo el hecho de que la prueba se haya practicado después de más de cincuenta días pueda afectar su validez y se contenta con afirmar que es nula, "quizá pretendiendo significar con ello que no tiene fuerza de convicción alguna, con lo que se coloca en el campo de otra impropiedad en casación: Pretender que se valoren los medios de convicción de conformidad con una tabla rígida que establezca su poderío en el juicio del sentenciador, cuando el ordenamiento procesal tiene abolido el sistema de la tarifa legal probatoria".

El Tribunal, lejos de aceptar que tal diligencia hace surgir dudas en cuanto a la individualización del imputado, es enfático en sostener que comparte las apreciaciones del *a quo* en relación con el reconocimiento, pues ellos mismos señalaron precisamente a los individuos uno de los cuales era el inculpado. No dio a este reconocimiento valor de prueba indiscutible, como no podía hacerlo ante la falta de precisión de los testigos, mas sí encontró que el señalamiento, unido a otros medios de convicción, era suficiente para concluir la autoría de Vargas Graffe en los hechos a él imputados.

En la demanda se procura cambiar los criterios del Tribunal por los del recurrente en la valoración de las pruebas, esfuerzo vano en casación porque gozando el juzgador de amplia libertad para la estima

ción probatoria, no se puede encontrar en él yerro válido para la infirmación de sus conclusiones, mas que cuando traspasa los límites de la lógica y la razón, lo que no sucede en el caso bajo estudio.

b) La prueba testimonial: En relación con el contenido de la declaración del agente de Policía Buitrago Contreras, la Delegada señala que no se hace cargo alguno a la sentencia y en cuanto al interrogante sobre el por qué otros testigos no dieron la misma descripción del acusado, no sabe contestarlo. Cualquiera que sea la respuesta, el testimonio se mantendrá incólume puesto que ningún ataque se hace contra él ni contra apreciación que del mismo hizo el Tribunal.

Estima que el cargo hubiera quedado mejor formulado, si con fundamento en este testimonio se hubieran atacado las demás declaraciones juradas existentes en autos. No se hizo así, dejándose una censura planteada en el desierto.

Caso similar ocurre con el testimonio del agente Bernal Hernández, pues la circunstancia de que el informe rendido por éste a sus superiores no contiene todos los hechos que luego fueron relatados ante la instancia judicial, de por sí no constituye irregularidad alguna ni invalida una pieza probatoria.

Si el testimonio se cuestiona por ser en extremo sospechoso, con ello se afirma que no merecía la credibilidad que al mismo otorgó el sentenciador, pero no se denuncian los efectos que ello puede tener en la sentencia impugnada ni se menciona, cómo no puede hacerse por su inexistencia, qué norma procesal recomienda dar un determinado valor a los testimonios sospechosos, o cuál fue en verdad el yerro del juzgador.

A renglón seguido se afirma en la demanda que las manifestaciones del imputado sí son ajustadas a la verdad y que ha de tenerse como cierto el hecho de que los policiales le exigieron la suma de dos millones de pesos a cambio de su libertad, aserto que complementa con la cita de sonados casos recientemente ocurrido pero que no aportan nada a la denuncia concreta que hace el casacionista, en tanto que ninguna relación tienen con el hecho debatido.

c) Prueba indiciaria: Observa que el censor no citó las normas de autoría como infringidas con la sentencia y así, incluso en el caso de que tuviera razón, quedaría impróspera la censura por incompleta. Su aseveración no es más que un sofisma, porque en modo alguno puede existir la individualización de todos los agentes del hecho punible para determinar el grado de participación de uno de ellos, pues siendo la responsabilidad penal personalísima, su predicado no depende, en modo alguno, de que todos los autores del hecho sean sancionados, pero ni siquiera vinculados a la investigación.

La coautoría es un fenómeno derivado de la plural participación de sujetos en un hecho delictivo. Si las pruebas arrimadas al plenario

dan cuenta de ella, ha de aceptarse como verdad procesal aun cuando algunos de los partícipes hayan logrado evadir la acción de la justicia. En estos casos, lo procedente es continuar la investigación respecto de los partícipes no identificados, como se ordenó acertadamente en este evento, lo que de plano, descarta que el Tribunal haya radicado "la autoría en un solo responsable", como lo sostiene sin fundamento el libelista.

En cuanto al planteamiento de la demanda, relacionado con el indicio del móvil para delinquir, considera la Delegada que se encuentra fuera de foco, toda vez que la Corporación efectivamente habló, en la cita que recuerda el impugnante, que Vargas Graffe fue llevado a la comisión del delito de homicidio, mas no refiriéndose a la influencia que en su ánimo habían podido tener los demás autores del hecho, sino en clara indicación al impulso interno del procesado, su motivación para matar, que no fue otra, dice el Tribunal, que obtener el apoderamiento del automotor. Para ello no se necesita la individualización de los autores.

Agrega, que no se denuncia ningún yerro del sentenciador. Se esbozan algunos argumentos admisibles en alegatos de instancia, pero sin piso específico en sede de casación.

Es el propio censor quien señala que la confesión extrajudicial fue considerada como grave indicio de responsabilidad. Sin embargo, su análisis posterior se refiere a la norma que consagra la confesión procesal del acusado, para construir sobre ella presuntas falencias que quedan en el vacío puesto que gobiernan otro medio de convicción bien diverso al contemplado por el Tribunal.

En lo que respecta al reconocimiento en fila de personas, señala que nada nuevo a lo ya dicho aporta el casacionista, salvo decir que esta diligencia "no constituye ningún indicio grave ni necesario", sin explicar el por qué de tales aseveraciones, lo que releva a la Delegada de adentrarse en más consideraciones; simplemente anota que la diligencia de reconocimiento no es el indicio, sino uno de sus elementos integradores, que permite llegar a conclusiones como las aceptadas por el sentenciador.

Sobre la prueba indirecta de oportunidad para delinquir, señala que el libelista continuó con su método de hacer planteamientos genéricos que no permiten identificar los errores atribuidos al juzgador, no se demuestra de manera alguna la incidencia de la prueba en la sentencia ni se logra salir avante en el planteamiento, por su incompleta proposición.

La posesión del automotor por parte del acusado, es una prueba de que éste participó en el hurto del mismo, lo que no impide, que

también sirva de fundamento para obtener su participación en los homicidios, cuando por otros medios se sabe que estos fueron cometidos para lograr la sustracción del automóvil. El censor se quedó corto en su ataque.

El indicio de presencia tampoco fue atacado debidamente. La demanda no penetra en el análisis de la estructura del indicio para detectar en él posibles errores *in iudicando*, que se suponen son la base de la acusación contra la sentencia. Caso similar ocurrió con la crítica del indicio de las huellas materiales y evidencias físicas del delito.

Recordar en la conclusión del cargo, el contenido del artículo 303 del C. de P. P. que regula la unidad de indicios, en criterio del Delegado, nada aporta a la censura, que no había mencionado que la sentencia hubiera quebrantado dicha disposición ni permite concluir, de los argumentos esbozados, tal acusación.

Las evidentes fallas de técnica en este aparte de la demanda, merecen que el cargo sea desestimado.

Cuarto cargo:

Dice el Procurador, que de la manera como se enuncia el ataque, parecería indicar que se fundamenta en una violación directa de la ley sustancial. Empero en el desarrollo del cargo se hace alusión a algunas pruebas y se critica su valoración, lo que indica una infracción indirecta, siendo así la proposición confusa.

No acierta el casacionista en su argumentación, pues retoma la diligencia de reconocimiento, pero tal vez al advertir que el Tribunal no abrigó duda alguna, porque la despejó con la ayuda de otros medios de convicción, propuso el surgimiento de la duda ya no por el contenido de la diligencia misma, sino del enfrentamiento entre la "ausencia de reconocimiento" y la afirmación del Tribunal de que éste sí existió.

Con este vano intento, sólo logra contraponer su personal criterio a las valoraciones del juzgador, pero no penetra en el examen de la situación procesal para descubrir el por qué de la posición del Tribunal, su presunta errada interpretación de las pruebas y la incidencia del yerro en la sentencia.

Involucra la declaración del agente Bernal Hernández, a la que le resta toda credibilidad porque considera que ninguna prueba demuestra que el procesado le haya hecho confesión al citado agente, sin determinar el por qué de esta desvaloración y convirtiendo lo que antes fueran criterios de evaluación del testimonio (el testigo sospechoso, había dicho), en un claro fenómeno de duda probatoria que no encuentra respaldo alguno en la demanda.

Considera que el cargo tampoco puede prosperar.

V. Consideraciones de la Corte:

Primer cargo:

Como se dejó consignado en el resumen del libelo, la nulidad que plantea el censor radica en que el Juzgado Superior sin apoyo en prueba alguna que hiciera variar la situación, decidió modificar la resolución acusatoria extendiéndola al delito de hurto calificado y agravado.

Para dar respuesta se hace necesario precisar previamente cuál era la norma aplicable al caso que nos ocupa.

La codificación procesal bajo la cual se tramitó el presente proceso es el Decreto 050 de 1987, que entró en vigencia el 1º de julio del mismo año.

El Decreto 1861 de 1989, que introdujo algunas reformas al Código de Procedimiento Penal para entonces vigente, comenzó a regir a partir del 18 de agosto de 1989.

La calificación de mérito del sumario se profirió en la presente actuación el 1º de marzo de 1991 y quedó ejecutoriada el día 11 del mismo mes y año.

El auto de variación de la calificación se dictó el 23 de abril de 1991.

De la simple observación de las fechas relacionadas, se impone la conclusión ineludible de que la disposición aplicable al tema específico que se discute era la contenida en el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, que modificó el artículo 501 del Decreto 050 de 1987, pues ya había entrado en vigor tal disposición al momento de proferirse la calificación del mérito del sumario.

Lo anterior quiere decir, que no resulta atinado apoyar la censura en el original artículo 501 del Decreto 050 de 1987, como lo pretende el casacionista cuando afirma que: "La reforma la puede hacer el juez, sobre nuevas pruebas aportadas al proceso en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública", pasando por alto que el Decreto 1861 de 1989 había contemplado además la posibilidad anotada *"cuando la calificación provisional* o cualquier elemento estructurante del hecho imputado en la resolución de acusación, *no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario..."* (Subraya la Sala).

El juez instructor en la resolución de acusación consideró que la conducta se adecuaba a la descripción típica del artículo 324 del Código Penal, en sus numerales 2º y 7º. Al respecto dijo:

> "...conviene dejar en claro que en el caso de estudio nos encontramos frente a uno de los *delitos llamados...complejos.*

"A esta última conclusión ha llegado el despacho luego de estudiar las diligencias en forma pormenorizada de las que se colige que a Julio Aníbal Coy y José Bernardo Beltrán, se les causó la muerte luego de haber sido contratados desde el municipio de Facatativá el 23 de noviembre del año inmediatamente anterior por tres sujetos para que realizaran un expreso hasta esa municipalidad, sujetos estos que, a pocos kilómetros de su llegada a Cáqueza y sobre la vía que conduce a la ciudad de Villavicencio dispararon en repetidas oportunidades una pistola calibre 7.65 y luego abandonaron el lugar yéndose en el mismo automotor que fuera conducido por José Bernardo Beltrán y que afortunadamente fue recuperado por efectivos del orden público conforme dan cuenta los autos.

"Lo anterior permite concluir al despacho que el propósito de quienes abordaron el vehículo la noche de autos no era otro que el de apoderarse del automotor y para ello dieron muerte al conductor y su compañero".

El Juzgado Superior al revisar la actuación ante la petición de nulidad que hiciera el defensor, se apartó del criterio del instructor respecto del denominado delito complejo, concluyendo lo siguiente:

"Como bien lo señala la honorable Corte, a pesar que en el caso en estudio el móvil de los homicidios cometidos, de acuerdo con las pruebas allegadas, fue el hurto del automotor conducido por uno de los obitados, la materialización del apoderamiento de dicho vehículo configura por sí mismo otro delito independientemente del primero, hasta el punto de que si en un momento dado los coautores del homicidio hubieran desistido de tal sustracción, no responderían sino por el delito de homicidio agravado, situación que no sería posible si nos encontramos frente a un delito complejo como lo anotó el Juez 108".

Basta observar los anteriores pronunciamientos, para concluir que le asiste razón al Procurador Delegado, cuando hace anotar que tanto el juez instructor en la resolución de acusación, como el Juez Superior en la providencia que varió la calificación provisional, estudiaron unos mismos hechos: La muerte de dos personas y la sustracción de un automotor.

Para el primero estas conductas constituían equivocadamente un delito complejo, en tanto que para el segundo, respetando el núcleo central de acusación, pues no introdujo circunstancias de hecho nuevas, corrigió los errores del auto calificatorio al estimar acertadamente que las acciones cobraron vida independiente, constituyendo cada una un delito, debiéndose juzgar en concurso como se planteó en la oportunidad procesal pertinente.

La posibilidad de variar la calificación provisional "durante la etapa de juzgamiento y antes de que concluya la diligencia de la audiencia pública", consagrada en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, en los casos allí señalados, previo el trámite previsto en la citada disposición, el cual fue observado en el caso que nos ocupa, desvirtúa por sí sola la errada apreciación del libelista en el sentido de que la resolución de acusación se encuentra "dentro del ámbito de la cosa juzgada y por tal motivo tiene la misma fuerza vinculante de la sentencia".

Las anteriores consideraciones son suficientes para desestimar la censura.

Segundo cargo:

Faltando a la técnica que gobierna este recurso extraordinario, el libelista lanza afirmaciones que carecen de fundamento, sin preocuparse por demostrar la incidencia que en desmedro del derecho de defensa podría tener la situación que su alegato incluye, olvidando que en tratándose de la causal tercera de casación subsiste para el demandante la obligación de demostrar la razón de su dicho, y probar los hechos en que se basa, así como la decisiva influencia que pudo tener la falla procesal advertida en el desconocimiento de las garantías del condenado.

Afirmar simplemente que el procesado tenía derecho a la libertad provisional solicitada, porque la razón aducida por el Tribunal para negarla había desaparecido al haber sido declarado inexequible por la Corte el artículo 23 del Decreto 1861 de 1989, es una aseveración huérfana de consistencia que no consulta la realidad, pues no se percató el casacionista que el artículo 439, numeral 5 del Decreto 050 de 1987 recuperó la vigencia, y allí se establecía una igual circunstancia para negar la libertad provisional, al disponer que:

> "*No habrá lugar a libertad provisional* cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa y *cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuida al procesado o a su defensor*" (subraya fuera de texto).

Emerge claro entonces, que la censura de la demanda es inaceptable, toda vez que la razón de la negativa de excarcelación al momento en que se produjo estaba vigente y la situación condicionante se hallaba acreditada, pues en auto del 26 de agosto de 1991 se señaló fecha para la vista pública, que no pudo efectuarse porque tanto el defensor como el procesado trataron de entorpecerla con la presentación de recursos y peticiones dilatorias, como lo consideró el juez de la causa.

Como quedó visto, la censura carece de solidez por no corresponder con la realidad, pero aún en el evento de que hubiera existido una

irregularidad en el trámite de la libertad, ello tampoco sería posible atacarlo en casación, por cuanto no afectaría en manera alguna la sentencia definitiva, que podría proferirse con total independencia de la negativa de la libertad provisional al procesado.

Resulta imperativo declarar que el cargo no prosperará.

Tercer cargo:

Reiteradamente ha expresado la Corte que: "El demandante que alega violación indirecta está obligado a concretar si el error cometido por el fallador consistió en no tener en cuenta una prueba, o en haber apreciado una inexistente, o en tergiversar su contenido fáctico; o desde otro punto de vista, el haber valorado una prueba ilegalmente aducida al proceso, o haberle dado un valor mayor o menor del que la ley le tenga señalado. Estas alternativas no son una imposición de la Corte, sino de lógica, pues en la labor apreciativa de las pruebas ellas representan todas las posibles fallas que pueda cometer el juzgador" (Septiembre 29 de 1992, magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel).

La claridad en la presentación del error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencias se omite, como ocurre en el caso en estudio, la conclusión no puede ser otra que su desestimación.

La Sala se referirá a cada una de las pruebas mencionadas por el libelista.

1º *Diligencia de reconocimiento en fila de personas:*

En el ataque que el censor dirige a esta prueba, afirma enfáticamente que la violación de la ley sustancial se produjo "en forma *indirecta* a causa de manifiesto *error de hecho* en que incurrió el sentenciador de segundo grado". No obstante ello, su reproche está dirigido a cuestionar simultáneamente su validez (falso juicio de legalidad) y su valoración (falso juicio de convicción), modalidades del error de derecho que por ser contradictorias y excluyentes, impiden conocer el verdadero motivo de la censura.

El censor con evidente desatino empieza cuestionando abiertamente la valoración de la diligencia de reconocimiento por no haberse practicado a la mayor brevedad posible como lo ordena el artículo 368 del Decreto 2700 de 1991, incurriendo en notoria contradicción al afirmar y negar a la vez el cumplimiento de tal disposición, la cual entre otras cosas no había entrado a regir por la época de la diligencia que se llevó a efecto el día 4 de diciembre de 1990, sin siquiera intentar demostrar cómo la práctica del reconocimiento después de "cincuenta y cuatro' días" pudo afectar su validez.

Pero fuera de lo anterior, el casacionista se limita a afirmar que la diligencia es nula, ya que "legalmente no hubo reconocimiento", expresión que dentro del contexto de la demanda traduce que a su juicio resultó infructuosa porque los testigos no identificaron de manera inobjetable al incriminado, trasladando su inconformidad con las críticas que hace al campo de la valoración probatoria, haciendo aún más confusa su argumentación.

En definitiva, lo que el censor no comparte es el poder de convicción que junto con otras pruebas otorgó el Tribunal a la mencionada diligencia de reconocimiento que para el libelista "no hizo sino plantear el fenómeno de la duda" posición contraria a la mantenida por el fallador de segunda instancia, que es enfático en sostener que comparte el análisis probatorio realizado por el *a quo* que lo llevó a dar por demostrada en el grado de certeza, la presencia del procesado en la población de Facatativá y que si bien los testigos expresaron dudas en el reconocimiento, señalaron precisamente a dos individuos, con rasgos similares, uno de los cuales era el inculpado, y sin dar al reconocimiento un valor de prueba indiscutible por falta de precisión de los testigos, encontró que el señalamiento unido a otros medios de convicción, era suficiente para concluir la autoría de Vargas Graffe en los hechos imputados.

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 censor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación, máxime en este caso, cuando el libelista se dedica a tratar de imponer a toda costa la subjetividad de sus apreciaciones por encima del análisis efectuado por el Tribunal, cuyas reflexiones, entre otras cosas, no pueden desconocerse al examinar en forma ponderada y sensata y con una adecuada crítica probatoria, las realidades consignadas en el proceso.

2º *La prueba testimonial:*

Con respecto a la declaración emitida por el agente de Policía Gilberto Orlando Buitrago Contreras, el demandante se limita a resumir lo que el declarante dijo ante las autoridades judiciales, para luego preguntarse: "Por qué los testigos que intervinieron en el reconocimiento no dieron las características de Humberto Vargas Graffe, si ésta en realidad era o no, la misma persona capturada en Villavicencio...?".

Resultan atinadas las observaciones del Colaborador Fiscal, porque en realidad podrían ser muchas y variadas respuestas al interrogante del censor que sin embargo, no cabe contestar, pues cualquiera que sea la respuesta, el testimonio del agente se mantendría incólume, puestos que ningún ataque concreta contra él ni contra su apreciación por parte del Tribunal.

Las críticas elevadas por el recurrente al testimonio del otro agente de la Policía Bernal Hernández carecen en un todo de solidez y eficacia y están ausentes de todo rigor probatorio. En efecto, el hecho de que en el informe rendido por éste a sus superiores no se hayan precisado todos los hechos que luego fueron relatados en su ratificación, no permite concluir que el testigo es sospechoso por ocultar información a sus superiores, como lo afirma el censor, puesto que como bien lo señala el Tribunal en la sentencia, sería iluso pretender que se suministraran con lujo de detalles todos los pormenores de lo acontecido, pues para ello está la técnica de la investigación que permite obtener una declaración en la que el agente al ser sometido a un adecuado interrogatorio, poco a poco va sacando a flote todos los detalles que se le escaparon cuando elaboró el informe, como aconteció en el caso de autos, sin que ello pueda tomarse sin fundamento alguno como sospecha de parcialidad en el testigo.

El actor lo que hace es acudir a las manifestaciones del imputado, que él considera veraces, para tratar de demostrar que es cierto que los policiales le exigieron una suma de dos millones de pesos a cambio de su libertad, aserto que pretende reforzar con la cita de casos ocurridos que ninguna relación tienen con el hecho debatido, y que no pueden tenerse como base para afirmar la existencia de un actuar común y unánime de todos los integrantes de la institución policial.

En resumen, de lo que se duele el libelista es de la credibilidad que los juzgadores le otorgaron a los medios probatorios antes referidos, que para él no la merecen. Se trata, pues, simplemente de enfrentar su criterio personal al del juzgador, y cuando esto acontece, se tiene ya resuelto que prima el de este último por estar amparado de la doble presunción de acierto y legalidad que el demandante no pudo desvirtuar.

3º *La prueba indiciaria:*

Luego de referirse a las normas procesales que gobiernan la prueba indiciaria, afirma el libelista que no puede predicarse la coautoría del implicado, pues para ello es necesario identificar plenamente a todos los responsables del delito. Radica su censura inicial en que "concretada la responsabilidad en uno solo de los delincuentes, el fenómeno de la coautoría desaparece".

Este reproche que el libelista considera como "error de calificación en que incurrió el Tribunal sentenciador", resulta verdaderamente desatinado, pues como bien lo anota el Ministerio Público, por parte alguna citó en este cargo las normas de autoría como infringidas con la sentencia, y su aseveración no es más que un sofisma porque en modo alguno puede exigirse la individualización de todos los autores del hecho punible para determinar el grado de participación de uno de ellos, pues siendo la responsabilidad penal personalísima, su pre-

dicado depende de que todos los autores del hecho sean sancionados o siquiera vinculados a la investigación.

En el caso que nos ocupa, no es cierto que el Tribunal haya radicado "la autoría en un solo responsable", lo que ocurrió fue que ordenó acertadamente continuar la investigación respecto de los partícipes no identificados, sin que ello implique error de ninguna naturaleza.

De otro lado, el recurrente expone sus razones sin concretar si su desacuerdo se basa en deficientes apreciaciones del hecho indicador o en su inferencia lógica. Simplemente trata de desvirtuar uno a uno los indicios que dedujo el fallador, olvidando que la construcción del indicio parte de dos puntos: El primero, el hecho indicador, cuya existencia se revela a través de una prueba; el segundo la inferencia lógica mediante la cual se establece la especie, la relación y la fortaleza respecto al hecho indicado. Ha dicho la Sala reiteradamente que: "El ataque en casación, por tanto, ha de entenderse a través del error de hecho, por falso juicio de identidad" (sentencia de junio 15 de 1993).

El censor no concreta yerro alguno por parte del sentenciador, pues no afirma que hubiera incurrido en una suposición de prueba o en un equivocado proceso de inferencia, o en una tergiversación del medio probatorio que acredita el hecho indicador. Se dedica simplemente a cuestionar indicio por indicio, proponiendo respecto a cada uno su personal interpretación de los hechos olvidando su concordancia y convergencia no sólo entre sí sino con el resto del material probatorio, y en otros casos esboza argumentos desenfocados que nada demuestran.

En la crítica que hace el censor al indicio del móvil para delinquir, hace planteamientos inadmisibles, para decir que no es posible hablar de que su protegido fue inducido a la comisión de los delitos, interpretando que para el Tribunal, tal inducción provino de otros partícipes, lo cual no corresponde a la realidad, pues en la cita que recuerda el actor, si bien el sentenciador dijo que Vargas Graffe fue llevado a la comisión del doble homicidio, jamás se refirió a la influencia que en su ánimo habían podido tener los demás autores del hecho, sino que se refiere en forma expresa y clara al impulso y motivación del procesado para matar, que afirma "no puede haber sido otro más que el firme propósito de apoderarse del vehículo de servicio público", para lo cual es obvio que no se necesita la individualización de los autores.

En lo que se refiere a la confesión extrajudicial, basta leer la sentencia para observar que en parte alguna fue considerada como un grave indicio de responsabilidad, no obstante ello, es el propio censor quien así lo señala, y en su análisis posterior se refiere a la norma que consagra la confesión procesal del acusado, para construir sobre ella presuntas falencias que quedan en el vacío, puesto que go-

biernan otro medio de convicción bien diverso al contemplado por el Tribunal.

El censor se refiere al reconocimiento en fila de personas, para repetir lo dicho anteriormente, limitándose a agregar que esta diligencia "no constituye ningún indicio grave ni necesario", sin explicar la razón de tales aseveraciones, lo que impide a la Corte entrar en consideraciones de fondo. Al respecto cabe recordar lo anotado por el procurador, en el sentido de que la diligencia de reconocimiento no es un indicio, sino uno de sus elementos integradores, que permite llegar a conclusiones como las aceptadas por el sentenciador.

Sobre el indicio de oportunidad para delinquir, el libelista plantea argumentos genéricos, que no permiten identificar los yerros atribuidos al Tribunal. La posesión del vehículo inicialmente es prueba de la participación en el hurto del mismo, pero ello no impide que sirva como fundamento para sostener la participación en los homicidios, cuando por otros medios se sabe que estos fueron cometidos para lograr la sustracción del automotor.

En cuanto al indicio de presencia, el demandante anteponiendo su criterio al del Tribunal con respecto al reconocimiento y a la versión del procesado en cuanto que no acepta haber estado en la población donde se contrató el servicio del taxi, se limita a afirmar que el razonamiento del *ad quem* carece de respaldo probatorio, sin que de sus afirmaciones se pueda detectar error de hecho alguno en que haya podido incurrir.

Caso similar ocurre en la crítica que se hace al indicio de las huellas materiales y evidencias físicas del delito, pues el casacionista acude a afirmaciones generales carentes de demostración, y sin concretar cargo alguno que sirva de base para atacar la prueba indiciaria, simplemente concluye que el expediente no contiene prueba directa de la vinculación del procesado en la comisión de los hechos.

Con esta versión personal, convierte este reproche en un simple alegato de instancia lejano a los fines de la casación, que buscan corregir los errores de los falladores por no ajustarse a lo probado o a las normas pertinentes, y no por ser diferentes a las de sus impugnadores.

La improsperidad de la censura es manifiesta.

Cuarto cargo:

El otro reparo que el actor plantea dentro de la misma causal primera, está pleno de errores técnicos, veamos por qué:

La existencia de la duda, como muchas veces lo ha repetido la Sala, puede debatirse en casación por la vía de la violación indirecta, de-

mostrando el casacionista que una determinada prueba fue objeto de un error de hecho o de derecho. Luego del análisis correspondiente, ha de establecer que si no se hubieran presentado estos yerros, el juez necesariamente quedaría enfrentado a una duda insalvable, estando en la obligación de absolver, atendiendo el mandato legal.

Ningún razonamiento de este tenor realiza el impugnante, pues se limita a indicar la posible falencia enunciando que ataca la sentencia por *violación indirecta de la ley sustancial* a causa de manifiestos errores de *hecho* en que incurrió el Tribunal sentenciador, y posteriormente concluye que las normas sustanciales que cita, fueron aplicadas en la sentencia recurrida "en forma indebida, en razón del *falso juicio de convicción* en que incurrió el Tribunal".

La jurisprudencia de la Corte, claramente ha definido:

> "...que cuando la prueba es distorsionada en su significación objetiva, dándole a ésta un sentido que no tiene, se está en presencia de un error de hecho, por falso juicio de identidad. Mas cuando el error consiste en que a un medio probatorio se le da un valor diferente al señalado por la ley, el yerro que se presenta es de derecho, por falso juicio de convicción. Estas dos clases de error no pueden aducirse simultáneamente en un mismo cargo y en relación con una misma prueba, porque su naturaleza los hace incompatibles. Y en estas condiciones, ante el principio de limitación que rige este extraordinario recurso, la censura no puede ni siquiera responderse, porque en virtud del citado principio a la Corte le está vedado hacer una selección entre las dos clases de error aducidas, porque ello es de competencia exclusiva del demandante" (Sentencia de marzo 31 de 1993, magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz).

Ahora bien, si se entendiera que el actor en verdad plantea un error de hecho como lo enunció, la censura estaría condenada al fracaso, porque la distorsión del sentido objetivo de una prueba se debe demostrar cotejando lo que ella acredita con el alcance que le dio el juzgador, pero no puede deducirse de una contraposición del criterio personal del impugnante a las valoraciones del sentenciador, como lo hace el demandante. Y si lo que pretendió argumentar fue un error de derecho por falso juicio de convicción, consistente en que el Tribunal le dio al testimonio del agente Alain Bernal plena credibilidad, la censura también sería imprósperа, ante la facultad otorgada por la ley al fallador para apreciar el valor del testimonio a la luz de la sana crítica.

Se hace necesario agregar, de acuerdo con la Delegada, que el demandante no hace más que retomar la diligencia de reconocimiento para recordar las dificultades que los testigos tuvieron para identificar al procesado como uno de los partícipes en los hechos, pero tal vez

al advertir que el Tribunal no abrigó duda alguna ante dichas vacilaciones porque las despejó con otros medios de convicción, propuso la duda, no del contenido de la diligencia, sino del enfrentamiento entre la "ausencia de reconocimiento" y la afirmación del Tribunal de que sí existió, sin penetrar en el examen de la situación procesal para descubrir el por qué de la posición del Tribunal.

De otro lado acude a la afirmación de que "ninguna prueba demuestra que el procesado Vargas Graffe le haya hecho confesión al citado agente de la Policía", para tratar de demostrar que la versión del agente Bernal Hernández, no merecía la credibilidad que le otorgaron los juzgadores, sin explicar la razón de su dicho.

Se trata pues, simplemente de enfrentar su criterio personal al del fallador, olvidando nuevamente que el desquiciamiento de la sentencia sólo procede cuando se demuestra su contrariedad con el derecho y no con la visión particular del impugnante.

Tampoco prospera el cargo.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

SUSPENSION DE LA PENA

El artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, consagra igualmente como motivo de suspensión o aplazamiento de la detención o de la pena, "cuando el sindicado sufriere grave enfermedad", que se prueba no con los testimonios de personas que residen en el mismo lugar del procesado o condenado, pues ello sólo pueden hacerlo los médicos forenses a través de un dictamen y como consecuencia de una evaluación científica, para lo cual, se requiere la presencia del paciente.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 051.

Vistos:

Contra la providencia de fecha 14 de abril del corriente año, mediante la cual la Corte negó al doctor *Hernando Rosas Pulido* la suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena, su apoderado ha interpuesto el recurso de reposición a fin de que la decisión sea revocada y en su lugar se le otorgue el beneficio invocado.

La Secretaría de la Sala dio al recurso el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual se entra a tomar la determinación que corresponda.

El recurso:

Apoyado en la aclaración de voto del magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz, el recurrente afirma que: "El beneficio de suspensión de la libertad del condenado, que puede presentarse con posterioridad al pronunciamiento de la condena, tiene como única finalidad el que las personas que han llegado o sobrepasado la senectud o la tercera edad, señalada por la ley en 65 años como mínimo, puedan ser liberadas en el momento actual o en el futuro si se tiene en cuenta que el deterioro de la senectud opera hacia adelante y no para el ayer por lo

cual, pido, señor magistrado, conmiseración para con la persona de un anciano y no la garra rampante de la justicia".

"Además, la ley expresa que el beneficio suplicado es para aquellas personas que tuvieren 65 años o más, como en el caso presente ya que no sólo no se puede retroceder, dando esto razón de que la persona, de acuerdo con estudios siquiátricos y experiencias forences, senecentes no tiene fuerzas, reacciones o deseos para delinquir que lesionen a la sociedad, lo cual no los hace peligrosos y sí por el contrario cada día los hace más pasivos y merecedores a un trato de más consideración por parte de la sociedad y sus autoridades".

"En cambio, la privación de la libertad les agudiza su ya precaria situación, con lo cual no se obtendría beneficio alguno para la sociedad y en cambio sí (se remite a la aclaración de voto) podría llegar, y esto es lo más seguro, que se precipite su estado de salud y su deceso, con gravísimos perjuicios para el anciano, para su familia y para la sociedad, que estaría cobrando una insensata venganza".

Finalmente, para justificar el incumplimiento de su obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades, afirma que "...si ello llegó a ocurrir, quizá se debió a la alteración psíquica que debido a su edad ha venido padeciendo el condenado pues bien se conoce que personas menores de 65 años pueden padecer prematuramente de arterioesclerosis por falta de irrigación sanguínea del cerebro en razón de endurecimiento de las arterias lo cual los hace asumir conductas contradictorias que una persona normal le pueden llegar a parecer ofensivas e insoportables".

Solicita el recurrente como cuestión previa a la decisión, que se decreten los testimonios de Tulio Molina y Gustavo Puerto a través del Consulado de Colombia en la ciudad de Nueva York, respecto de la situación personal tanto síquica, como física y las condiciones económicas en que se halla su representado.

La Corte:

En la providencia impugnada se consignó que: "La suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena procede cuando el condenado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, pero la norma exige además para su procedibilidad, que su personalidad y la naturaleza y modalidades del hecho punible hagan aconsejable la medida". Entonces, resulta un imperativo para el funcionario judicial que deba atender solicitudes de tal naturaleza, una vez comprobado el elemento objetivo (65 años), verificar si la personalidad y la naturaleza y modalidades del hecho, se muestran acordes con la finalidad del instituto. Por ello, la Sala se remitió a la reciente evaluación que sobre tales factores realizara en la sentencia, pues ningún elemento de juicio se ha presentado con posterioridad a ella, que eventualmente pudiese modificar su criterio.

Admitir que el cumplimiento de los 65 años que tuvo en cuenta el legislador como mínimo para consagrar el aplazamiento o la suspensión de la ejecución de la pena, sin consideración a los demás requisitos de orden legal, sería tanto como autorizar a esta clase de personas para atropellar los derechos ciudadanos sin recibir la sanción pertinente.

La ancianidad que se predica del doctor Rosas Pulido, momentos después de su juzgamiento como motivo justificativo de su renuencia para comparecer ante sus jueces, en modo alguno puede ser aceptada por la Corte, ya que, de un momento a otro, no por el cumplimiento de su edad (65 años), sino por el proferimiento en su contra de una sentencia condenatoria sin beneficio de excarcelación, se sustrajo voluntariamente a su obligación de presentarse ante las autoridades consulares donde residía, situación que se muestra indicativa de una personalidad contraria al instituto y no como lo alega la defensa, como el resultado de una "alteración siquica" que actualmente dice padecer.

Olvida el libelista que el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, consagra igualmente como motivo de suspensión o aplazamiento de la detención o de la pena, "cuando el sindicado sufriere grave enfermedad", que se prueba no con los testimonios de personas que residen en el mismo lugar del procesado o condenado, pues ello sólo pueden hacerlo los médicos forenses a través de un dictamen y como consecuencia de una evaluación científica, para lo cual, se requiere la presencia del paciente. Entonces, las pruebas que demanda la defensa, no sólo resultan inconducentes por la razón ya dicha, sino que para decidirse el recurso interpuesto contra la providencia que le negó al condenado la suspensión de la ejecución de la pena, no existe término probatorio. La impugnación debe resolverse con fundamento en los elementos de juicio existentes en el plenario y no sobre hipótesis o pruebas que nada tienen que ver con lo realmente decidido. El provído recurrido, se refiere exclusivamente a la improcedencia del beneficio invocado por motivos distintos a los de la salud del procesado, luego la alegación en tal sentido se muestra impertinente.

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

Resuelve:

1º Denegar la práctica de las pruebas que demanda el recurrente, por las razones consignadas en precedencia.

2º NO REPONER su proveído de fecha 14 de abril del corriente año, mediante el cual se negó al condenado Hernando Rosas Pulido la suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez NO, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA /
JUEZ PENAL MUNICIPAL / FISCAL

No basta como lo afirmó el Consejo Superior de la Judicatura, que el proceso se encuentra en etapa de instrucción, para afirmar que los Juzgados Penales Municipales deben someterse funcionalmente a las jerarquías de la Fiscalía General de la Nación pues no es posible aplicar íntegramente el procedimiento penal actual a los trámites que adelantan los mencionados jueces, como tampoco es factible asimilarlos en forma rotunda a los fiscales, pues de ser así, la legislación transitoria no hubiera dispuesto que la segunda instancia de sus decisiones se cumpliera ante los Jueces Penales del Circuito. En esas condiciones aun cuando en la actualidad los Jueces Penales Municipales, cuando instruyen, cumplen la misma función que los fiscales, no por ello pueden tenerse simplemente como fiscales, porque no lo son, hasta el punto que ni siquiera hagan parte de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación. Conviene resaltar que el Consejo Superior de la Judicatura cita el artículo 19, numeral 5 y parágrafo transitorio de la Ley 81 de 1993 que atribuye a los fiscales delegados ante los Tribunales Superiores la función de "asignar el conocimiento de la instrucción cuando se presente conflicto entre fiscales delegados ante los Jueces del Circuito, Municipales y Promiscuos"; sin embargo no se entiende la razón por la cual se acude a ese precepto cuya atribución, en los dos últimos casos, aún no se puede ejercer porque tales cargos no han sido creados. Por otra parte el parágrafo transitorio de la preceptiva atrás citada dispone: "Así mismo, resolverá los conflictos que se presenten entre Juzgados Penales Municipales o Promiscuos con fiscales delegados ante los Jueces del Circuito" (Subraya la Sala). Para la Sala es nítida la razón que tuvo el legislador para darle carácter transitorio a la disposición que se acaba de transcribir, cual es la de que los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales dentro de poco tiempo dejaran de ejercer la función instructiva, lo que hacía necesario determinar la autoridad que decidiría los conflictos que en el entretanto surgieran entre dichos funcionarios y los fiscales delegados

ante los Juzgados del Circuito. / Un incidente de esta naturaleza, una vez propuesto, concluye cuando el funcionario colisionado, asume el conocimiento del asunto que se le remite y adelanta algún trámite; y si más adelante este último juez decide discutir nuevamente la competencia, es necesario que reinicie el incidente, asumiendo esta vez la posición de colisionante, de tal manera que le corresponde dirigirse al juez que considere competente poniéndole expresamente el conflicto e indicando las razones que sustentan su criterio. Por su parte el colisionado, si se niega a avocar el conocimiento del asunto, así anteriormente hubiera sido proponente de un incidente similar ya precluido, tiene el deber de responder tal postulación, dando las razones de su negativa, y luego sí enviar la actuación al superior que deba definir la colisión. Es de entender que el factor territorial de la competencia ha de ser determinado según se vayan cumpliendo en el proceso las situaciones que ella prevé y en el mismo orden que la disposición establece; esto es, que si sólo existe denuncia, éste será el elemento que definirá el juez que ha de conocer del asunto, pero si ya se ha proferido resolución de apertura de instrucción, entonces con el propósito, se habrá de tomar en cuenta el lugar en que se adoptó dicha decisión, lo que tiene razón de ser en el hecho de que resulta conveniente que prosiga conociendo del asunto aquel que ha logrado enterarse más profundamente de los hechos por haber practicado el mayor número de diligencias.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 052.

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre los Juzgados Segundo Penal Municipal de Iplales y Tercero Penal Municipal de Popayán, a propósito de la instrucción del proceso que se adelanta contra *Gabriel Carlosama Palta* por el delito de fraude mediante cheque.

Antecedentes:

A la cabeza de las diligencias se encuentra la denuncia que el 5 de marzo de 1992 y ante el Juzgado Penal Municipal (reparto) de

Popayán, formuló Miguel Angel León Vinueza, residente de Tulcán (Ecuador), contra Gabriel Carlosama Palta, porque los cheques números 6658802 y 6658803 de la cuenta corriente número 290-16431-8 del Banco Popular de Popayán, por valor de un millón de pesos cada uno, que éste le giró como pago de 136 bultos de cabuya, no le fueron cancelados por insuficiencia de fondos y orden de no pago.

Según el denunciante, la negociación se concertó en Tulcán el 15 de julio de 1991; de allí se trasladaron conjuntamente con Carlosama hasta Ipiales en donde éste recibió la cabuya, la cargó en un camión y entregó los dos títulos valores, uno a la fecha y otro para el 25 de ese mismo mes.

Basándose en el hecho de que los títulos valores impagados fueron "emitidos y transferidos" en Ipiales, a pesar de que en la fotocopia de ellos se advierte que no se inscribió el lugar de su emisión, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Popayán los remitió a los Juzgados Penales Municipales de Ipiales, con la advertencia de que "si el Despacho que le corresponda investigar este asunto, no está de acuerdo con nuestros planteamientos se le propone de una vez por todas la *colisión de competencia negativa*".

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales, al recibir el expediente, dispuso la práctica de diligencias preliminares; entre ellas escuchó en versión libre a Gabriel Carlosama, quien aseguró que la negociación se había efectuado en Popayán, ciudad a la que llegó el señor Miguel Angel León el 3 de junio de 1991, fecha en la cual cerraron el trato, motivo por el cual le dio dos cheques postdatados; que el 19 de junio, ante la manifestación del beneficiario de no haber podido negociarlos, le abonó seiscientos mil pesos en efectivo, según recibo que posteriormente adjuntó en fotocopia. Agregó que el vendedor se había comprometido a traer la cabuya a Popayán y como incumpliera su palabra, él se trasladó a Ipiales para recogerla, oportunidad en la cual le canceló en efectivo un millón seiscientos mil pesos, sin que hubiera conseguido que Miguel Angel León le expidiera recibo ni le devolviera los cheques, pues adujo que los tenía en Ibarra (Ecuador).

En una ampliación de la denuncia Miguel Angel León insistió en afirmar que los cheques le fueron entregados en Ipiales, en una cafetería, después de haber entregado la cabuya negociada.

El mismo Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales, por auto del 18 de agosto de 1993 ordenó abrir la investigación penal y mediante comisión cumplida por uno de los Juzgados Municipales de Popayán se escuchó en indagatoria a Gabriel Carlosama Palta, quien en términos generales insistió en su versión anterior.

Llegada la oportunidad para resolver la situación jurídica del indagado, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales consideró que carecía de competencia para instruir el proceso, pues en ese momento

no existía certeza del lugar en el cual se cometieron los hechos por cuanto el denunciante aseguró que acaecieron en Ipiales y el implicado, seguido de un testigo, manifestaron que en Popayán; y en vista de que la denuncia se formuló en Popayán, deduce que por aplicación del artículo 80 del C. de P. P., es al Juzgado Tercero Penal de esa ciudad a quien le corresponde conocer de este asunto. En consecuencia dispuso remitir la actuación a esa oficina anunciando colisión de competencia.

El citado Juzgado de Popayán devolvió la actuación para que su homólogo de Ipiales cumpliera el trámite propio de las colisiones, en vista de que fue él quien primero la propuso.

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales reiteró que había incertidumbre probatoria sobre el lugar en que ocurrieron los hechos y ello le sirvió de fundamento a la determinación de proponer el incidente. En consecuencia, invocando el artículo 256 de la Constitución Nacional y el 9º del Decreto 2652 de 1991, remitió el expediente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, entidad que en pronunciamiento del 18 de noviembre pasado decidió abstenerse de resolver el conflicto por considerar que la competencia para esos efectos está radicada en la Fiscalía General de la Nación.

La conclusión del Consejo Superior de la Judicatura está respaldada en el hecho de que la actuación procesal se encuentra en etapa instructiva y si bien quienes conocen de ella son Jueces Penales Municipales, por virtud del artículo 14 transitorio del C. de P. P., temporalmente se encuentran ejerciendo la función de fiscales. Adicionalmente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria expresó que el numeral 5 y su parágrafo transitorio, del artículo 19 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 125 del Código de Procedimiento Penal "hicieron claridad acerca del funcionario con facultad para dirimir conflictos entre los fiscales delegados ante los Jueces del Circuito, Municipales y Promiscuos, y los surgidos entre Juzgados Penales Municipales o promiscuos con fiscales delegados ante los Jueces de Circuito, asignándola a los fiscales delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Empero, ha de entenderse que tal facultad se extiende a jueces y fiscales del respectivo Distrito Judicial".

El Fiscal General de la Nación también se abstuvo de decidir el conflicto de competencia y con ese fin lo remitió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en una decisión que esta Corporación adoptó el 23 de junio de 1993.

La Sala considera:

En orden a dar claridad con respecto a la facultad que ostenta esta Sala de la Corte para dirimir un conflicto de competencia, como el que motiva este pronunciamiento, entre dos Juzgados Penales Mu-

nicipales de distintos Distritos Judiciales, cuando el proceso se encuentra en etapa instructiva, es necesario recordar la determinación citada por la Fiscalía General de la Nación, que dilucida perfectamente este punto. En ella se afirma:

> "Es competente la Corte para dirimir el conflicto negativo planteado, pues si bien ha dicho ya en ocasiones precedentes sobre la atribución que le confiere el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal que la referencia a los Tribunales o Juzgados que allí se hace se concreta a los conflictos surgidos en la etapa de juzgamiento, dado que la solución de los mismos para la etapa instructiva se le reserva a la Fiscalía General de la Nación —arts. 123, 124 y 124 *ibidem* y 22-6 del Decreto 2699 de 1991—, es claro que por vía de excepción y según mandato expreso de la Carta Política —art. 27 transitorio— la intervención de la Fiscalía ha quedado diferida en el tiempo para el caso de los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales, que entre tanto continúan con el adelantamiento unificado de sumario y juicio en los asuntos de su competencia.
>
> "Guardando este mismo orden de ideas, el artículo 14 transitorio del Código de Procedimiento Penal exceptuó la aplicación íntegra de sus disposiciones hasta la creación de las respectivas Unidades de Fiscalía, previendo que los Juzgados Municipales proseguirían con la investigación, calificación y juzgamiento de los delitos de su competencia, al punto de asignarle la segunda instancia y para cualquier etapa procesal a los Jueces Penales del Circuito, sustrayendo de nuevo la intervención de la Fiscalía para la adopción de decisiones.
>
> "Entendido de este modo que por excepción de rango constitucional el principio del artículo 250 superior se margina transitoriamente a nivel de los Juzgados Municipales, y con él la dirección del Fiscal General en esta clase de procesos, no otra conclusión adviene dentro de la sistemática de la Codificación de Procedimiento Penal que la competencia de la Corte, también por vía exceptiva y transitoria para dirimir los conflictos de competencia surgidos entre Juzgados Municipales pertenecientes a diferentes Distritos Judiciales, dado que las actividades de instrucción y causa continúan entendidas como una unidad, y dentro de los criterios de estructuración jerárquica que le es propia de los Juzgados" (Auto, junio 23 de 1993, magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda).

Bajo los parámetros expuestos, no basta, como lo afirmó el Consejo Superior de la Judicatura, que el proceso se encuentre en etapa de instrucción, para afirmar que los Juzgados Penales Municipales

deben someterse funcionalmente a las jerarquías de la Fiscalía General de la Nación, pues como se expuso en el proveído citado, no es posible aplicar íntegramente el procedimiento penal actual a los trámites que adelantan los mencionados jueces, como tampoco es factible asimilarlos en forma rotunda a los fiscales, pues de ser así, la legislación transitoria no hubiera dispuesto que la segunda instancia de sus decisiones se cumpliera ante los Jueces Penales del Circuito.

En esas condiciones aun cuando en la actualidad los Jueces Penales Municipales, cuando instruyen, cumplen la misma función que los fiscales, no por ello pueden tenerse simplemente como fiscales, porque no lo son, hasta el punto que ni siquiera hacen parte de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, conviene resaltar que el Consejo Superior de la Judicatura cita el artículo 19, numeral 5 y parágrafo transitorio de la Ley 81 de 1993 que atribuye a los fiscales delegados ante los Tribunales Superiores la función de "asignar el conocimiento de la instrucción cuando se presente conflicto entre los fiscales delegados ante los Jueces del Circuito, Municipales y Promiscuos"; sin embargo no se entiende la razón por la cual se acude a ese precepto cuya atribución, en los dos últimos casos, aún no se puede ejercer porque tales cargos no han sido creados, y que no es aplicable al conflicto que ahora se trata de resolver.

Por otra parte el parágrafo transitorio de la preceptiva atrás citada dispone: "Así mismo, resolverá los conflictos que se presenten entre Juzgados Penales Municipales o Promiscuos *con fiscales delegados ante los Jueces del Circuito*" (subraya la Sala).

Para la Sala es nítida la razón que tuvo el legislador para darle carácter transitorio a la disposición que se acaba de transcribir, cual es la de que los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales dentro de poco tiempo dejarán de ejercer la función instructiva, lo que hacía necesario determinar la autoridad que decidiría los conflictos que en el entretanto surgieran entre dichos funcionarios y los fiscales delegados ante los Juzgados de Circuito, pero como no es esa la situación que surgió en este proceso, mal puede ser invocada, porque su aplicación no tiene cabida.

Clarificada la potestad que temporalmente y por excepción tiene la Sala para dirimir el conflicto entre Jueces Penales Municipales que adelantan una investigación, y antes de abordar el estudio de la discusión sobre la competencia, conviene recordarle al señor Juez Tercero Penal Municipal de Popayán, que un incidente de esta naturaleza, una vez propuesto, concluye cuando el funcionario colisionado asume el conocimiento del asunto que se le remite y adelanta algún trámite; y si más adelante este último juez decide discutir nuevamente la competencia, es necesario que reinicie el incidente, asumiendo esta vez la posición de colisionante, de tal manera que le corresponde dirigirse

al juez que considere competente proponiéndole expresamente el conflicto e indicando las razones que sustentan su criterio. Por su parte, el colisionado, si se niega a avocar el conocimiento del asunto, así anteriormente hubiera sido proponente de un incidente similar ya precluído, tiene el deber de responder tal postulación, dando las razones de su negativa, y luego sí enviar la actuación al superior que deba definir la colisión.

En este caso, la primera proposición de conflicto la planteó el Juez Tercero Penal Municipal de Popayán, pero el incidente así iniciado no llegó a trabarse por cuanto el Juez Segundo Penal Municipal de Ipiales resolvió practicar diligencias previas, abrir la investigación, e incluso escuchó al procesado en indagatoria; y cuando estimó que no era el competente para investigar este asunto, inició un nuevo incidente en la forma procesalmente establecida, pues se dirigió al Juez de Popayán a quien consideró competente, expresándole los motivos de su determinación.

En esas condiciones, al Juez Tercero Penal Municipal de Popayán, en lugar de reprocharle a su colega el incumplimiento del trámite propio de las colisiones de competencia ha debido responderle los argumentos con los cuales lo señalaba como competente y, entonces sí, enviar la actuación al superior.

En esas condiciones es al Juez Tercero Penal Municipal de Popayán a quien se puede atribuir la inobservancia de las formalidades de un incidente de esta naturaleza y que bien hubieran dado pie a que la Sala se abstuviera de decidir el incidente; no obstante en aras de la economía procesal y del principio rector contemplado en el artículo 9º del C. de P. P. que impone la efectividad del procedimiento por encima de los aspectos adjetivos, se habrá de dirimir el conflicto.

Ahora, entrando en materia, téngase presente que los instructores al unísono rechazan la competencia para conocer del delito de emisión y transferencia ilegal de cheques que Miguel Angel León Vinueza atribuye a Gabriel Carlosama Palta por no haberse podido definir aún el sitio en que la conducta se realizó, pues el denunciante asegura que los cheques fueron elaborados y se le entregaron en Ipiales, en tanto que el procesado insiste, apoyado por un testigo, que ello ocurrió en la ciudad de Popayán.

Es de resaltar que el Juez Tercero Penal Municipal de Popayán, desde su auto del 11 de marzo de 1992, aseguró que los cheques habían sido emitidos y transferidos en Ipiales; pero este aspecto es discutible, como ya se hizo evidente, por las manifestaciones encontradas de denunciante y procesado y, además, porque en los títulos valores (allegados en fotocopia) no se inscribió la ciudad de su expedición. Luego, no existen elementos de convicción que permitan afirmar con toda certeza que en ese municipio se ejecutó el comportamiento investigado.

En estas condiciones, como lo expresó el Juez Segundo Penal Municipal de Ipiales, es indispensable aplicar el artículo 80 del estatuto procesal, por cuanto se ha dado una de las situaciones allí descritas, cual es la incertidumbre del sitio en que se cometió el hecho denunciado.

Ahora bien, adviértase que en este caso, la actuación cuenta con las dos circunstancias que el legislador tomó de base para atribuir la competencia territorial, y cada una se realizó en ciudad distinta. Es así como la denuncia se formuló en Popayán y la resolución de apertura de la instrucción se profirió en Ipiales, lo que permitiría pensar que subsiste la indefinición. Sin embargo, tal como está redactada la norma, es de entender que el factor territorial de la competencia ha de ser determinado según se vayan cumpliendo en el proceso las situaciones que ella prevé y en el mismo orden que la disposición establece; esto es, que si sólo existe denuncia, éste será el elemento que definirá el juez que ha de conocer del asunto, pero si ya se ha proferido resolución de apertura de la instrucción, entonces con el mismo propósito, se habrá de tomar en cuenta el lugar en que se adoptó dicha decisión, lo que tiene razón de ser en el hecho de que resulta conveniente que prosiga conociendo del asunto aquel funcionario que ha logrado enterarse más profundamente de los hechos por haber practicado el mayor número de diligencias.

De esta manera, como en este proceso no sólo existe la denuncia, sino que también se abrió la investigación, es este último evento el que finalmente orientará la definición del incidente.

Así las cosas, habida cuenta de que en este asunto la instrucción se abrió en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales, a este Despacho se asignará el conocimiento de estas diligencias, en tanto no se modifiquen las bases que sirven de sustento a esta conclusión.

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

Resuelve:

ASIGNAR al Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales la competencia para conocer del proceso que por el delito de emisión y transferencia ilegal de cheques se adelanta contra Gabriel Carlosama Palta.

REMITASE el expediente al despacho judicial anteriormente mencionado.

COMUNIQUESE esta determinación al Juzgado Tercero Penal Municipal de Popayán, enviándole copia de este proveído.

Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL

No es desconocido que las causales de impedimento han sido normativamente creadas para evitar que las actuaciones y decisiones judiciales dejen de estar inspiradas por razones de imparcialidad, dando por ello vida a situaciones que obligan al funcionario a desprenderse del proceso, o a que los sujetos procesales promueven su remoción si por parte de aquél no hubiere espontánea manifestación, pues los impedimentos al hallarse ligados al interés general y ser de orden público, operan de jure. / Con la puesta en vigor de la Constitución que hoy nos rige y con ella la creación del sistema penal con tendencia acusatorio, se entregó el monopolio de la investigación de los delitos y la acusación de sus autores o partícipes a la Fiscalía creándose delimitación con la función juzgadora que quedó a cargo de los jueces, y como era apenas lógico nuevas formas de inhabilitación para los funcionarios hubieron de ser creadas para armonizar con el novedoso sistema. / El numeral 6º del artículo 103 del Decreto 2700 de 1991 creó cierta confusión sobre el particular, pues al enunciar como causal de impedimento que el funcionario "...hubiere participado dentro del proceso..." sugería que la más simple intervención procesal daba pie para que en etapa procesal posterior protestara su conocimiento. / Sin embargo, al expedirse la Ley 81 de 1993 tal situación sufrió marcada modificación, pues se introdujo el numeral 11 del artículo 103 que precisa en qué carácter debía actuar el juez para que se diera la inhabilitación, así: "Que el juez haya actuado como fiscal...". / La simple práctica de diligencias no es función exclusiva y excluyente de la Fiscalía, pues en la etapa de juzgamiento el juez legalmente está facultado para recepcionar pruebas y no por ello queda desvertebrada su función ni alterado su buen juicio.

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 050, mayo 5 de 1994.

Vistos:

De plano decide la Corte el impedimento propuesto por el magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, doctor *Alvaro Moreno Perilla*, y no aceptado por sus compañeros de Sala.

Antecedentes inmediatos:

En providencia fechada el 31 de mayo de 1991, el Juzgado 80 Penal Municipal de esta ciudad, al resolver la solicitud de *habeas corpus* formulada en representación de Oscar Manuel Castañeda Pérez, Jorge Giovanny Rodríguez Forero, Mauricio Rodríguez García y Fernando Morales Flórez, personas que se hallaban en estado de captura a órdenes en principio del Juzgado 87 de Instrucción Criminal y por incapacidad médica de su titular luego a disposición del Juzgado 27 de Instrucción Criminal Ambulante, declaró la procedencia de la acción pública y tras ordenar la libertad de aquellos dispuso, como correspondía, expedir copias para que se investigara la prolongación ilícita de la libertad, en que pudieron haber incurrido los titulares de los Despachos Judiciales.

Por reparto correspondieron las copias en mención al magistrado doctor Alvaro Moreno Perilla, quien comisionó a un Juez Superior de esta ciudad no sólo para la práctica de diligencias previas (fl. 37), sino luego cuando dispuso la apertura de la investigación (fl. 72), hasta que entró en vigencia el Decreto 2700 de noviembre de 1991 (C. P. P.) que resolvió remitir por competencia la actuación a los fiscales delegados ante el Tribunal Superior, en donde se resolvió la situación jurídica de los sindicados (fl. 181) y más tarde se profirió en contra del doctor Jairo Aponte Vidarte (Juez 27 de Instrucción Criminal Ambulante) resolución de acusación por prolongación ilícita de privación de la libertad, y se precluyó en favor de la doctora Cecilia Imelda Villamil (Juez 87 Inscriminal), decisión que cobró ejecutoria.

Llegado el proceso al Despacho del mismo magistrados para el adelantamiento del juicio, estimó que con relación a él era predicable la causal de impedimento consagrada en el artículo 103-11 del C. de P. P., pues si bien confesaba que no conoció en principio del proceso como "fiscal", sí había intervenido en la instrucción del mismo, función que es excluyentemente asignada por la actual Constitución y la ley a la Fiscalía, y que lo obliga a "...separarse del juzgamiento del caso, en aras de los principios de independencia y autonomía mental, que resguardan y garantizan en forma absoluta el principio de imparcialidad del fallador, fundamento de la separación que la Carta Política consagró entre la función de instrucción y la función de juzgamiento, una de las características fundamentales del sistema acusatorio...".

Los colegas de Sala del doctor Moreno Perilla, con apoyo en reiteradas decisiones mayoritarias de la Corte al respecto, y abonando de

su propia cosecha que "...la causal que plantea el miembro de esta Sala no excluye su situación porque el numeral en cita no tiene el alcance que él pretende..." deciden declarar infundado el impedimento manifestado.

Consideraciones de la Corte:

No es desconocido que las causales de impedimento han sido normativamente creadas para evitar que las actuaciones y decisiones judiciales dejen de estar inspiradas por razones de imparcialidad, dando por ello vida a situaciones que obligan al funcionario a desprenderse del proceso, o a que los sujetos procesales promuevan su remoción si por parte de aquél no hubiere espontánea manifestación, pues los impedimentos al hallarse ligados al interés general y ser de orden público, operan de jure.

Con la puesta en vigor de la Constitución que hoy nos rige y con ella la creación del sistema penal con tendencia acusatorio, se entregó el monopolio de la investigación de los delitos y la acusación de sus autores o partícipes a la Fiscalía, creándose delimitación con la función juzgadora que quedó a cargo de los jueces, y como era apenas lógico nuevas formas de inhabilitación para los funcionarios hubieron de ser creadas para armonizar con el novedoso sistema.

El numeral 6º del artículo 103 del Decreto 2700 de 1991 creó cierta confusión sobre el particular, pues al enunciar como causal de impedimento que el funcionario "...hubiere participado dentro del proceso..." sugería que la más simple intervención procesal, como la aquí alegada, daba pie para que en etapa procesal posterior protestara su conocimiento.

Sin embargo, al expedirse la Ley 81 de 1993 tal situación sufrió marcada modificación, pues se introdujo el numeral 11 al artículo 103 que precisa en qué carácter debía actuar el juez para que se diera la inhabilitación, así:

"11. Que el juez haya actuado como fiscal...".

Esta mudanza normativa llevó al magistrado de la Corte Suprema doctor Juan Manuel Torres Fresneda, quien venía sosteniendo la posición contraria a la de la Sala mayoritaria, a aclara su voto, manifestando:

> "...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 exclu-

siva 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 en la interpretación de las normas procesales frente a la Carta Política..." (Radicación número 9107. Fraude procesal).

Por manera que la manifestación de impedimento del magistrado Moreno Perilla es jurídicamente insostenible, no sólo porque en este proceso nunca ha asumido el carácter de fiscal, en cuyo cargo debía haber realizado la actuación procedente, sino porque el tangencial contacto que tuvo con el proceso, en el que apenas se limitó a delegar la práctica de algunas pruebas, no permite suponer que dejó adelantado algún concepto o criterio que en su labor juzgadora lo extravíe del camino de la equidad y la justicia.

Ahora, la simple práctica de diligencias no es función exclusiva y excluyente de la Fiscalía, pues en la etapa del juzgamiento el juez legalmente está facultado para recepcionar pruebas y no por ello queda desvertebrada su función ni alterado su buen juicio.

Finalmente, la Corte ha dicho que "...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..." (Magistrado sustanciador doctor Dídimo Páez Velandia, auto de febrero 8 de 1994, Radicación 9107).

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

Resuelve:

DIRIMIR el incidente de impedimento propuesto por el doctor Alvaro Moreno Perilla, magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D. C., en el sentido de que no le 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, Jorge Enrique Valencia Martínez*, salvo mi voto.

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO)

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, pues una y otra tienden a evitar que la imparcialidad de las decisiones se vea afectada.

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 de 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 és 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 griegas y romanas, 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 impedimento 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 sólo 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 den-

tro 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 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 Tribunales, discutido con ellos sobre la orientación que debía darse al caso, así como asesosarles 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 del 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 puniendie*.

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 el magistrado del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al conocer el proceso en la etapa de indagación preliminar como en la sumarial, no se encuentra impedido para integrar la Sala de decisión 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 el mismo funcionario asevera que "el suscrito actuó como funcionario instructor no sólo respecto de la investigación previa, sino que dispuso la apertura de la investigación penal, la práctica de pruebas y por supuesto, la vinculación del funcionario, lo que indudablemente me exigió para entonces una evaluación de la situación, la cual así fuese provisional, no impide que en la mente del suscrito exista un conocimiento previo de los hechos ni que exista el recuerdo de ese momento evaluativo, y por ello, que pueda afirmar una total y absoluta independencia de juicio mental de mi parte, frente al momento procesal que se vive, a la exigencia constitucional de separación de funciones entre instrucción y juzgamiento y a las garantías que deban tener las partes, el acusado mismo y como lo plasmó el honorable magistrado Juan Manuel Torres Fresneda, '...así se trate como es de esperarse, de funcionarios ecuánimes, justos, de amplio criterio y recia personalidad, no puede olvidarse, según lo ha repetido recientemente esa 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 de derecho de la comunidad el de poder confiar sin reticencias en los administradores de justicia'" (salvamento de voto citado).

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 / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO)

La Ley 81 de 1993 introdujo nuevas causales de impedimento, entre ellas, la contemplada en el numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P. Sigo creyendo en la bondad de las causales pergeñadas en el numeral 6 y ahora en el numeral 11 de la disposición antes citada, cuya exégesis no permite a los magistrados y jueces intervenir en la etapa de juzgamiento cuando previamente han participado en la investigación o acusarión, o cuando hayan actuado como fiscales.

La Ley 81 de 1993 introdujo nuevas causales de impedimento, entre ellas, la contemplada en el numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P. Sigo creyendo en la bondad de las causales pergeñadas en el numeral 6? y ahora en el 11 de la disposición antes citada, cuya exégesis no permite a los magistrados y jueces intervenir en la etapa de juzgamiento cuando previamente han participado en la investigación o acusación, o cuando hayan actuado como fiscales. 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 pretensión formal de acusación, comportan las mejores garantías de neutralidad e imparcialidad para el propio imputado".

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra.*

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / IRREGULARIDAD / PENA / NULIDAD

1. Las falencias del juzgador que den ocasión a la nulidad de la actuación y no hubiesen sido decretadas en las instancias se les otorgó una vía para alegarlas y remediarlas: La causal tercera de casación. Con ello le proporcionó a los sujetos procesales una inmejorable oportunidad pero subordinada —como es apenas obvio— a los requisitos formales de este recurso especialísimo. Presentación adecuada de la demanda, es la primera exigencia. Debe comenzarse, entonces, con la plena identificación no sólo de quienes participaron en el debate procesal sino también del objeto de la inconformidad, esto es, de la sentencia de segunda instancia materia del recurso extraordinario. Luego el compendio de los hechos que sirvieron de sustrato al plenario y la sinopsis del devenir procesal, poniendo especial énfasis en la materia propia del debate que pretende adelantar. Posteriormente, el censor ha de exponer con precisión la causal que aduce, señalando el motivo y el sentido, desarrollando la argumentación con base en el enunciado propuesto y la trascendencia del yerro en perjuicio del recurrente, lo que mostrará con rigor el agravio sufrido. Después de indicar las normas que fueron infringidas, el escrito debe finalizar señalando, en forma clara y precisa, la manera como ha de remediarse el entuerto. Estos presupuestos formales deben cumplirlos todas las causales sin excepción. De permitirse que la causal tercera quede relevada de este compromiso, implicaría desdibujar su carácter, transformándola en una especie de tercera instancia, ya que simplemente le bastaría al actor deducir su existencia, dejándole a la Corte la tarea de revisar el expediente, usurpando las funciones de la segunda instancia, en busca de las posibles irregularidades que afectaron el proceso. Distinto es el caso si al examinar la impugnación y dentro de la vía trazada por el casacionista, la Sala advierte a su paso la presencia de una nulidad. Es su obligación, como administrador de justicia, reparar el agravio surgido a su conocimiento dentro de los lindes de su competencia. 2. Cuando

existía la tarifa legal para algunos medios de prueba, resultaba explicable intentar esta vía. Bastaba con hacer la respectiva comparación entre lo estipulado en la ley y lo otorgado por el sentenciador. Del cotejo resultaba el desiace y, por ende, la corrección a que hubiere lugar. La eliminación de este justiprecio normativo, dejando en manos del juez la evaluación consiguiente dentro de los linderos que marcan las reglas de la sana crítica, convirtió en inidónea esta vía para intentar dicho cuestionamiento. En sede de casación, se busca remediar el entuerto resultante de una contradicción flagrante entre la decisión judicial y la normatividad y no la imposición de los particulares puntos de vista consignados en la demanda. El tema de la dosimetría penal se puede alegar tanto por la vía directa como por la indirecta. Si la materia del yerro se refiere a los criterios señalados por el legislador para determinar la sanción (art. 61), la vía para el planteo es la inicial. Pero, si fue la prueba misma, por un error de hecho o de derecho, la que llevó a fijar erróneamente la pena, debe optarse por el segundo motivo.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*
Aprobado Acta número 42, de abril 21 de 1994.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Hipólito Bravo Archila* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Setenta y Uno (71) Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable junto con *José Edilberto González Morales* de los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, sancionándolos a purgar las penas principales de cuatro años de prisión, multa de ocho mil pesos ($ 8.000.00) y suspensión en el ejercicio de la profesión de conductores por tres (3) años, más la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas también por el lapso de cuatro años. En razón de no cumplir los requisitos de ley se les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

El *a quo* los sintetizó con propiedad en los siguientes términos:

"Tuvieron ocurrencia en la Autopista Norte, kilómetro

15, vía Bogotá - La Calera, el día once (11) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), aproximadamente a las 3:00 de la tarde, cuando colisionaron los vehículos: Furgón Dodge 300, color perla, de placas FB-7774 conducido por José Edilberto González Morales, y el bus de servicio particular, Ford, color verde y amarillo de placas NF-0367 conducido por Hipólito Bravo Archila, de cuyo impacto se produjo la conflagración de los citados vehículos, quedando calcinados los cuerpos de Julio Abraham Pérez Barrera y Raimundo Castañeda Mendivelso, y con heridas de consideración un número aproximado de veinte pasajeros del bus, por quemaduras sufridas en sus cuerpos.

"Se tiene que el furgón transitaba por la Autopista Norte con destino a la ciudad de Tunja, cuando al llegar a la entrada que conduce a las instalaciones del Club Deportivo Los Millonarios, se presentó atravesando la autopista, un bus de servicio particular con trabajadores de la empresa comercial Flores de la Sabana, produciéndose el impacto con la parte delantera izquierda del furgón y hacia la mitad, lado derecho, de la carrocería del bus, el cual se desplazaba en sentido occidente - oriente. Por los anteriores hechos fueron vinculados los conductores de los citados automotores mediante diligencia de indagatoria (fls. 16 y 17, cuaderno número 2 del Juzgado)".

Sinopsis procesal:

La Delegada hizo el compendio del devenir procesal con estas palabras:

"Definida con medida de aseguramiento de detención preventiva la situación jurídica de los indagados y perfeccionada la investigación con abundante prueba de diversa índole, el funcionario instructor calificó el mérito sumarial profiriendo resolución acusatoria por el delito de homicidio en Julio Abraham Pérez Barrera y Raimundo Castañeda Mendivelso, además, lesiones personales en Agueda Gómez de Suárez, Cecilia Vargas de Capacho, Rosa Elvira Vela de Ayala y Flor Alba Herrera.

"Ejecutoriada la acusación, correspondió adelantar el juicio al Juzgado Setenta y Uno Penal del Circuito de la ciudad de Santafé de Bogotá, Despacho que en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la Carta Política ordenó celebrar la audiencia pública sin la intervención del jurado de derecho, al cabo de la cual y en la que intervinieron el representante de la Fiscalía y los defensores de los inculpados, puso término a la primera

instancia con sentencia condenatoria por los aludidos delitos en la modalidad culposa, al resultar evidente la negligencia e imprudencia del conductor del bus y el exceso de velocidad y falta de cuidado del conductor del furgón, determinantes en la causación del fatal accidente conocido.

"Impuestas en consecuencia las penas principales y accesorias como se diera cuenta en precedencia, al igual que la obligación indemnizatoria por los perjuicios materiales y morales ocasionados con los punibles a cubrir en forma solidaria por los procesados a quienes se les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional de la sentencia, apelaron ante el Tribunal los defensores de González Morales y Bravo Archila, sin éxito en sus alegaciones, pues, para la colegiatura *ad quem*, del acopio probatorio se desprende que el accidente investigado se 'debió de una parte a la irresponsabilidad de González Morales pero es igualmente cierto que a la producción de este resultado dañoso concurrió el comportamiento culpable de Hipólito Bravo Archila, con ostensible nexo de causalidad o de relación causa a efecto', es decir añadió renglones adelante; 'a la concurrencia de culpas de los dos conductores, mas cuando el señor Bravo Ardila (sic) sabía y conocía que iba a cruzar una vía en que se disponía a hacerlo él, actividad que realizó, como se acabó de decir, en forma imprudente, concurrente con la conducción descuidada y excedida de velocidad de González Morales, es indudable que ambos deben responder penalmente por los delitos en concursos homogéneos y heterogéneos cometidos'.

"Confirmada en estas condiciones la sentencia del *a quo*, sin que tampoco encontrara procedente el Tribunal reducir el quantum punitivo ni el monto indemnizatorio por los perjuicios ocasionados por los punibles, deprecado por el defensor de Bravo Archila, se produjo el fallo demandado ahora en casación".

La demanda:

En el acápite titulado "causales de revocación de fallo", el recurrente, a la manera de un primer reproche solicita se decreten "...las nulidades que aparezcan en la ritualidad procesal...", pero además, especialmente teniendo en cuenta tres hechos fundamentales: El primero, la excepción de inconstitucionalidad aplicada por el juzgador al realizar la audiencia pública sin jurados de derecho; el segundo, la nulidad propuesta por el fiscal en la audiencia pública por no habérsele corrido el traslado de ley, hecho que le impidió prepararla en debida forma; y, por último, el tercero, que consiste en la carencia de firma del juez y el secretario en el acta que continuó el debate.

En seguida, y al amparo de la causal primera presenta tres ataques, el primero con carácter principal, los dos restantes como subsidiarios. En lo que se refiere al primero de esta especie solicita la infirmación parcial del fallo, al amparo de la causal primera, por estimar que la sentencia violó indirectamente, por error de derecho, los artículos 2º, 5º, 35, 329 y 332 del C. P., así como el 246 y el 247 del estatuto procedimental. El yerro se formó "...por un juicio inexacto y una apreciación equivocada tanto del *a quo* como del *ad quem*, al derivar responsabilidad penal subjetiva de mi patrocinado, con fundamento en la prueba vertida en el proceso, y dejando de aplicar el *in dubio pro reo*".

Luego, en lo que denomina como "demostración", el actor centra sus argumentos en la viabilidad del cruce. Utiliza como soporte las versiones testimoniales que determinan la distancia de cien metros entre el furgón y el bus. Además, llama la atención sobre los seis metros que constituía la distancia a atravesar, y lo que llama "interacción de los conductores", o sea, el arbitrio que poseen estos para iniciar la maniobra respectiva ante la ausencia de semáforos que la regulen. Califica la situación de efectuar un cruce en una vía rápida como "ambigua, constitutiva de peligro", debiendo los motoristas actuar de acuerdo con las normas de tránsito y conforme a su pericia y diligencia.

Más adelante habla sobre lo que se encuentra probado: El pare reglamentario que hizo el bus antes de cruzar la calzada, las tres señales de tránsito que tenía ante sí el furgón (cruce, peatones en la vía y permiso para cruzar en "U"), las que obligaban a los conductores a tener mayor cuidado y reducir la velocidad, y, por último, que el bus se encontraba en buen estado de funcionamiento, pese a las afirmaciones sin respaldo procesal de Hipólito Bravo sobre supuestas anomalías en los frenos, ya que los pasajeros regulares del bus y las facturas que se aportaron a la investigación sobre el adecuado mantenimiento del rodante, predican lo contrario. También aparece "plenamente demostrado", el exceso de velocidad del furgón, la falta de atención de su chofer al no ver las señales de tránsito ubicadas en la vía y su propia experiencia y conocimiento de la vía que lo obligaban a un mayor cuidado.

A renglón seguido advierte que si bien es cierto Bravo Archila se dio cuenta de la presencia del furgón, de todas formas no podía prever que viajaba a exceso de velocidad y que su conductor se encontraba distraído, pues solamente advirtió la presencia del bus en el momento de la colisión. Por consiguiente, concluye, la responsabilidad es única y exclusivamente de González Morales.

En lo que se refiere a los subsidiarios, uno lo señala como un yerro de hecho cometido por el fallador. La responsabilidad de los dos conductores no es igual, conforma su tesis. Acepta la responsabilidad de su poderdante pero en el grado de culpa sin representación, hecho que motiva una disminución de la pena impuesta. Hubo un error

de cálculo al no prever que el furgón se desplazaba a excesiva velocidad y sin la atención de su chofer. Diferente es el caso de González, conductor de amplia experiencia y amplio conocedor de la ruta. No obstante, viajaba a una velocidad elevada y descuidada hasta el punto de que pudo evitar el choque girando su vehículo al lado contrario del que lo hizo.

Estas circunstancias no fueron tenidas en cuenta por el fallador al momento de dosificar la pena, lo que determinó que violara los artículos 230 de la Carta, el 61 y 68 del C. P. y el 6º del C. de P. P., con lo cual se le negó el derecho de acceder a la condena de ejecución condicional. Solicita que se le conceda el beneficio citado.

El otro tropiezo ahora es de derecho —asevera—, al tenerse en cuenta un dictamen pericial "...que no se ajustó a las normas procesales..." e ignorarse "...la prueba documental demostrativa, de que el hecho delictuoso, también fue un accidente de trabajo, y como tal, los riesgos asumidos por el I.S.S., de acuerdo a la Ley 90 de 1946, el Acuerdo número 155 de 1963, Acuerdo 01 de 1981 del I.C.S.S., aprobado por el Decreto 3224 de 1981 y los artículos 199, 203, 204 y 209 del actual Código Sustantivo del Trabajo".

Sobre el peritazgo asevera que no es "...claro, preciso ni detallado, no explica los exámenes o experimentos o investigaciones efectuadas para fundamentar sus afirmaciones...", a más de no haberse aplicado los criterios para evaluarlo, prescritos en el artículo 273, *ibídem*. En lo referente a los documentos que fueron desconocidos asevera que las víctimas estaban afiliadas al I.S.S., entidad que asumió y pagó los tratamientos y las incapacidades sufridas por las víctimas, así como "...las sumas de dinero que se cancelaron a familiares de las víctimas...".

Como normas vulneradas indirectamente cita los artículos 107 del C. P. y 246, 267, 269, 270 y 273 del C. de P. P.

Concepto del Procurador
Segundo Delegado en lo Penal:

1. Respecto a la causal tercera pone de presente la falta de técnica del impugnante al "...lanzar afirmaciones sin ningún fundamento...", despreocupándose por demostrar la incidencia que para el debido proceso o el desmedro del derecho de defensa podían tener las tres situaciones que relieva en el libelo. Además, advierte que desconoce la obligación de demostrar la razón de sus aseveraciones y los hechos en que se fundamenta, citando al efecto una sentencia de la Corte sobre el particular. Critica, además, el que se conforme con impetrar de la Sala el decreto de las nulidades que "aparezcan" en el proceso.

Por consiguiente, sus aseveraciones son "vacías de consistencia", por lo que sin apoyo de una razonada demostración no pueden ser

consideradas como válidas en casación. De todas maneras, responde a las inquietudes del casacionista descartando la primera situación que relieva por estar ajustada a los preceptos superiores la actitud del juez, decisión que fue avalada con el fallo de la Corte Constitucional al encontrar que vulneraba la Carta la presencia del jurado de derecho, razón por la cual el legislador optó por derogar expresamente su intervención en la audiencia pública.

Respecto a la segunda objeción recuerda que la actuación se regía por el antiguo Código de Procedimiento Penal por lo que no constituye vicio generador de nulidad el que no se le haya corrido traslado al fiscal que en el nuevo compendio actúa como sujeto procesal en el juicio, ya que la actuación estaba consolidada al momento de fijarse la fecha para la celebración de la audiencia pública y ya se habían surtido las notificaciones correspondientes a quien por entonces hacía las veces de representante del Ministerio Público.

Finalmente, en lo que hace relación al tercer asunto, repasa el contenido del acta de la última parte del debate oral concluyendo que si bien es cierto no aparecen las firmas del juez y el secretario, sí estuvieron presentes, muestra de lo cual es que los diversos intervinientes en varios pasajes se refirieron al director de la audiencia como "señor juez".

2. Los cargos que eleva el impugnante en el ámbito de la *causal primera*, cuerpo segundo, son ahora materia de estudio por la Delegada. Sobre el primero —un presunto error de derecho por falso juicio de convicción— recuerda que desde el anterior ordenamiento procedimental se modificó el sistema de apreciación de pruebas eliminando la tarifa legal e instaurando el sistema mixto de la persuasión racional. Por consiguiente, la vía escogida para desarrollar la censura es inidónea.

Con relación al segundo reproche de esta especie, invocado como subsidiario, que versa sobre la dosimetría penal, la Delegada advierte que el recurrente debió haber seleccionado la violación directa y no la indirecta pues la controversia no gira en torno a la prueba sino al enfoque del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación o interpretación de la norma sustancial respecto al caso juzgado. Lo mismo predica de la tesis sobre la culpa sin representación que esgrime en segundo término.

Tampoco le merece vocación de prosperidad el último reproche, basado en la condena por los perjuicios causados con el punible. Luego de recordar los preceptos que presenta el recurrente como vulnerados por la decisión judicial, indica la inconsecuencia de la censura pues no se sabe si lo que alega es una errónea interpretación de los mismos (no se les dio su "verdadera dimensión") o un cuestionamiento estrictamente probatorio como lo predica en un comienzo. Pero, incluso, dejando de lado esta falencia y entendiendo que la censura se enmarca

en el segundo motivo, tampoco corre con fortuna el actor pues al tiempo que predica un error de derecho "...censurando la práctica y aducción del dictamen pericial...", luego critica el que no se hubiera tenido en cuenta dicho examen, afirmación que se ubica en los terrenos del error de hecho por falso juicio de existencia.

Con fundamento en las anteriores consideraciones el colaborador del Ministerio Público solicita la desestimación del libelo.

La Corte:

Causal tercera:

1. Tiene razón la Delegada. Como si la causal *tercera* fuese un elemento extraño al recurso de casación, el impugnante se conforma únicamente con presentar su inquietud. Ni las normas violadas, ni la trascendencia del presunto yerro en la suerte final de los intereses de su poderdante, ni tan solo una exposición razonada de cada uno de los tropiezos judiciales que denuncia, son materia de su atención. La tarea se la deja a la Corte, quien debe acometer el quehacer que no realiza el libelo para decretar "...las nulidades que aparezcan en el proceso...".

Quizás la facultad oficiosa que en estos supuestos le asiste a esta Colegiatura fue la razón de su silencio. Equivocación mayúscula. Las falencias del juzgador que den ocasión a la nulidad de la actuación y no hubiesen sido decretadas en las instancias se les otorgó una vía para alegarlas y remediarlas: La causal *tercera* de casación. Con ello le proporcionó a los sujetos procesales una inmejorable oportunidad pero subordinada —como es apenas obvio— a los requisitos formales de este recurso especialísimo.

Presentación adecuada de la demanda, es la primera exigencia. Debe comenzarse, entonces, con la plena identificación no sólo de quienes participaron en el debate procesal sino también del objeto de la inconformidad, esto es, de la sentencia de segunda instancia materia del recurso extraordinario. Luego el compendio de los hechos que sirvieron de sustrato al plenario y la sinopsis del devenir procesal, poniendo especial énfasis en la materia propia del debate que pretende adelantar. Posteriormente, el censor ha de exponer con precisión la causal que aduce, señalando el motivo y el sentido, desarrollando la argumentación con base en el enunciado propuesto y la trascendencia del yerro en perjuicio del recurrente, lo que mostrará con vigor el agravio sufrido. Después de indicar las normas que fueron infringidas, el escrito debe finalizar señalando, en forma clara y precisa, la manera como ha de remediarse el entuerto.

Estos presupuestos formales deben cumplirlos todas las causales sin excepción. De permitirse que la causal *tercera* quede relevada de

este compromiso, implicaría desdibujar su carácter, transformándola en una especie de tercera instancia, ya que simplemente le bastaría al actor aducir su existencia, dejándole a la Corte la tarea de revisar el expediente, usurpando las funciones de la segunda instancia, en busca de las posibles irregularidades que afectaron el proceso.

Distinto es el caso si al examinar la impugnación y dentro de la vía trazada por el casacionista, la Sala advierte a su paso la presencia de una nulidad. Es su obligación, como administrador de justicia, reparar el agravio surgido a su conocimiento dentro de los lindes de su competencia.

2 Estas preceptivas no las toma en cuenta el recurrente. Aparte de que calla sobre la trascendencia de las nulidades en el fallo, y no demuestra el notorio perjuicio a sus intereses causado con ellas, así como tampoco habla de las normas que fueron infringidas con este tropiezo judicial, se limita a expresar someramente las situaciones que a su juicio pueden dar ocasión a nulidades que no se preocupa por desarrollar mayormente.

La parquedad argumental es notoria y ello de por sí provoca el rechazo consiguiente de la censura, pues la Sala, con estas cortas expresiones no puede dilucidar en qué consistió el daño causado, su importancia y la lesión que produjo a sus intereses. De todas maneras y en el supuesto de una presentación adecuada, los aspectos procesales que apenas exterioriza tampoco habrían sido de recibo.

Detállese:

2.1. Habla de la excepción de inconstitucionalidad aplicada por el juzgador al realizar la audiencia pública sin la presencia de los jurados de derecho establecidos por aquella época en el estatuto procedimental. La decisión del juez fue correcta. No podía adelantar un debate con un ritual que contrariaba la Carta. Como bien lo recuerda la Delegada, muestra palpable de que la razón estaba de su aparte es la sentencia de la Corte Constitucional (junio 17 de 1993) que rechazó la implantación del jurado por contrariar los preceptos constitucionales. No está demás recordar que esta situación anómala fue corregida por la vía normativa al expedirse la Ley 58 de 1993 (art. 1º), que expresamente derogó la participación del *juri*. Resulta insólito, por consiguiente, que se pretenda descalificar la actuación de un juez por atenerse a los dictados de nuestra máxima ley.

2.2. La segunda situación que destaca es la nulidad propuesta por el fiscal en la audiencia pública, por no habérsele corrido el traslado de ley, de acuerdo con el nuevo compendio procedimental. En su momento fue juiciosa la respuesta del *a quo* a las inquietudes del funcionario. No había razón para ello dado que el proceso se adelantó hasta la fijación de la fecha de la audiencia pública por el Código de Procedimiento Penal de 1987 que no contemplaba la figura del fiscal

como investigador y calificador del negocio sino al agente del Ministerio Público. Fue por esto que a quienes en el momento eran partes del proceso se les hicieron las notificaciones correspondientes.

Pero aún cabe una apostilla al asunto, que hace notar el *a quo* en respuesta a la petición de nulidad que le elevara el fiscal por este motivo. La razón de ser de la notificación estriba en dar noticia a las partes de los avatares principales del proceso, salvaguardando el principio de igualdad y dándoles la oportunidad de elaborar la estrategia que mejor convenga a sus intereses. En el caso de ahora, el fiscal conocía con suficiencia el proceso pues había tenido la oportunidad de trajinarlo como representante de la sociedad en la etapa del sumario. No existía razón, aparte de que la situación ya se había consolidado, de retrotraer el proceso para correrle el traslado que ordenaba el nuevo estatuto procedimental puesto que conocía con suficiencia el asunto. Además, se le notificó de la vista pública con dos días de anticipación, tiempo suficiente para poner en orden sus ideas y preparar la intervención de rigor. Ostensible resulta, entonces, la sinrazón del pedimento.

Finalmente, el impugnante alude a una posible informalidad procedimental respecto de la carencia de firma del juez y del secretario en el acta que recogió las incidencias de la audiencia pública. Aunque su comentario es abstracto y no precisa la trascendencia del yerro y el presunto agravio inferido a los intereses del procesado, es menester aclarar en primer término, que la audiencia pública a que hace referencia tuvo ocurrencia en dos sesiones. En la primera, aparece firmada por todos sus participantes, entre ellos, el juez de la causa y su secretario. La segunda, en cambio, carece de la firma de éstos aunque está suscrita por el fiscal y los dos defensores, quienes no dejaron constancia sobre alguna anomalía formal o sustancial que hubiera afectado el debate. Llama la atención que el ahora casacionista quien fue uno de los defensores que intervino en dicha diligencia al firmar el acta en comento, ninguna objeción puso a su desarrollo y con su signatura avaló su apego a derecho. Sorprende que ahora, así presente el hecho como una mera informalidad, trate de arrojar alguna sombra sobre el decurso de la audiencia pública. De todas maneras, la irregularidad en nada afecta la esencia del debate allí realizado.

Así las cosas, este pedimento no tiene razón de ser.

Causal primera:

1. El *primer* ataque de esta especie lo eleva el censor en el ámbito de la causal *primera*, cuerpo final, "...por manifiesto error de derecho, formado por un juicio inexacto y una apreciación equivocada tanto del *a quo* como del *ad quem*, al derivar responsabilidad penal subjetiva de mi patrocinado, con fundamento en la prueba vertida al proceso, y dejando de aplicar el *in dubio pro reo*". Las normas violadas son, según su criterio, los artículos 2º, 5º, 35, 329, 331 y 332 del C. P. así como el 246 y el 247 del C. de P. P.

La cita basta para conocer el despropósito del demandante. Según se advierte, el motivo de su inconformidad es haber deducido el juicio de reproche a su patrocinado con base en el acopio probatorio. En otras palabras, las pruebas vertidas en el proceso no poseen la fuerza suficiente para edificar la sentencia condenatoria. Problema de valoración, sin duda, es el que plantea el censor, o lo que es lo mismo, un error de derecho por falso juicio de convicción.

Cuando existía la tarifa legal para algunos medios de prueba, resultaba explicable intentar esta vía. Bastaba con hacer la respectiva comparación entre lo estipulado en la ley y lo otorgado por el sentenciador. Del cotejo resultaba el desfase y, por ende, la corrección a que hubiera lugar. La eliminación de este justiprecio normativo, dejando en manos del juez la evaluación consiguiente dentro de los lindes que marcan las reglas de la sana crítica, convirtió en inidónea esta vía para intentar dicho cuestionamiento.

Ensayar este camino no sólo comporta un despropósito que presto conduce el reproche al fracaso. De igual manera, desnuda los verdaderos propósitos del escrito: Enfrentar su criterio personal al del fallador, lid que en el campo de la casación está destinada al descalabro pues a ella arriba la decisión judicial amparada por la presunción de acierto y legalidad.

En el presente asunto, el recurrente intenta desvirtuar al juzgador esgrimiendo hipótesis propias y recreando a su acomodo la realidad probatoria. Aunque en el enunciado considera que la prueba obrante en el proceso no es suficiente para predicar la responsabilidad de su patrocinado, de todas maneras se basa en ella para determinar la distancia entre los automotores y elaborar la tesis de la "interacción entre los conductores" como la única medida que permite a cada cual realizar la actividad correspondiente, deduciendo que para su defendido la viabilidad del cruce era real.

Es curioso que luego de descalificar las probanzas ahora las ensalce. Así, advierte que los testigos aseguran que el conductor del bus hizo los pares reglamentarios y que el automotor se encontraba en buen estado de funcionamiento. Aquí se repara el inequívoco empeño del demandante por hacer triunfar sus argumentos a toda costa, incluso manipulando a su antojo las evidencias recaudadas en la investigación. Por ello, no tienen reparo en afirmar que lo dicho por su propio poderdante sobre el mal estado mecánico del autobús no tiene respaldo en los autos y por tanto, debe negársele cualquier credibilidad.

Esta intención de reabrir el debate procesal, interpretando a su amaño cada probanza existente, indica la poca seriedad del recurrente quien no persigue demostrar un yerro del fallador sino convencer a la Corte de la bondad de sus razonamientos. Sus palabras quizás tendrían eco si tuvieran como destinatario a un juez de instancia. En sede de casación, sin embargo, se busca remediar el entuerto resultante de una

contradicción flagrante entre la decisión judicial y la normatividad y no la imposición de los particulares puntos de vista consignados en la demanda.

El casacionista no vio o no quiso ver estos obstáculos y obró en consecuencia. El rechazo a su pretensión es la respuesta de la Corte.

2. Los dos restantes reprochos, presentados como subsidiarios, en los ámbitos de los errores de hecho y de derecho, respectivamente, tampoco tienen vocación de prosperidad.

2.1. En el primero, el tema escogido es la dosimetría penal. Dos son las materias que expone. La primera, el habérsele impuesto la misma pena a los dos procesados. La segunda, dar establecida la responsabilidad de su patrocinado, a título de culpa con representación, pese a que, a su modo de ver, apenas se le podía endilgar a Hipólito Bravo Archila una culpa sin representación.

Antes de acometerse el asunto debe advertirse que, al contrario de lo expuesto por el Ministerio Público, el tema de la dosimetría penal se puede alegar tanto por la vía directa como por la indirecta. Si la materia del yerro se refiere a los criterios señalados por el legislador para determinar la sanción (art. 61), la vía para el planteo es la inicial. Pero, si fue la prueba misma, por un error de hecho o de derecho, la que llevó a fijar erróneamente la pena, debe optarse por el segundo motivo. En el presente caso, por consiguiente, no existe tacha alguna al respecto.

Ahora bien, de acuerdo con el planteamiento, la inconformidad estribaría en haberse ignorado, supuesto o tergiversado una probanza por el sentenciador para deducirle la responsabilidad. Según sus palabras, no se tuvo en cuenta "...lo referente al grado de culpa y la personalidad del agente". Para apoyar su aserto recuerda que, a pesar de su corta experiencia en la conducción, su licencia 10 y su juventud ("corta edad"), actuó responsablemente, consistiendo su culpa "...en un error de cálculo, por no incluir en el mismo, la previsión de que el furgón se desplazaba a exceso de velocidad y sin la atención del conductor".

El casacionista no revela qué prueba o pruebas, de las obrantes en el proceso, demuestran su aserto, y de qué manera se produjo el falso juicio de existencia o de identidad que provocó la falencia que denuncia. Apenas compara la situación con la del otro implicado, poniendo de resalto la mayor experiencia de González, su edad madura y su amplio conocimiento de la vía, la posibilidad que tuvo de evitar el accidente girando al lado contrario del que lo hizo, su falta de atención y el exceso de velocidad al que se desplazaba.

Como bien se observa, sus argumentos se basan en una particular interpretación de los hechos, recreándolos a su acomodo, buscando

convencer a la Sala de su bondad y acierto, en detrimento de la expuesta por el Tribunal, quien a la par con la gran velocidad y "conducción descuidadas" de González destacó la imprudencia de Bravo Archila al atravesar una vía concurrida. Confrontación de tesis, sin duda, viable en las instancias pero ajena al recurso de casación donde se examina únicamente si el fallo impugnado se ajusta a derecho.

Se rechaza el ataque.

3. Resta por examinar la *última objeción*. Según las palabras del recurrente, el fallador cometió un error de derecho por falso juicio de legalidad, al tener en cuenta un dictamen pericial que no se ajusta a los requerimientos legales y afirma luego que la sentencia violó indirectamente los artículos 107 del C. P. y 246, 247, 267, 269, 270 y 273 del C. de P. P., los cuales no fueron aplicados en su verdadera dimensión. La presentación, como se ve, es contradictoria. Habla en primera instancia de una violación indirecta de la ley sustancial y a seguida advera que las normas vulneradas se les entendió erróneamente, presentación propia de una violación directa de la normatividad. La dilogía expresada impide conocer a ciencia cierta el pensamiento del censor.

Aunque esto bastaría para desechar el ataque, la Sala prosigue la lectura para poner de presente las demás falencias que contribuyen también, en gran medida, al fracaso del reproche.

Las líneas siguientes retoman el tema de la violación indirecta al advertir que se tuvo como base de la tasación de los perjuicios "...un dictamen que no se ajustó a las normas procesales...". La frase es ambigua aunque pareciera indicar un error de derecho por falso juicio de legalidad por haberse tenido en cuenta pese a no cumplir con las reglas para su aducción al proceso. Sin embargo, renglones adelante, cuando acomete el acápite que denomina "demostración", la crítica se enrumba por su contenido. Según, el casacionista, "...no es claro, preciso ni detallado, no explica los exámenes o experimentos ni investigaciones efectuadas para fundamentar sus afirmaciones...". En otras palabras, no arroja la certeza necesaria, es inconsistente, abstracto, etc., lo que indica que no merece la atención que le prodigó el fallador.

El desvío hacia un error de derecho por falso juicio de convicción es indudable, deducción que se confirma luego cuando expresa el censor que el fallador no tuvo en cuenta los criterios para apreciar el dictamen que regla el artículo 273 del C. de P. P. Aparte de su tránsito indiscriminado por motivos y sentidos, de todas maneras un planteamiento exacto en este último ámbito tampoco le hubiera reportado los frutos esperados. La eliminación de la tarifa legal para este medio de prueba impide su alegación pues su evaluación depende del criterio del juez, limitado únicamente por las reglas de la sana crítica. La inconsecuencia de la objeción es innegable.

A renglón seguido el actor denuncia que el fallador no tuvo en cuenta la prueba documental que demostraba la afiliación de las víctí-

mas al Seguro Social quien, en definitiva pagó las incapacidades y tratamientos. Como se ve, presto abandona el falso juicio de convicción para introducirse en un error de hecho por falso juicio de existencia, terminando con ello por oscurecer su pensamiento.

Este transitar indiscriminado por la causal primera impide el estudio de fondo y provoca el rechazo consiguiente del reproche.

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

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas NO, *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.

TERMINO / CIERRE DE INVESTIGACION / COAUTORIA IMPROPIA / PRINCIPIO DE CONTRADICCION / ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD

Tratando de cumplir razonablemente los términos, la investigación ha de cerrarse cuando al menos ya se hayan aportado las pruebas esenciales. Así, el funcionario debe tratar de evacuar rápidamente los principales elementos de juicio que en su momento le sirvan para calificar de una u otra manera el sumario. Lo importante es que no falten las pruebas cruciales, de cara al proferimiento del respectivo fallo. Al respecto, el funcionario debe tener en cuenta que unos son los requisitos que la ley exige para acusar, y otros los necesarios para condenar: Frente a esa contemplación conceptual, el funcionario debe ser cuidadoso en la etapa del juicio. / Coautoría impropia quiere decir, de manera general, que los sujetos activos del punible actúan típicamente cada uno por su lado, pero todos colaborando con los demás en el propósito común, razón por la cual se refiere la doctrina a una "división de trabajo". / Todo hace ver que el casacionista se confunde al afirmar que existe nulidad por "imputación de cargos con violación al principio de no contradicción" pues este principio lo que implica es que se vulnere la lógica alegando al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto, cosas excluyentes u opuestas. Precisamente es a este principio a que alude el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, cuando dentro de los requisitos formales de la demanda impide que se hagan dentro de un mismo cargo, reproches excluyentes. / La contradicción probatoria, que tiene que ver estrechamente con la publicidad de la prueba, y que en términos generales consiste en que al respectivo sujeto procesal se le conceda la oportunidad de rebatir las imputaciones en su contra. / El yerro de derecho por falso juicio de legalidad consiste en que determinada prueba se practique o allegue con preterminisión de los requisitos legales esenciales, cosa que la hace inexistente y por lo tanto no analizable desde ningún ángulo. / El no evaluar la prueba sistemáticamente o en conjunto, viene a conformar un yerro

de hecho. Es menester que el casacionista establezca y pruebe a la Corte los errores cometidos en los análisis de cada prueba por causa de no haber tenido en cuenta otros datos probatorios, omisión esta que, tiene que ser esencial para que afecte el cuadro probatorio.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 51, mayo 10 de 1994.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 17 de noviembre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a *Ramiro Villegas Jara*, a 12 años de prisión, por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio.

Antecedentes:

1. En la noche del 8 de abril de 1990, Gerardo o Medardo Apache, Ramiro Villegas Jara, Héctor Joaquín Apache Jara y un cuarto sujeto, que no logró ser identificado, llegaron al establecimiento de billares y cantina "El Diamante", de propiedad de Guillermo Martínez González, ubicado en la calle 76 sur número 86-88, barrio Jerusalén de Santafe de Bogotá, en donde Gerardo, único conocido del dueño del negocio, presentó a sus acompañantes como unos familiares. Hacia las 11 de la noche, momentos después de que los cuatro referidos visitantes abandonaran el lugar con el supuesto propósito de ir a tomar un bus, el citado propietario Martínez González salió a comprar unas canastas de cerveza en compañía del joven Luis Adelfo Romero Jerez, siendo interceptados por los cuatro sujetos en mención, quienes —en lo que Martínez González ha interpretado como un atraco— les anunciaron que los iban a matar a machete y cuchillo, procediendo Villegas Jara a darle un botellazo en la cabeza a Martínez González, mientras los otros seguían a Luis Adelfo, a quien, según la versión de Martínez González, "le mandaron una punzada" sin saber si "en ese momento lo lograron o no".

Ante ello, Luis Adelfo Romero Jerez, armado del machete que portaba Martínez González, corrió hacia el establecimiento, en donde le dijo a Marlene Martínez, hija de Guillermo Martínez González, que a su padre lo iban a matar. Ramiro Mojica —sobrino de Martínez González— trató de impedir que Luis Adelfo saliera de nuevo, pero éste logró ganar la calle, siendo atacado por los mismos sujetos, que le causaron la muerte con las armas que portaban. Dichos individuos también atacaron y lesionaron a Ramiro Mojica, cuando intentó salir

en defensa de Luis Adelfo Romero Jerez, y a Alicia González, esposa de Ramiro Mojica, cuando intentó salir en defensa de éste. Finalmente Gerardo Apache Jara hirió de un machetazo en la cabeza a Luis Evelio Buriticá Garzón, conocido suyo, por haberle preguntado sobre lo que estaba pasando.

La Policía se hizo presente y capturó a Ramiro Villegas Jara y Héctor Joaquín Apache Jara; también incautó dos machetes y un cuchillo de mesa, elementos los primeros que, según el informe policial "arrojaron en la fuga" los imputados.

Resultaron, pues, muerto Luis Adelfo Romero Jerez, y heridos Ramiro Mojica, Alicia González de Mojica y Luis Evelio Buriticá Garzón.

2. El Juzgado Quinto de Instrucción Criminal Permanente abrió investigación (fl. 6-1), la cual fue continuada por el Juzgado 104, que escuchó en indagatoria a los capturados Villegas Jara y Apache Jara (el primero tío del segundo), quienes se declararon inocentes y afirmaron desconocer el motivo por el cual fueron aprehendidos.

Se escuchó así mismo en declaración juramentada a los ya mencionados heridos, al igual que a Martínez González. En el fondo, coinciden en que "todos" los cuatro visitantes tomaron parte en los hechos. Ramiro Mojica precisa que "el más viejo —refiriéndose a Villegas Jara— fue el que dañó al chino" (fl. 108-1), aludiendo al occiso Romero Jerez. Alicia de Mojica, por su parte, indicó que quien hirió a Ramiro en la espalda es uno de los que lograron huir y que vive en el barrio, refiriéndose a Gerardo Apache Jara (fl. 86-1). Finalmente, Buriticá Garzón dijo que fue Gerardo Apache quien lo lesionó en el cráneo (fls 90 y ss.-1).

3. Se practicó diligencia de reconocimiento en fila de personas, a la cual asistió el procesado Villegas Jara sin las patillas y el bigote que tenía cuando sucedieron los hechos y que conservaba aún cuando fue indagado. Solamente Martínez González reconoció a Villegas Jara como quien le propinó el botellazo en la cabeza.

Ampliadas las declaraciones de dichos testigos, cosa que se hizo a petición del defensor de los procesados detenidos, aquellos manifestaron que en verdad fue por temor que no dijeron reconocer a los capturados, contra quienes se dictó auto de detención el 16 de abril (fls. 67 y ss.-1).

Se recibieron otras declaraciones y se aportaron al proceso los testimonios obtenidos en las investigaciones realizadas por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y la Policía Metropolitana de Bogotá (fls. 251 y ss.).

Fue declarado persona ausente Gerardo o Medardo Apache, contra quien del mismo modo se profirió auto de detención (fls. 291 y ss.-1). El cuarto agresor no pudo ser identificado.

4. Clausurada la investigación, se la calificó por medio de auto del 6 de agosto de 1990 (fls. 342 y ss.-1), en el cual se tomaron las siguientes decisiones:

a) Resolución de acusación contra los tres mencionados procesados (los dos presentes y Gerardo Apache en condición de ausente), como coautores del delito de homicidio en Romero Jerez;

b) Resolución de acusación contra los procesados en referencia, como coautores del homicidio tentado en Ramiro Mojica;

c) Resolución de acusación contra Gerardo Apache, por tentativa de homicidio en Buriticá Garzón; y,

d) Reapertura de la investigación con respecto a las lesiones sufridas por Alicia de Mojica, por no existir en criterio del Juzgado incapacidad definitiva.

Apelada la acusación por el defensor, el Tribunal, mediante proveído del 19 de diciembre de 1990 (fls. 12 y ss.-2), la confirmó, revocando únicamente lo referente a las lesiones de Alicia de Mojica, delito por el cual se acusó a Villegas Jara.

5. El Juzgado Segundo Superior asumió el conocimiento del juicio y accedió a recibir el testimonio de varias personas, según petición de la defensa.

La audiencia pública se inició el 5 de junio de 1991 (fls. 61 y ss.-3), diligencia en la cual los procesados admitieron que sí conocían a Gerardo Apache y que éste fue el autor de los hechos.

La defensa solicitó que se llevara a cabo inspección judicial en el sitio de los hechos, prueba que negó el Juzgado, motivo por el cual el defensor apeló. Al respecto el Tribunal, por medio de auto del 1º de noviembre de 1991 (fls. 38 y ss.-2), revocó esa determinación y ordenó la práctica de dicha prueba. En la misma providencia el Tribunal dispuso que en relación con las lesiones de Alicia de Mojica, se remitieran copias a las autoridades de Policía, de conformidad con la Ley 23 de 1991.

Más de 5 veces el Juzgado trató de practicar esa inspección judicial, pero la misma no se pudo llevar a cabo debido a que no comparecieron los testigos que según la defensa debían intervenir en esa diligencia. Se debe anotar que aparte de citaciones telegráficas, se hicieron citaciones personales (cuaderno número 4). También es conveniente indicar que ante la imposibilidad de practicar esa prueba, los procesados desistieron de la misma.

Finalizada la audiencia pública, se dictó fallo del 20 de agosto de 1992 (fls. 154 y ss.-4), mediante el cual, en armonía con la acusación, los procesados Ramiro Villegas Jara y Héctor Joaquín Apache Jara

fueron condenados a 12 años de prisión, por los delitos de homicidio en Luis Adelfo Romero Jerez y tentativa de homicidio en Ramiro Mojica Martínez. Gerardo o Medardo Apache, por su parte, fue condenado a 13 años de prisión por los delitos antes mencionados y, además, como autor de tentativa de homicidio en José Evelio Buritica Garzón. A todos se les condenó a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, y al pago de los perjuicios.

La defensa apeló el fallo, y el Tribunal, mediante el suyo recurrido en casación por el defensor de los procesados, lo confirmó, revocando sólo la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, por estimar correctamente que el delito no tenía relación con esa sanción accesoria.

Esta Sala, por medio de proveído del 25 de junio de 1993 (fl. 3, cuaderno de la Corte), declaró ajustada a las prescripciones legales la demanda presentada a nombre del procesado Ramiro Villegas Jara. En cuanto a Héctor Joaquín Apache Jara, declaró desierto el recurso por no haberse sustentado. Al respecto sólo se presentó por parte de la defensora pública, un escrito de "abstención", por medio del cual ésta solicita no casar en parte alguna el fallo (fls. 96 y ss.-5).

La demanda:

1. Dice en primer término el casacionista: "Se trata de un proceso atacado por los efectos de evidentes vicios de nulidad como fue la deliberada falta de verificación de citas del imputado con violación del sagrado derecho de defensa y con violación o ataque al principio lógico de no contradicción. Marlede Martínez jamás quiso regresar o venir a la audiencia, porque sabía que con anterioridad le había mentido al proceso" (fl. 106-5).

Al amparo de esa anunciada nulidad, hace los siguientes cargos.

Cargo primero:

No se podía cerrar investigación ni calificar el sumario, ya que éste estaba incompleto, como que no se había practicado inspección judicial, ni se habían enviado los machotes a Medicina Legal para que se estableciera "el nexo o relación de causalidad entre los mismos y las mencionadas heridas" (fl. 134-5); y precisa luego: "Sabía (sic) el instructor y el fallador de primera instancia que verificando las citas se hubieran singularizado o identificado los autores de cada una de las conductas".

Alude al principio procesal de "preclusión o eventualidad" (fl. 125-5) y señala: "Sin resolución de acusación no hay o no puede haber etapa de juzgamiento y sin período probatorio no puede haber audiencia pública"; y reitera que aquí "no se verificaron las citas previamente imploradas" (fls. 126-5).

Indica que existen contradicciones entre las declaraciones de Ramiro Mojica, quien incrimina al procesado Villegas Jara, y la esposa de éste, quien, según el casacionista, manifestó que la persona que propinaba machetazos a su marido "está volado" (fl. 133).

Critica a continuación el testimonio de Ramiro Mojica y señala que éste "supone" que el procesado fue el autor del homicidio e insiste en que dicho testigo miente. Asevera que el testigo Martínez González solamente reconoció a su representado Villegas Jara como quien lo propinó el botellazo, y que Alicia de Mojica excluye "la presencia de machetes en el caso concreto de la muerte de Romero Jerez" (fl. 136-5).

A continuación afirma que el testimonio de Marlene Martínez es contradictorio, pero que de todos modos coincide con su padre Guillermo Martínez, "quien señala como el autor de la muerte de Romero Jerez al primo de Héctor Joaquín Apache Jara" (fl. 137 *infra*).

Alude luego a la "incidencia de la falta de verificación de citas en el contenido de la sentencia" (fl. 138-5), e insiste en que el occiso fue atacado "con punzón", reiterando que los declarantes Alicia de Mojica y Guillermo Martínez "excluyen a mi cliente perentoriamente como autor de la muerte de Romero Jerez" (fl. 139-5).

Asevera que la sentencia "acomoda la prueba testimonial" (fl. 140-5), y se basa en "párrafos equívocos" (fl. 141-5).

Pide entonces que se anule el proceso a partir del cierre de investigación.

Cargo segundo:

Aduce nulidad "por imputación de cargos con violación al principio lógico de no contradicción" (fl. 142-5), afirmando que "a espaldas" de su defendido Villegas Jara se practicaron algunas pruebas. Habla de la publicidad de la prueba e insiste en que la testigo Marlene Martínez no "afrontó los efectos de su mentirosa versión ante los jueces" (fl. 143-5), y en que la justicia no hizo nada para que ella compareciera. Luego señala: "Acuso por tanto la sentencia emanada del Tribunal por haber imputado cargos sin delimitación del grado de responsabilidad con evidente violación al principio lógico de no contradicción: Jamás se delimitaron los grados de responsabilidad para no encausar o enderezar el camino o sendero de la defensa: Es decir: Para apabullar elementales derechos o garantías de defensa" (fl. 143-5).

2. Invocando la causal primera de casación, el actor lanza los siguientes cargos:

Cargo primero:

Se cometieron, en sentir del casacionista, varios errores de hecho —falsos juicios de identidad, dice— relativos a la indagatoria del pro-

cesado Villegas Jara y a "toda la prueba testimonial" (fls. 146 y 148-5, se subraya), aplicando indebidamente el artículo 323 del Código Penal y dejando de aplicar el artículo 21 *ibidem*, "pues a sabiendas de que entre la simple presencia de Ramiro Villegas Jara en el lugar de los hechos —presencia puramente accidental, no premeditada— y los resultados o infeliz suceso no había nexo de causalidad, se produjo la condena..." (fl. 146-5).

Se refiere a los testigos Guillermo Martínez, Alicia de Mojica y Ramiro Mojica, para afirmar que el fallo contiene deducciones que no pueden extraerse de esos testimonios, y que en esas condiciones se atribuyó al procesado Villegas Jara coautoría en los hechos, insistiendo en el "acomodamiento" de la prueba.

En seguida se refiere a la "versión del imputado como medio de prueba" (fl. 151-5) e insiste en que aquél no tenía sangre en la ropa; agrega que es una mera suposición afirmar —como lo hace la sentencia— que "en la fuga arrojaron dos machetes y un cuchillo" (fl. 153-5), tildando el casacionista de "acomodado e inexplicable" el inicial informe de la Policía.

Hace el censor algunas consideraciones sobre la participación de personas en el delito y sostiene que Villegas Jara no puede ser considerado coautor.

Cargo segundo:

Dice que existe error de derecho por falso juicio de legalidad. Acusa la sentencia —afirma— por no haber apreciado en conjunto ni las deponencias de Guillermo Martínez y su hija ni las declaraciones de Ramiro Mojica y su esposa: Tampoco fueron evaluados o analizados de (sic) conjunto los informe o indicios existentes: Tampoco se hizo un análisis integral entre la diligencia de reconocimiento y el resto de material probatorio, lo importante era condenar por condenar... como en efecto se hizo" (fl. 164-5).

Renglones después alude a "vicios de valoración probatoria", y dice que la prueba no puede ser analizada en forma aislada sino en conjunto, sosteniendo que en este caso el informe policial, la diligencia de reconocimiento y unos testimonios, fueron considerados aisladamente (fl. 167-5).

En los anteriores términos, pues, solicita que se case el fallo impugnado.

Concepto de la Delegada:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal advierte en primer término graves errores de técnica en la elaboración de la demanda, que hacen que ésta no prospere, "porque sin arte ni bene-

ficio, se mezclan en ella los más variados aspectos que no son adecuadamente desarrollados ni demostrados, convirtiéndose en un escrito que está hecho de palabras (malas palabras, en algunos casos: Habrán dudas, príodos, ostaculiar, condenarse, aherídas, porqé, etc.) y más que cargos concretos, relaciona actuaciones, opiniones, citas procesales, jurisprudenciales y doctrinales que pretenden sean suficientes para lograr su cometido" (fl. 21, cuaderno de la Corte).

Causal tercera.

Cargo primero:

Dice la Delegada que el casacionista "olvida el contenido mismo de la sentencia atacada y de las demás piezas procesales, que conjuntamente predican la responsabilidad para todos los imputados a título de coautoría, es decir, bajo el supuesto de que todos ellos, independientemente del acto material que hayan ejecutado, y mediante un acuerdo de sus voluntades, confluyeron a la realización de los hechos ilícitos por los cuales fueron condenados, salvo el de tentativa de homicidio en la persona de José Evelio Buriticá Garzón, por el que solamente fue condenado Gerardo o Medardo Apache" (fls. 23 y 24).

Coautoría que, agrega la Delegada, tornaba "inconducente la individualización de los golpes propinados a las víctimas y la determinación del arma que los produjo".

Transcribe apartes del auto calificatorio y de la sentencia y anota: "La situación procesal es entonces clara. El convencimiento de los juzgadores fue el de la coparticipación criminal, a título de coautoría impropia, fenómeno jurídico que como quedó explicado en las providencias transcritas, no requería de manera alguna la determinación de cuál de todos los partícipes de los delitos haya realizado cada uno de los actos que mancomunadamente contribuyeron a la muerte y a las lesiones causadas a las víctimas. Nada aportaría, bajo esta realidad, la prueba del Instituto de Medicina Legal que apuntara a ese designio. Su inconducencia es, por tanto, evidente" (fl. 26).

De otro lado, dice la Delegada que en modo alguno se requiere la práctica de *todas* las probanzas posibles, para proceder a cerrar la investigación. "Por lo demás —añade—, se anota que el censor, en su afán por respaldar su posición, se adentra en un examen de algunas piezas del proceso para deducir de ellas sus propias conclusiones en cuanto a la necesidad de evacuación de unas pruebas, haciendo sus personales evaluaciones que más que fundamento de su aseveración, se constituyen en verdaderas alegaciones de falsos juicios de convicción que endilga al sentenciador y que por tanto no tiene cabida dentro de la causal de nulidad que ha esgrimido como fundamento de su ataque" (fl. 28).

Solicita entonces tener como fracasado este cargo.

Cargo segundo:

"Comienza —dice la Delegada— por aclarar al demandante que el principio de contradicción como norma rectora del proceso y el de no contradicción como integrante de la lógica, son asuntos diversos. El primero de ellos, genéricamente denunciado, se refiere al derecho de los sujetos procesales para controvertir las pruebas que se alleguen y proponer las que crea convenientes a la defensa de sus intereses, al paso que el segundo hace relación a la imposibilidad de alegar simultáneamente el ser y el no ser sobre un mismo objeto y a un mismo respecto. Equivocado es, por tanto, decir que se violó 'el principio lógico de no contradicción', cuando se quiere significar que se entorpecieron las oportunidades procesales que el imputado tenía para la proposición de pruebas que avalaran su dicho y la discusión de las recaudadas por los funcionarios judiciales" (fls. 28 y 29).

Advierte que el demandante en este cargo "hace imposible la identificación de los verdaderos motivos de la censura y demuestra su pobreza argumental dejando sin demostración las presuntas falencias del proceso" (fls. 29 y 30). Señala, además, que el actor no sustenta su afirmación de que "a espaldas" del procesado se practicaron algunas pruebas. Añade: "No se da cuenta el libelista, sin embargo, que tanto la declaración de la señora Marlene Martínez como el informe policial fueron real y oportunamente incorporados al expediente y que todo el tiempo sus contenidos estuvieron a disposición de la defensa, a punto tal que es el propio defensor quien en más de una ocasión controvierte la validez de estas pruebas para negarles su poder de convicción, actitud procesal esta que echa por tierra cualquier posibilidad de éxito en su ataque" (fl. 30).

Causal primera.

Cargo primero:

Dice la Procuraduría que el demandante tergiversa la realidad de la declaración de Guillermo Martínez González, quien, por el contrario, en sus diversas intervenciones procesales "se refirió a los cuatro sindicados como autores conjuntos de los hechos" (fl. 31).

Agrega que, de otra parte, si bien el casacionista "había invocado la presencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, en el cuerpo de su escrito y tratando de acreditar la validez de sus afirmaciones, traspasa los límites de la alegación y se ocupa de criticar la valoración que los juzgadores de instancia hicieron de las pruebas a que se refiere la censura, pretendiendo que la Corte se sitúe, sin mayores razonamientos, del lado de sus conclusiones y en contra de las razonadas consideraciones del Tribunal que vienen precedidas de las presunciones de acierto y legalidad" (fl. 32).

Indica que el actor interrumpe la crítica probatoria anunciada, y en lugar de ella, "fundamenta sus aserciones en precisiones doctrinarias y jurisprudenciales de contenido general y abstracto que no consultan la realidad procesal" (fl. 33).

Luego anota la Delegada: "No advierte tampoco el casacionista que si en algunos apartes de su alegación ha admitido que Villegas Jara realizó una acción penalmente reprochable (adecuable exclusivamente al delito de lesiones personales, según su parecer), en posteriores oportunidades sostiene que su patrocinado fue procesado por la realización de una conducta penalmente irrelevante, cual era la de deambular por el lugar de los hechos con fines diversos de la realización del hecho criminal, con lo cual la segunda de las afirmaciones resta toda validez a la primera en el ánimo de obtener del Tribunal de casación una sentencia de tipo absolutorio, por lo que entraña de contradicción" (fls. 33 y 34).

En seguida la Procuraduría indica que "es notoria la confusión del libelista", puesto que "discurre en su escrito de aquí para allá, de las pruebas a la interpretación de la ley, del contenido de las normas a la valoración de los medios de convicción, de la acción culpable de su patrocinado a la acción penalmente irrelevante, sin que se detenga en demostración alguna que oriente a la Corte en el examen del cargo. Las notas de claridad y precisión brillan por su ausencia" (fl. 34), advirtiendo la Delegada que el ataque que hace el censor a la coautoría "lo deja en la simple invocación, sin sustentar sus afirmaciones".

Dice, pues, que el cargo no prospera.

Cargo segundo:

Conceptúa que el ataque que aquí se formula alegando apreciación indebida de las pruebas, "recaería indefectiblemente en el campo de un error de hecho por falso juicio de existencia, en tanto que frente al postulado de no haberse estudiado el conjunto de las pruebas, surge la necesidad de indicar cuáles de las que se incorporaron al expediente no fueron tomadas en cuenta, bien para hacerlas surtir un efecto por sí mismas, ora para integrarlas al conjunto de las que sí fueron valoradas y deducir de él consecuencias distintas a las contenidas en la sentencia" (fls. 53 y 36).

Dice la Delegada que lo que "pretende el actor, palabras más, palabras menos, es que la Corte diga que las pruebas, de acuerdo con la propuesta del libelista, arrojan conclusiones diversas de las aceptadas en las instancias. En últimas, que se incurrió en un error de derecho por falso juicio de convicción" (fl. 36), no admisible actualmente de cara al sistema de la sana crítica.

"La total incorrección del ataque impone su desestimación", concluye la Delegada, solicitando entonces no casar el fallo impugnado.

Se considera:

A lo dicho por la Delegada, que la Sala comparte, débese agregar lo siguiente:

Nulidad.

Cargo primero:

De manera alguna acierta el casacionista cuando afirma que para clausurar investigación deben haberse practicado todas las pruebas posibles. No: Tratando de cumplir razonablemente los términos, la investigación ha de cerrarse cuando al menos ya se hayan aportado las pruebas esenciales. Así, el funcionario debe tratar de evacuar rápidamente los principales elementos de juicio que en su momento le sirvan para calificar de una u otra manera el sumario.

Ahora bien: También yerra al aseverar que, igualmente, no se puede proferir el fallo si en la etapa del juicio no se han practicado las pruebas que —a juicio de alguna de las partes— falten. Como se dijo en el punto precedente, lo importante es que no falten las pruebas cruciales, de cara al proferimiento del respectivo fallo. Al respecto, el funcionario debe tener en cuenta que unos son los requisitos que la ley exige para acusar, y otros los necesarios para condenar: Frente a esa contemplación conceptual, el funcionario debe ser cuidadoso en la etapa del juicio.

Pero en este caso concreto (las alegaciones de cualquier índole no deben ser generales y abstractas, sino referidas al específico caso que se debate), las aludidas pruebas esenciales fueron practicadas en la etapa investigativa, como son los testimonios de las personas protagonistas de los hechos, y los de los policiales que conocieron del caso. Si bien el Tribunal, como atrás se anotó, determinó que debía practicarse la inspección judicial pedida por la defensa, dejó sentado muy claro que ello únicamente obedecía a que el juez pudiera tener más o mayores elementos de juicio al proferir el fallo, es decir que esa prueba no sobraba. Pero tal cosa de modo alguno significa que esa inspección judicial en el lugar de los hechos hubiera cambiado la situación procesal; o por lo menos el casacionista se abstuvo de demostrarlo.

Además, debe repetirse que el Juzgado Segundo Superior de Santafé de Bogotá hizo todo lo posible, todo lo que estuvo a su alcance para cumplir con la práctica de esa prueba, pero la misma no pudo llevarse a cabo porque ninguno de los testigos compareció, como se dejó expresa y repetida constancia (cuaderno número 4). Entonces, se aleja de la verdad el censor al sostener que el Juzgado no quiso practicar la inspección judicial.

De otro lado, sin sustento alguno, el casacionista dice que tampoco se evacuaron otras citas o probanzas que podrían favorecer al procesado Villegas Jara. Por parte alguna el censor dice cuáles las pruebas que han debido practicarse, y obviamente que tampoco precisa la incidencia de cada una de esas pruebas.

Aquí es imperioso anotar que los testigos de los hechos e intervinientes en los mismos —en su mayoría las víctimas— fueron claros al decir que *todos* los cuatro sujetos que arribaron a los billares (3 de los cuales son los procesados) tomaron parte en los delitos, sin excluir el delito de homicidio. "Le daban" a Romero Jiménez, dijeron los testigos.

Pero es más: La víctima de homicidio tentado, Ramiro Mojica Martínez, declaró firmemente que "el más viejo de todos fue el que dañó al chino" (fl. 108-1): Es de sobra sabido en este proceso que "el más viejo" es justamente el procesado Ramiro Villegas Jara (tío del resto de acusados), y también es claro que "el chino" es Romero Jerez, el aquí occiso. Igualmente la testigo Marlene Martínez sostuvo que "el más viejo" fue el que apuñaló a Ramiro Mojica (fl. 160-1).

Y es que evidentemente el occiso y los sujetos pasivos de los homicidios tentados no recibieron un solo golpe, sino varios con armas cortopunzantes, de donde la "individualización" de cada golpe se torne innecesaria frente al reproche penal. No se olvide que, en esos términos, la sentencia de primer grado habló expresamente de "coautoría impropia" (fl. 166-4), lo cual quiere decir, de manera general, que los sujetos activos del punible actúan típicamente cada uno por su lado, pero todos colaborando con los demás en el propósito común (aquí el de matar), razón por la cual se refiere la doctrina a una "división de trabajo". En esas condiciones, en este caso no es imprescindible que todos y cada uno de los tres procesados hayan propinado a Romero Jerez una herida mortal. No: Para imputarles a todos tres el homicidio consumado en cuestión (tal como se hace en el fallo impugnado) lo que debe estar probado es que los tres con el mismo designio común, colaboraron en esa muerte, poniendo cada uno su parte para producir la misma, tal como aconteció en el caso *sub judice*.

De otra parte, este cargo adolece de un grave defecto en su formulación, ya que en vez de dedicarse a demostrar que la inspección judicial y las otras pruebas que echa de menos, de haberse practicado cambiarían el sentido del fallo impugnado, realiza, en cambio, una crítica probatoria a las pruebas practicadas, saliéndose entonces de la causal de nulidad que propuso para penetrar en la violación indirecta de la ley (causal primera), como lo afirma su aseveración de que la sentencia "acomoda la prueba testimonial" (fl. 140-5).

Por todo lo anterior, se desprende nitidamente que el cargo no prospera.

Cargo segundo:

Todo hace ver que el casacionista se confunde al afirmar que existe nulidad por "imputación de cargos con violación al principio de no contradicción" (fl. 142-5), pues este principio lo que implica es que se vulnere la lógica alegando al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto, cosas excluyentes u opuestas. Precisamente es a este principio a que alude el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, cuando dentro de los requisitos formales de la demanda impide que se hagan dentro de un mismo cargo, reproches excluyentes.

Se anotó arriba que parece que el casacionista se confunde, porque en el desarrollo del reparo lo que deja ver es que alude al principio procesal de la contradicción probatoria, que tiene que ver estrechamente con la publicidad de la prueba, y que en términos generales consiste en que al respectivo sujeto procesal se le conceda la oportunidad de rebatir las imputaciones en su contra. Por parte alguna el censor demuestra que al procesado Villegas Jara se le haya impedido u obstaculizado tal derecho a defenderse.

Desborda el actor los argumentos iniciales del cargo, para retomar la alegación alínente a que "jamás se delimitaron los grados de responsabilidad", olvidando que, como se dijo en el punto precedente, tal cosa no resultaba aquí necesaria, entendiendo por cada "grado de responsabilidad" la acción que ejecutó cada uno de los acusados. Además, ya también se vio que al menos por lo que toca al procesado Villegas Jara (a nombre de quien se hace la imputación que se está examinando), sí existen esas imputaciones concretas que dice omitidas el casacionista.

No prospera, pues, el cargo.

Violación indirecta.

Cargo primero:

El error de hecho por falso juicio de identidad consiste, en resumen, en hacerle decir a la prueba algo que materialmente no dice, siempre que tal desfiguración resulte manifiesta.

El casacionista se limita a proponer ese error, pero sin demostrarlo en mínimo grado. En cambio, contrariando lo que afirma el actor, y al ratificar el inicial informe de la Policía (fl. 3-1), los policiales que dieron captura a los procesados declararon (fls. 151 y 153-1) que Villegas Jara tenía las manos ensangrentadas, que los machetes los botaron cuando corrían y que en ese momento de la aprehensión, los testigos reconocieron a los capturados y dijeron "que ellos habían sido" participantes en los hechos. Ahora bien: Que en la diligencia de reconocimiento en fila de personas, no haya ocurrido lo propio, se explica porque —como ellos mismos lo declararon después— a los

testigos les dio temor reafirmar que sí eran los mismos agresores, cuya ferocidad ya naturalmente conocían a raíz de la delincuencia recién ocurrida.

En relación con la queja del casacionista porque no se enviaron los dichos machetes al Instituto de Medicina Legal, el Tribunal acertó al precisar: "En cuanto al envío de las armas a Medicina Legal para su examen, considera la Sala que aquella prueba no arrojará luz al proceso y no ayudará al juzgador para el esclarecimiento de los hechos, ya que el proceso cuenta con prueba diferente que al ser analizada de manera correcta servirá para determinar la clase de herida, con cuál arma debió causarse, etc., y por esta razón se estima improcedente o inconducente..." (fl. 40-2).

En cuanto a las consideraciones que el casacionista hace con respecto a la participación de personas en el delito, y concretamente a la coautoría, de nuevo se insiste en que en la acusación y en el fallo expresamente se anotó que los procesados actuaron *conjuntamente* y con división de trabajo, lo cual torna impertinentes los insistentes reclamos del censor en relación a que no se sabe o no se dijo qué había hecho en concreto cada uno de los justiciables, objeción esta del casacionista que, en el fondo, copa todo su escrito impugnatorio.

No sale avante el cargo.

Cargo segundo:

El yerro de derecho por falso juicio de legalidad que propone el casacionista con base en la aseveración de que la prueba no se apreció en conjunto (casi baste decir que no sustenta ese mero enunciado), es un error equivocadamente identificado, pues sábese que este consiste en que determinada prueba se practique o allegue con preterm isión de los requisitos legales esenciales, cosa que la hace inexistente y por lo tanto no analizable desde ningún ángulo. Ni de lejos el censor demuestra que esa preterm isión se haya dado en el presente caso.

El no evaluar la prueba sistemáticamente o en conjunto, viene a conformar un yerro de hecho, como cree la Delegada, en cuyo caso es menester que el casacionista establezca y pruebe a la Corte los errores cometidos en el análisis de cada prueba por causa de no haber tenido en cuenta otros datos probatorios, omisión esta que, se insiste, tiene que ser esencial para que afecte el cuadro probatorio. Desde luego que el censor no demostró estar en presencia de esta hipótesis, sino que se dedicó a disentir de la valoración probatoria general que hace el sentenciador, penetrando entonces en los terrenos de un falso juicio de convicción, error de derecho no admisible en la actualidad ante la ausencia de tarifa legal.

De todos modos, véase un aparte del fallo, en el que se hace referencia a la responsabilidad de los procesados: "Así, pues, fueron señalados de manera inequívoca los acusados como los mismos que en la noche del 8 de abril de 1990, con armas cortocontundentes causaron la muerte a Luis Adelfo e intentaron matar a otras dos, tal como con claridad ha quedado demostrado en el plenario" (fl. 74-5).

Y en la sentencia el Juzgado dijo precisamente que analizaba la prueba *en su conjunto*: "Sin embargo y en lo que atañe a su tesis de contradicción en los diferentes testimonios recogidos a lo largo y ancho de la investigación, hemos de afirmar que al ser estudiados en su conjunto se desprende la participación de la familia Apache Jara y Villegas Jara en los acontecimientos narrados y conocidos en este fallo, de lo que resulta incuestionable que la versión dada por Marlene Martínez, María Alicia González de Mojica, Ramiro Mojica Martínez y José Evelio Buriticá, se acomoda más a la lógica normal de ocurrir las cosas, máxime cuando son acordes en lo vertebral de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos; mientras que al otro grupo, conformado por los enjuiciados Héctor Joaquín Apache Jara, Ramiro Villegas Jara y la declarante Marisol Posada, merecen serios reparos al haber negado rotundamente su participación en los acontecimientos, para luego tratar de presentar una coartada que no tiene respaldo probatorio; por el contrario, choca palmariamente con el conjunto de elementos de convicción allegados al expediente" (fls. 170-171-4).

Por último, no sobra señalar que se practicaron numerosas pruebas solicitadas por la defensa, dentro de las cuales están las ampliaciones de las declaraciones rendidas por los principales testigos (fls. 157 y ss.-1).

Así las cosas, la demanda no prospera y el fallo impugnado no se casará.

El alegato de abstención presentado:

Curiosamente, la defensora pública del procesado Héctor Joaquín Apache Jara, en lugar de presentar la respectiva demanda de casación, para lo cual recibió poder, presentó un escrito "de abstención" por considerar que no había ninguna razón para casar la sentencia, extraña actitud de la cual será informado el superior de la apoderada (fls. 96 y ss.-5).

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.

Por la Secretaría de la Sala, líbrese la comunicación indicada en la parte final de este fallo.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas. Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION

Desde mucho antes de que se produjeran trascendentales reformas a la nulidad y su declaratoria, la Corte Suprema de Justicia en reiterada y uniforme jurisprudencia, había sostenido que pese a ser la nulidad una excepción al principio de limitación que rige el recurso extraordinario de casación, en el sentido de poder ser declarada oficiosamente, ello en sí, no constituía una licencia para que los recurrentes demandaran su declaratoria limitándose a un solo enunciado, sino que era necesaria que quien la alegara debía demostrar en qué consistía la irregularidad, cuál era la nulidad alegada, y el perjuicio sustancial ocasionado a la parte interesada y sólo, cuando cumpliesen con tales requisitos era dable a la Corporación hacer un pronunciamiento positivo en cuanto a su existencia. / Lo que antes constituía una simple jurisprudencia, hoy es ley, porque en el numeral 2 del artículo 308 del C. de P. P., recoge los elementos estructurantes de la jurisprudencia de la Corte al disponerse: "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". / Si lo que pretende el censor es demostrar que fue procesado y condenado una persona inocente, puesto que el verdadero autor nunca fue vinculado procesalmente, es evidente que otra debe ser la vía del ataque, porque para que se llegue a tan aberrante, pero posible situación, es necesario que se hubiesen presentado graves yerros en el juzgamiento, en la apreciación de las pruebas, bien por circunstancias de hecho o de derecho, porque para que ello pueda ocurrir es evidente que se tienen que haber omitido en su consideración pruebas legalmente existentes en el proceso, o haber apreciado otras que no existían en el mismo, o las que si fueron apreciadas, de una manera distorsionada o porque se tuvieron en cuenta pruebas ilegalmente producidas o allegadas al proceso, y serían estos algunos de los errores de apreciación probatoria que podrían llevar a tan grave error judicial.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 052.

Vistos:

Por sentencia del 24 de febrero de 1982 emanada del Juzgado Primero Superior de Villavicencio se impuso a *Benjamín Herrera Naranjo* la pena principal de diez años de prisión, como responsable del delito de homicidio voluntario cometido en la persona de Luis Daniel Méndez Urueña.

La anterior decisión fue confirmada por sentencia del 7 de octubre de 1992. Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente declarada admisible la demanda por reunir las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicitó no se casara el fallo impugnado. La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos:

Ocurrieron en la noche del 17 de diciembre de 1989 en la localidad de Granada (Meta), en el establecimiento público denominado El Bohemio, situado en la plaza de mercado, donde fue herido por arma cortopunzante, con una navaja, el señor Luis Daniel Méndez Urueña quien falleciera poco después en el hospital de la localidad.

Actuación procesal:

Se abrió el correspondiente proceso por auto del 4 de enero de 1990 y el 17 de enero siguiente se escuchó en diligencia de indagatoria al señor Benjamín Herrera Naranjo.

Por auto del 24 de enero de 1990 se decretó la detención preventiva contra el sindicado.

Allegadas varias probanzas fue cerrada la investigación y por auto del 4 de junio de 1990, se dictó resolución de acusación contra el procesado por el delito de homicidio, reconociéndosele la condición de inimputable por tratarse de un alcohólico crónico.

El 27 de mayo de 1991 fue realizada la diligencia de la audiencia pública, en la cual y por solicitud del fiscal y como consecuencia de las

pruebas practicadas en el periodo probatorio de la causa, el juez de conocimiento varió la calificación provisional señalada en el pliego acusatorio, modificando la culpabilidad del ilícito a título de dolo y no de culpa como le fuera deducido en la primera oportunidad.

Por auto del 28 de mayo en virtud de lo resuelto en la audiencia pública al modificarse el calificatorio se ordenó revocar la libertad provisional antes concedida y así mismo, le fue proferida la correspondiente orden de captura.

La sentencia de primera instancia fue proferida el 24 de febrero de 1992 y la de segunda el 7 de octubre del mismo año.

Los argumentos de la demanda:

Al amparo de la causal tercera solicita el recurrente que se declare la nulidad del proceso, por considerar que de conformidad con lo dicho por un testigo presencial, fue otra persona la autora del homicidio investigado, llevándolo a concluir: "De tal manera que nos encontramos ante una nulidad de carácter constitucional, ya que, al deducir una conducta delictuosa, no se procedió a la vinculación del respectivo sujeto ejecutor".

El criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Considera que no es del caso acceder a lo solicitado, puesto que no se cumple con las exigencias técnicas para este tipo de solicitudes como lo ha precisado la Corporación en el sentido de que deberá señalar con precisión la clase de nulidad invocada, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, con la cita de las normas que estime infringidas y de qué manera la irregularidad afectó los derechos de la parte interesada.

Estima que el procesado se encuentra debidamente identificado "y lo que en el fondo muestra el casacionista es un desacuerdo con el análisis y valoración que efectuó el fallador en la sentencia recurrida de los diferentes medios probatorios obrantes en el proceso, lo que no es de recibo en sede de casación y menos cuando se ha demandado con apoyo en la causal tercera (nulidad)".

Concluye que en definitiva el problema consiste en una diversa valoración probatoria. "En efecto, en el conjunto de declaraciones testimoniales aparecen varias de ellas atribuyendo el homicidio al sentenciado, pues afirman que se acercó a la víctima, y le infirió la cuchillada mortal. Igualmente pasa la declaración de Rosabel Firigua, que sostiene que quien causó la herida mortal a la víctima no fue el procesado sentenciado, sino su acompañante en el momento del suceso averiguado, llamado o apodado 'Abadías' o el 'Jiriguelo'. La Sala se

inclinó por otorgar credibilidad a la primera versión probatoria, desechando la segunda".

De ello deduce que no es de recibo la impugnación presentada y por tanto, solicita no se case el fallo atacado.

Consideraciones de la Sala:

Desde mucho antes de que se produjeran trascendentales reformas a la nulidad y su declaratoria, la Corte Suprema de Justicia en reiterada y uniforme jurisprudencia, había sostenido que pese a ser la nulidad una excepción al principio de limitación que rige el recurso extraordinario de casación, en el sentido de poder ser declarada oficiosamente, ello en sí, no constituía una licencia para que los recurrentes demandaran su declaratoria limitándose a su solo enunciado, sino que era necesario, quien la alegara debía demostrar en que consistía la irregularidad, cual era la nulidad alegada, y el perjuicio sustancial ocasionado a la parte interesada y sólo, cuando cumpliesen con tales requisitos era dable a la Corporación hacer un pronunciamiento positivo en cuanto a su existencia.

En este sentido la Sala había sostenido:

> "Ante la creciente proliferación de demandas de casación inadecuadamente elaboradas con base en la causal de nulidad, la Corte considera necesario reiterar los requisitos formales que ella debe reunir para que sea viable su estudio.
>
> "1. No basta presentar la demanda alegando alguna nulidad, para que la Corte deba proceder a la revisión oficiosa de toda la actuación procesal para determinar si se incurrió en ella en alguna causal de nulidad. No es ese, en manera alguna, el alcance del inciso 2º del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal (hoy art. 228) en el que se dice que la Corte podrá declarar nulidades oficiosamente.
>
> "El recurso de casación no es un mecanismo oficioso de control legal de las sentencias, y él sólo procede por demanda presentada por parte debidamente legitimada, por las causales y con los requisitos señalados por la ley. Si con ocasión del trámite de la demanda encuentra el magistrado sustanciador que en la actuación procesal se incurrió en alguna causal de nulidad, procederá a declararla, así no haya sido propuesta por el recurrente. Pero de dicho estudio no aparece claro, no tiene por qué la Corte adelantar oficiosamente la revisión de todo el proceso para determinar si en alguna de las instancias se ha incurrido en causal que amerite su declaratoria, como suelen solicitarlo equivocadamente algunos recurrentes. La tramitación oficiosa de nulidades en casa-

ción es una facultad discrecional del magistrado sustanciador, que podrá ejercer cuando a su juicio hayan méritos suficientes para ellos.

"……

"3. De acuerdo con los postulados anteriores, cuando se trate de una demanda de casación fundada en la causal de nulidad, deberán cumplirse con los siguientes requisitos:

"a) El recurrente deberá señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: Falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, o falta de motivación de la sentencia;

"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 trate de falta de competencia, deberán darse las razones por las cuales se considera no haber sido competente el funcionario que conoció 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 hubieren suscitado por esta causa.

"En el caso de violación del debido proceso, se debe establecer la comprobada existencia de una irregularidad sustancial, que son las que afectan la estructura que tipifica el sistema mixto que le 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 considere lesiva, especificando la norma que se viola, y determinando con precisión la manera como tal violación insidió 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 ellas 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 sentencias 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 su 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" (Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel. Auto de enero 30 de 1990).

Pero lo que antes constituía una simple jurisprudencia, hoy es ley, porque en el numeral 2 del artículo 308 del C. de P. P., recoge los elementos estructurantes de la jurisprudencia comentada al disponerse: "Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".

El impugnante en el caso a estudio, no cumple con las mínimas exigencias de técnica en relación con la posible declaratoria de esta grave sanción procesal, pues se limita a sostener que la persona condenada no fue la autora del homicidio investigado y que en realidad el autor, fue otra persona conocida con los alias del "Jiriguelo o Abadías", constituyendo una nueva versión de apreciación probatoria di-

versa de la de los juzgadores, pretendiendo así que prime la propuesta, sobre la que fue expuesta y valorada en los fallos que son objeto de censura.

Es evidente que la situación planteada por el casacionista no encaja en ninguna de las causales previstas en la norma legal (incompetencia, la existencia de irregularidades que afecten el debido proceso o la violación del derecho de defensa) y es por ello, la imposibilidad de cumplir con las exigencias técnicas para este tipo de peticiones establecidas en la jurisprudencia y en la ley.

Si lo que pretende el censor es demostrar que fue procesado y condenado una persona inocente, puesto que el verdadero autor nunca fue vinculado procesalmente, es evidente que otra ha debido ser la vía del ataque, porque para que se llegue a tan aberrante, pero posible situación, es necesario que se hubiesen presentado graves yerros en el juzgamiento, en la apreciación de las pruebas, bien por circunstancias de hecho o de derecho, porque para que ello pueda ocurrir es evidente que se tienen que haber omitido en su consideracion pruebas legalmente existentes en el proceso, o haber apreciado otras que no existian en el mismo, o las que sí fueron apreciadas, de una manera distorsionada o porque se tuvieron en cuenta pruebas ilegalmente producidas o allegadas al proceso, y serían estos algunos de los errores de apreciación probatoria que podrían llevar a tan grave error judicial como el propuesto por el casacionista.

Se había sostenido en antecedencia que lo realmente propuesto por la defensa era una diversa forma de apreciación probatoria, porque los testigos iniciales que declaran ubican claramente al procesado como único autor, pero varios días del acaecer delictivo la defensa solicita que se reciban los testimonios de Rosabel Firigua Hurtado y Arnulfo Jaimes Aguilar, afirmando la primera que el autor de la herida fue un sujeto conocido como Abadías, pero en relación a esta controversia probatoria en la sentencia de primera instancia se lee lo siguiente:

> "Tales testimonios ofrecen toda credibilidad al Despacho, porque además de ser presenciales, se han limitado a decir la verdad, hasta el punto de dar cuenta cuando el amigo de Herrera Naranjo propina un puño a Luis Daniel y éste responde con un botellazo para seguidamente Benjamín propinarle la herida a Méndez Urueña y como ya se dijo emprender carrera en compañía de su amigo Abadías".
>
> "Posteriormente y a varios días del acontecer que nos ocupa la defensa solicita se oiga en declaración a Rosabel Firigua Hurtado y Arnulfo Jaimes Aguilar, señalando doña Rosabel que quien propinó la herida al hoy occiso fue un sujeto Abadías, quien se paró y se recostó contra el mostrador y ahí fue cuando le mandó la puñalada, es decir, dando un giro al investigativo; de acuerdo a esta declarante de

quien cometió el hecho, tendiente a favorecer al procesado empero estudiada con detenimiento su versión no favorece la seriedad y credibilidad en virtud a la ambigüedad y contradicción que presenta, porque en determinado momento nos dice que escuchó y observó el desenlace de los hechos, amén de que es desmentida por su propio compañero marital Arnulfo Jaimes Aguilar que se encontraba con ella en esos momentos".

Y en la sentencia de segunda instancia se reflexiona en la misma dirección cuando se afirma:

"Luego de acuerdo a lo anterior, es obvio que la declaración de Rosabel Firigua no ha de servir como base para resolver favorablemente la apelación. Rindió un testimonio deliberado, o pudo llegar a confundirse con la actitud y los movimientos del desconocido Abadías en su enfrentamiento con la víctima que la llevó a creer que fue éste y no Benjamín Herrera el autor del homicidio. Por lo mismo, no desvirtúa los cargos por los cuales se juzgó y halló culpable al acusado".

Con estas argumentaciones de las instancias se demuestra hasta la saciedad que lo que se propone como cargo en este extraordinario recurso, no es más que una discrepancia valorativa de los medios de convicción, en la que como siempre ha sostenido esta Corporación, debe prevalecer la de los jueces y no la de los impugnantes.

Tal como lo sostiene el Procurador de la Corporación, al no haberse cumplido con los requisitos mínimos exigidos por la técnica para esta clase de proposiciones, es evidente que el cargo debe ser rechazado.

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

Resuelva:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Cordillo Lombana, Secretario.

RESPONSABILIDAD PENAL / SENTENCIA / PREVARICATO / IN DUBIO PRO REO

Es pertinente advertir que en lo relacionado con la responsabilidad penal, por virtud de la ley una es la prueba necesaria para proferir resolución de acusación, para lo cual basta con que "exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio" que comprometa la responsabilidad del sindicado (art. 443 del C. de P. P.), y otra, mucho más exigente, la indispensable para emitir sentencia de condena, porque se requiere que la prueba conduzca a la certeza, no sólo sobre el hecho punible sino también en lo tocante con la responsabilidad del acusado (art. 247 ibídem). / El prevaricato "no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo; sino el derecho declarado y el conocido". Y si se parte de esta premisa, se deduce con claridad que para dar por demostrado un prevaricato, se debe confrontar la decisión tomada con la norma legal, pero teniendo siempre en cuenta el sentido que a ésta le da quien la aplica. Mas cuando la violación de la ley se presenta no en forma directa sino a través de la prueba, la confrontación debe hacerse entre la norma legal aplicada y el acervo probatorio obrante en el proceso, pero sin olvidar la convicción alcanzada por el sujeto activo con base en los elementos de juicio por él analizados, que es la que en últimas debe ser objeto de confrontación con la ley aplicada. Aquí también se presenta una contradicción entre la ley y la prueba conocida, tal como la asumió el sujeto agente. / La duda excluye la certeza y cuando no es posible su eliminación, es necesario resolverla a favor del sindicado, tal como categóricamente lo ordena el artículo 445 ibídem.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 51, mayo 10 de 1994.

Mediante la presente providencia la Sala dictará sentencia en proceso que por el delito de prevaricato se adelanta respecto de los doctores *Helena Gutiérrez Romero, Luz Magdalena Mojica Rodríguez* y *Luis Rodolfo Mora Mora*, magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, y *José Jairo Corredor Gómez*, Juez Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad.

Antecedentes:

Los hechos:

Los que son objeto del proceso fueron resumidos así por la Sala en oportunidad anterior:

> "En el año de 1981 la sociedad 'Profinanzas S. A. Compañía de Financiamiento Comercial' prestó $ 2.578.747.50 a la sociedad 'Casa Mayor y Cía.', con el fin de que ésta adquiriera acciones en aquella. Esa obligación se vencía en septiembre 22 de 1984 y ascendió a $ 6.432.345.00.
>
> "Mediante Resolución número 5981 del 30 de septiembre de 1983, la Superintendencia Bancaria había autorizado la 'fusión' de las sociedades 'Profinanzas' —ya citada—, 'Financiera Monserrate S. A. Morasa' y 'Financiera Continental', en una nueva sociedad que se constituyó con el nombre de 'Unión Financiera S. A.'.
>
> "El señor Roberto Collins Jiménez se desempeñaba como presidente de la citada sociedad 'Casa Mayor' y de 'Roberto Collins y Cía. Ltda.', y era accionista también de 'Unión Financiera'.
>
> "Como la aludida obligación de 'Casa Mayor' no fue cancelada, y la Superintentencia Bancaria apremiara a 'Unión Financiera' para que exigiera el cumplimiento de las deudas 'de dudoso recaudo' (vencimiento de más de un año), empezaron las conversaciones y las propuestas, hasta que finalmente, el 20 de diciembre de 1985 (cuando por razón de intereses la obligación había ascendido a $ 10.929.063.00), un empleado de 'Unión Financiera' abordó a Roberto Collins Jiménez en el aeropuerto Eldorado de Bogotá, quien recibió en préstamo por conducto de dicho empleado un cheque de 'Unión Financiera', por valor de $ 10.929.063.00, girado a favor de 'Roberto Collins y Cía. Ltda.', cheque este que Collins Jiménez procedió a endosar de inmediato a favor de 'Unión Financiera'. Con dicho título aparece cancelada la deuda de 'Casa Mayor' el 23 subsiguiente, mismo día en que fue consignado en la cuenta de la nombrada sociedad beneficiaria.

"Acto seguido, en el mismo aeropuerto, Roberto Collins Jiménez, en representación de 'Roberto Collins y Cía. Ltda.', procedió a suscribir a favor de 'Unión Financiera' el pagaré número 2275 por $ 12.108.760.00, con vencimiento marzo 20 de 1986.

"Dicho pagaré no fue cancelado, por lo cual los abogados de las sociedades, y el mismo Collins Jiménez en nombre de 'Casa Mayor' y de 'Roberto Collins y Cía. Ltda.', empezaron a cruzarse propuestas y a reunirse con el fin de llegar a un acuerdo: Collins Jiménez discutía el monto de la obligación y alegaba también que se trataba de 'una maniobra contable' (fls. 46 y ss.).

"Por Resolución número 5758 de octubre de 1986, la Superintendencia Bancaria tomó posesión de los negocios, bienes y haberse de 'Unión Financiera' (fl. 99), designando como agente especial al doctor Carlos Mantilla McCormick, quien entró de tal modo a representar a dicha sociedad, sin que finalmente admitiera las propuestas de pago hechas por los abogados de Collins Jiménez, lo que motivó que diera poder para iniciar el respectivo proceso de ejecución, presentándose la demanda correspondiente en abril de 1987 (fls. 8 a 10).

"Librado el mandamiento de pago, y notificado el demandado, propuso éste mediante apoderado dos excepciones:

a) 'Inexistencia de la obligación que se pretende cobrar en lo que al capital reclamado y sus intereses concierne', por estimar el excepcionante que se 'trató tan solo de una maniobra contable para capitalizar intereses usurarios y otras obligaciones de Roberto Collins y la sociedad Casa Mayor Ltda.'. Esa suma jamás ingresó a la empresa demandada, agregando que ello se hizo para 'evitar a la acreedora sanciones de la Superintendencia Bancaria' (fls. 40 y 41); b) 'Inexistencia parcial de la obligación que se cobra en lo que a capital respecta e inexistencia total en lo que a intereses concierne, por ser usurarios los liquidados', señalando que 'el doctor Collins además, dado su carácter de socio de la entidad acreedora, jamás pensó que se asaltara su buena fe al posteriormente utilizarse el pagaré con fines diversos al de la operación contable citada'.

"Al responder a ese escrito de excepciones, y luego al alegar, el apoderado de la demandante 'Unión Financiera' replicó que la prueba testimonial y documental (inspección judicial y peritaje) demuestran plenamente que con el cheque que endosó Roberto Collins Jiménez (y cuyo respaldo fue el

pagaré) se canceló la deuda de 'Casa Mayor', 'corroborándose así el endoso que la demandada predicó' (fl. 122) y añade que el giro del pagaré tuvo 'su origen en un crédito que la actora le concedió a la demandada, existiendo, entonces, contraprestación cambiaria que obliga a la demandada a satisfacer la obligación cartular pretendida'.

"'Si a la demandada se le concedió un crédito bajo las condiciones establecidas en la pericia —alega— y como consecuencia se le giró un cheque y éste procedió a endosarlo, en propiedad, a la misma giradora para cancelar obligaciones de terceros, es su problema, pero esta operación que obedeció a la mera liberalidad de la demandada, en nada afecta la cartular contenida en el pagaré, pues de su libre voluntad fue endosar el cheque para cancelar la obligación ajena' (fl. 123).

"E insistió el apoderado de la sociedad demandante en que 'por la misma autonomía de los títulos valores no se hace necesario que el dinero o mercaderías que ellos representan o contienen, ingresen físicamente al haber del beneficiario, ya que mediante el endoso pueden transferir a terceros el o los derechos en ellos incorporados. Se deduce que evidentemente la obligación pretendida y sus accesorios existe desde su nacimiento, que tiene una causa, que está en su plazo vencida, que su origen está en un contrato de mutuo, que es exigible'.

"Y al referirse a la segunda excepción, dice que en modo alguno los intereses son usurarios, y que 'la verdad de lo acontecido y probado, es que las partes realizaron un negocio jurídico de común ocurrencia entre comerciantes, quienes le dieron plena aplicación a las que regulan a los títulos de valor'.

"Mediante proveído del 21 de septiembre de 1989 (fls 139 y ss.), el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, a cargo del doctor Jairo Corredor Gómez aceptó 'como demostrada la excepción de inexistencia de la obligación, derivada de la falta de causa. En consecuencia se ordena la terminación del proceso y el archivo del expediente', levantándose las medidas cautelares y condenando en costas a la parte demandante. Argumentó que 'la sociedad demandada no recibió ninguna contraprestación por el pagaré que firmó, y como este pagaré es causa, pero en este caso no existe causa, o sea contraprestación por parte de 'Unión Financiera', se sigue que la excepción que la parte demandada propuso, debe prosperar bajo la denominación de inexistencia de la obligación, se configura, y debe ser admitida por el Juzgado, pues no importa el nombre dado a la excepción, lo fundamental es que se alegó y su supuesto de hecho se comprobó' (fl. 143).

"Apelada esa decisión por el apoderado de la sociedad demandante, el Tribunal, por medio de la suya de febrero 22 de 1990 (fls. 17 y ss.-2), la confirmó en Sala compuesta por los magistrados Helena Gutiérrez Romero (sustanciadora), Luz Magdalena Mojica Rodríguez y Rodolfo Mora Mora. Dijo el Tribunal: 'De las declaraciones rendidas por Manuel Galvis, Julio I. Castañeda y Germán Pradilla, se puede deducir que, efectivamente, *el pagaré tenía como finalidad recoger una obligación vencida de la sociedad Casa Mayor*, para evitar que fuera contabilizada como de dudoso recaudo, y mostrar contablemente un crédito reciente ante la Superintendencia Bancaria, de lo contrario ésta exigiría que se constituyera por la demandante una provisión por el valor total de la deuda, lo que quería evitar por estar en dificultades económicas' (fl. 18). No obstante, decidió el Tribunal que no había 'causa' ".

La acusación:

Mediante auto del 5 de febrero de 1992, se profirió resolución acusatoria contra los referidos funcionarios, por el delito de prevaricato previsto en el artículo 149 del Código Penal (fls. 309 y ss.).

Se fundamentó esa acusación en que el dicho fallo civil, al concluir que el pagaré carecía de causa (o que la misma era ilícita), desconoció flagrantemente el material probatorio estructurante del proceso ejecutivo correspondiente, y de manera especial la reiterada confesión de Roberto Collins Jiménez de sí deber ese título valor, quien propuso al respecto variar formas de arreglo.

Pruebas en el juicio:

1. Copia de la Resolución número 5758 del 29 de octubre de 1986 (fls. 76 y ss.-2), mediante la cual la Superintendencia Bancaria "toma posesión para liquidar los negocios, bienes y haberes de la sociedad Unión Financiera S. A.".

La intervención de la Superintendencia tuvo por causa que la sociedad había entrado en suspensión de pagos y reducido su patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito.

2. Dictamen sobre daños y perjuicios ocasionados con el hecho materia de la acusación, el cual concluyó con un daño emergente de $ 12.108.760.00 y un lucro cesante de $ 3.429.497.45 (fl. 178-2).

3. Inspección judicial en las sociedades "Unión Financiera", "Casa Mayor y Cía. Ltda." y "Roberto Collins y Cía. Ltda." (fls. 168 y ss.-2), con el propósito de establecer si la emisión del cheque número 133014, del 20 de diciembre de 1985, por $ 10.929.063.00, del banco Anglo Colom-

biano, se registró en la contabilidad de dichas sociedades y en qué circunstancias y efectos.

En el dictamen dado en relación con ese interrogante (fls. 184 y ss.-2), los peritos concluyeron:

a) Sí aparece registrado en la contabilidad de "Unión Financiera S. A.", en una de cuyas cuentas corrientes se canceló, dándose por cancelada la inicial obligación que tenía "Casa Mayor y Cía. Ltda."

b) Que en "Casa Mayor y Cía. Ltda.", "no existen auxiliares ni comprobantes de ingreso o egreso de los años 1985 y 1986" (fl. 183-2). Que por medio de comprobante número 008 de diciembre de 1985, se registró como asiento contable: "Acreedores-Unión Financiera tras. Roberto Collins & Co. Ltda. Débito: $ 10.271.892.00. Acreedores-Roberto Collins & Co. Ltda. Traslado saldo Unión Financiera: Crédito $ 10.271.892.00" (fl. 188 cit.);

c) La emisión del aludido cheque no aparece registrada en "Roberto Collins y Cía. Ltda.", pero se anota: "Se observó igualmente una nota de contabilidad calendada el 30 de diciembre de 1985, en la cual se refleja que están contabilizando en la cuenta deudores varios Casa Mayor la suma de $ 10.271.892.00; de tal registro no se presentaron soportes que evidencian el origen de ésta y no aparece constancia de quién la elaboró y aprobó" (fl. 189-2).

3. Obra fotocopia del aludido cheque (fl. 218), en cuyo dorso "Roberto Collins y Cía. Ltda." estampa un sello con la siguiente leyenda: "No aceptamos pagos parciales. Para consignar en la cuenta corriente".

4. Los extractos correspondientes prueban que "Unión Financiera S. A." carecía de fondos cuando emitió el referido cheque (fls. 220 y ss.-2).

5. Los defensores de los procesados y el apoderado de la parte civil solicitaron ampliación del nombrado dictamen (fls. 173 y ss.-2).

a) El contador de "Roberto Collins y Cía. Ltda.", Carlos Alfredo Castañeda Díaz, hace constar sobre "el traslado de la obligación de "Casa Mayor Ltda.", anotando que el pagaré garantizaba la deuda de "Roberto Collins y Cía. Ltda., con Unión Financiera S. A." (fl. 219-3);

b) Que la contabilidad que lleva Unión Financiera S. A. está bien, mas no las otras sociedades mencionadas (fl. 237-3);

c) Se reitera que con el cheque en cuestión, "Unión Financiera S. A.", canceló la obligación de "Casa Mayor", "independientemente que a la fecha del giro (del cheque) la sociedad no contara con los fondos suficientes para cubrir dicho importe" (fl. 323-3).

Audiencia pública:

1. En sus interrogatorios iniciales los procesados, aparte de suministrar datos sobre su vida, repiten que el proceso merecía una decisión como la que ellos emitieron, en el sentido de aceptar la primera de las excepciones propuestas (inexistencia de la obligación). La doctora Helena Gutiérrez destacó el trabajo excesivo existente, y la doctora Mojica Rodríguez sostuvo que el giro del pagaré obedeció a una "maniobra contable" para evitar sanciones de la Superintendencia Bancaria, reafirmando que nunca quiso violar la ley.

2. En uso de la palabra, el fiscal Domingo Orlando Rojas (fl. 317-3) dice que el cheque no ingresó al patrimonio de "Roberto Collins y Cía.", ni aparece en los libros de contabilidad de esta compañía, y que el pagaré se otorgó para evitar que la deuda "de dudoso recaudo" ocasionara problemas. Insiste en que lo que hubo fue una "maniobra fraudulenta" y que en momento alguno "Roberto Collins" era deudor, a más de que el pagaré se giró en insólitas circunstancias, y no con la intención de hacerlo negociable. Se refiere a la carta del 16 de junio, cuando Roberto Collins Jiménez le dice a "Unión Financiera": "Conocedora usted de cuál es el origen del crédito" (fl. 323-3), y resalta que Roberto Collins Jiménez es cómplice de "la maniobra fraudulenta", motivo por el cual no negó que hubiera emitido el pagaré, y enfatiza en que "Unión Financiera" no podía prestar dinero porque no tenía, señalando que la "operación fue simulada".

Termina sosteniendo que por lo menos el caso era "discutible", por lo cual no existe prevaricato, y que si se admite que la conducta es típica, debe reconocerse la inexistencia de dolo. Pide absolución.

3. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, doctor Carlos Augusto Gálvez Argote (fls. 323 y ss.-3), dice que el salvamento de voto al auto que no repuso la resolución de acusación, y el fiscal en su alegación, tienen razón, señalando que la sentencia civil es lacónica pero acertada. Resalta que el Juez Civil falla exclusivamente de conformidad con lo pedido, sin que le sea dable adentrarse en temas no planteados, indicando que si la segunda excepción propuesta discutió únicamente la cuantía de la obligación, ello no quiere decir de manera alguna que estuviera negando la primera excepción, es decir, admitiendo la existencia de la obligación. Señala que cuando menos la causa del pagaré fue "ilegal", al pretender evadir la acción de la Superintendencia Bancaria (fl. 333-3) y que Roberto Collins Jiménez se prestó "al simulacro" o a esta "operación ficticia" generante del pagaré. Dice que la jurisprudencia penal ha tratado de buscar "puntos de equilibrio cuando se trata por parte de la Corporación Penal de juzgar conductas de la jurisdicción privada" (fl. 337-3), y solicita que se absuelva a los procesados.

4. El apoderado de la parte civil señala (fls. 338 y ss.-3) que "se está haciendo un esfuerzo sobrehumano naturalmente respetable para

tratar de sacar avante la postura de la absolución" (fl. 338-3). Reitera que la conducta objeto de juzgamiento es típica; y que si se pretende reconocer una inculpabilidad en la misma "ésta debe aflorar en forma clara, normal, lógica, coherente con la prueba", cosa que no acontece en el presente caso.

Hace el apoderado de la parte civil un recuento de lo ocurrido, y señala que sobre la responsabilidad de los procesados existe una "lluvia impresionante de pruebas" (fl. 343-3). Insiste en que la causa del pagaré estaba muy clara en el proceso ejecutivo, pese a lo cual los funcionarios acusados decidieron en forma contraria a esa evidencia. Indica que el origen del pagaré fue nítidamente un crédito de "Unión Financiera" a "Roberto Collins" (por haber la primera de esas sociedades pagado una deuda de esta última) y pone de presente cómo el mismo apoderado de Roberto Collins Jiménez en el proceso civil, admite que éste endosó el cheque (fls. 345-3 y 41 del proceso civil).

Pone de relieve cómo Roberto Collins confesó la deuda proveniente del pagaré e hizo varias propuestas de arreglo de la misma; lee algunas declaraciones atañaderas a dicha deuda, hace una historia de ésta y objeta que como mínimo paradójico "se diga tranquilamente que este pagaré no tenía causa" (fl. 352).

Se refiere a peritajes sobre la cancelación de la primigenia deuda, cancelación que se hizo con el referido cheque, dice, y enfatiza que en diversas partes del proceso civil constaba al momento del fallo que Roberto Collins Jiménez admitió deber al pagaré y ofreció pagarlo, como también confesó endoso del cheque. Dice que la parte demandada al responder las excepciones se limitó a argüir la falta de causa y recalca que Roberto Collins Jiménez es el "mismo patrón" de "Casa Mayor" y de "Roberto Collins y Cía.".

Subraya que el cheque aparece correctamente registrado en la contabilidad de "Unión Financiera", según peritaje que decretó la Sala de manera oficiosa, y que en cambio las otras dos sociedades mencionadas fueron halladas "saqueadas" y desordenadas. En fin, dice, en el juicio se corroboraron los cargos de la resolución de acusación, porque en esencia, mediante las inspecciones judiciales se comprobó que la emisión del cheque fue contabilizada de alguna u otra manera en las tres empresas, lo cual no hubiera ocurrido de haber sido una "maniobra contable" de "Unión Financiera S. A.", para quedar ésta bien con la Superintendencia Bancaria.

Dice que, como se recalcó en la resolución de acusación, la existencia o no de fondos respecto del cheque resultaba "indiferente" (fl. 367-3), y señala que era "improbable" que el banco Anglocolombiano no pagara ese cheque, pues este banco es socio de "Unión Financiera". También resalta que según los peritajes, "Casa Mayor" y "Roberto Collins" llevaban irregularmente la contabilidad.

Refiriéndose a la causa de la resolución de la Superintendencia de tomar posesión de los bienes de "Unión Financiera", dice que de por sí la cesación de pagos en modo alguno es un fraude, motivo por el cual de esta circunstancia no puede hacerse desprender la ilicitud de la causa. Dice que si los funcionarios acusados estudiaron este "pequeño" proceso ejecutivo, con mayor razón se revela el dolo.

Explica por qué nada tiene de raro que el pagaré se haya otorgado en el aeropuerto Eldorado, y reafirma que en rigor jurídico no puede hablarse de "nulidad" del pagaré (de la cual habló en la audiencia uno de los procesados) ni de "simulación" del respectivo contrato de mutuo. Habla de lo relativo que resulta referirse al "mal estado" financiero de las sociedades en comento (como se ha hecho con respecto a "Unión Financiera"), y repite que los funcionarios acusados prevaricaron, pues la prueba de la causal de pagaré le fue dada a conocer ampliamente en las alegaciones, a más de que abundantemente obraba en autos.

Pide que no se vaya a absolver a los procesados por medio del socorrido expediente de la "inculpabilidad por falta de dolo" (fl. 374).

Finalmente, objeta el dictamen que rindió el perito sobre daños y perjuicios causados con la delincuencia, y adjunta un escrito al respecto (fls. 384 y ss.-3 y 259-3).

5. El procesado José Jairo Corredor Núñez manifiesta (fls. 385 y ss.-3) que llegó a la conclusión de que el pagaré carecía de causa, porque no tuvo contraprestación cambiaria" (fl. 387), aparte de que lo que quiso "Unión Financiera" con esa operación fue demostrar ante la Superintendencia "un estado contable al día" (fl. 387-3). Reitera que en la respectiva demanda ejecutiva solamente se dijo que se había firmado el pagaré, pero nada más, aparte de que no existió la subrogación de que se habla en la resolución de acusación. Pide que se dicte fallo absolutorio.

6. El defensor de dicho procesado (fls. 393 y ss.-3) dice que no existe en el proveído civil que se cuestiona una "ilegalidad manifiesta"; que el pagaré se otorgó con el ánimo de "defraudar" a la Superintendencia Bancaria, tratándose de una "maniobra contable" que constituye causa ilícita.

Hace un recuento de lo que en su entender ocurrió en este caso y sostiene que el pagaré no se otorgó para pagar deuda de un tercero, aunque estima que Roberto Collins Jiménez "se prestó a la maniobra engañosa" (fl. 399-3). Dice que simplemente se trató de "un cambio de deudor" ("Roberto Collins" en vez de "Casa Mayor"), y que el pagaré respaldó un cheque sin causa, como que se entregó para que no circulara. Repite que el pagaré tuvo por objeto que "Unión Financiera" se "pusiera al día" y evitara sanción de la Superintendencia Bancaria.

Reconoce que se trata "de un caso problemático", frente al cual la decisión de los funcionarios procesados "era posible" (fl. 417-3), "me atrevo a decir que la única", dice el defensor. Pide que se profiera fallo absolutorio.

7. El defensor del doctor Mora Mora (fls. 418 y ss.), manifiesta que las normas que regulan el sistema monetario son de orden público. Hace un análisis del funcionamiento de los establecimientos de crédito (fl. 420-3) y señala que sus directivos se enriquecen fácil y rápidamente. Dice que las sociedades que finalmente vinieron a constituir "Unión Financiera" se comportaron ilícitamente al "autoprestarse y autopagarse" dinero (fl. 428-3), e indica que en este caso no se ha pagado un solo centavo de la deuda de "Casa Mayor".

Afirma la inexistencia de causa del pagaré y se refiere a la declaración de Carlos Mantilla, Agente Especial de la Superintendencia Bancaria, para la representación en "Unión Financiera", y dice que este funcionario "escondió" cosas en su declaración, calificando de "palpable" la "inmoralidad" en que vivía dicha sociedad.

Deduce que tanto el cheque como el pagaré tuvieron "motivo ilícito" (el cheque porque las compañías no podían prestarse entre sí, y el pagaré porque se trató de una maniobra contable) y sigue analizando el estado financiero de "Unión Financiera", e indica que "el crédito nuevo que se hizo aparecer es absolutamente nulo por causa ilícita por contravenir el orden público y las buenas costumbres" (fl. 453-3).

Dice que había mérito suficiente para dictar el fallo civil que dictaron los procesados, para quienes demanda absolución.

8. Luz Magdalena Mojica Rodríguez (fls. 455 y ss.) manifiesta que al apelar del fallo de excepciones la parte demandante no dijo que lo revocara porque había subrogación ni nada análogo, y que ésta era la causa del pagaré. Afirma que el cheque no fue endosado y que carecía de fondos, por lo cual califica los hechos de "una farsa".

Dice que, en fin, no existió subrogación, porque "Roberto Collins" no pagó por Casa Mayor, que el cheque no tenía fondos y que se trató de una "simulación, para evadir que la Superintendencia Bancaria entrara a controlar esa entidad que se hacía autopréstamos, que hacía préstamos indebidos, que giraba cheques sin fondos" (fl. 465).

Pide entonces fallo de absolución.

9. La procesada doctora Helena Gutiérrez Romero, sustanciadora del referido proceso civil de ejecución (fls. 466 y ss.-3), dijo que estuvo y está convencida que el fallo de excepciones es correcto. Dice que con base en el principio de congruencia el juzgador civil únicamente puede resolver sobre lo pedido y lo excepcionado, y que al firmar este

pagaré solamente se pretendió "justificar ante la Superintendencia Bancaria el no pago de obligaciones, justificar, no pagar, que es otra cosa muy diferente a pagar, quería aparentar una situación contable, ficticia pero muy conveniente para la Unión Financiera" (fl. 472-3), lo que la magistrada estima "objeto ilícito", afirmando que "nunca salió el dinero de la supuesta prestamista" (fl. 477-3). Alega que si bien se dijo en el fallo de excepciones que el objeto del pagaré fue el de recoger "la obligación vencida de Casa Mayor", el propósito de esta operación no fue real sino evitar que esa deuda fuera contabilizada como de "dudoso recaudo" y mostrar contablemente un crédito reciente a la Superintendencia Bancaria; y agrega: "Lo que hicieron fue cambiar de deudor, lo que le permitió a la entidad financiera recuperar la provisión y excluir de su cartera y de dudoso recaudo la obligación a cargo de Casa Mayor Ltda." (fl. 480-3).

Dice que "Roberto Collins" contabilizó lo referente al cheque "por información suministrada a contabilidad", pero Roberto Collins ni giro ni recibió suma alguna.

Sostiene que en el fallo de excepciones se omitió decir que había causa ilícita, pero que ésta "se desprende" de lo dicho con antelación en el fallo mencionado y de lo que obraba en el proceso.

Finalmente indica que puede haber otra interpretación del caso, pero que aquí "fue de mi absoluta convicción sacar el proceso en esta forma" (fl. 485). Pide que se dicte fallo absolutorio.

10. El defensor de las procesadas doctoras Helena Gutiérrez Romero y Luz Magdalena Mojica Rodríguez, dice primeramente que los procesados han demostrado la convicción de haber tomado una decisión acertada, para lo cual han dado las razones. Dice que el fallo es consecuente con la prueba que obraba en el proceso y enfatiza en que la operación del pagaré fue "puramente contable", para que la Superintendencia no tomara parte en el asunto. Afirma que el cheque no fue endosado, no circuló, y que las cartas, especialmente la de 16 de junio de 1986, se hicieron para evitar esa intromisión de la Superintendencia (fls. 490 y ss.-3).

Opina que las pruebas de la etapa del juicio avalan la ilicitud de la causa y la "justicia de esa decisión", refiriéndose al fallo de excepciones, y agrega que esas pruebas demuestran "un aspecto fundamentalísimo" (fl. 492-3), como es el del pago, que se infirmó con el allegamiento del cheque, que no está endosado ni se hizo circular, y que refrenda lo dicho en el sentido de que el pagaré se otorgó para evitar que la deuda "fuera contabilizada como de dudoso recaudo" (fl. 493).

Pone de presente el "mal estado" financiero en que se hallaba "Unión Financiera" y opina que en todo caso la situación jurídica civil

que los magistrados afrontaron es "compleja y admite múltiples interpretaciones" (fl. 494-3).

Pone de manifiesto la buena fe que presidió la actuación de los funcionarios procesados, y manifiesta que la sola posibilidad "de que sea opinable" el tema, excluye el dolo. Pide la absolución de los procesados, reiterando que el fallo de excepciones no desconoció la prueba y que aquellos obraron convencidos de la justeza del proveído y con entera buena fe.

Consideraciones de la Corte:

I. Según la resolución de acusación, tanto la providencia fechada el 21 de septiembre de 1989 y firmada por el doctor Jairo Corredor Gómez en su calidad de Juez Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, como la emitida el 22 de febrero de 1990 por la Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta misma ciudad, suscrita por los magistrados Helena Gutiérrez Romero, Luz Magdalena Mojica Rodríguez y Rodolfo Mora Mora, que le impartió confirmación, son determinaciones prevaricadoras porque en ellas sus autores, conscientemente, tomaron decisión manifiestamente contraria a la ley, al admitir una excepción (inexistencia de la obligación) no probada.

Es pertinente advertir que en lo relacionado con la responsabilidad penal, por virtud de la ley una es la prueba necesaria para proferir resolución de acusación, para lo cual basta con que "exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio" que comprometa la responsabilidad del sindicado (art. 441 del C. de P. P.), y otra, mucho más exigente, la indispensable para emitir sentencia de condena, porque se requiere que la prueba conduzca a la certeza, no sólo sobre el hecho punible sino también en lo tocante con la responsabilidad del acusado (art. 247 *ibidem*).

La mayoría de la Sala estimó el hecho típico deducido en la resolución de acusación suficientemente acreditado, tal como se analizó al proferirse dicha providencia (fls. 309 y ss. del cuaderno número 3) y se insistió al negarse la reposición propuesta contra ella (fls. 419 y ss.), con base en elementos de juicio que no han perdido su validez, razón por la cual todas sus consideraciones conservan su valor.

II. Desde la iniciación de este proceso todos los acusados han insistido en que obraron conforme a la ley, ya que en su criterio la entrega del pagaré no obedeció a una transacción real sino a una simple "maniobra contable", que tenía como finalidad evitar que la Superintendencia Bancaria sancionara a la firma "Unión Financiera S. A.", a la cual ya esta entidad le había llamado la atención respecto de la deuda que desde hacía más de un año estaba en mora de cancelarle "Casa Mayor y Cía. Ltda.".

Es preciso recordar ahora con el tratadista Sebastián Soler, que el prevaricato "no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo; sino entre el derecho declarado y el conocido". Y si se parte de esta premisa, se deduce con claridad que para dar por demostrado un prevaricato, se debe confrontar la decisión tomada con la norma legal, pero teniendo siempre en cuenta el sentido que a ésta le da quien la aplica. Mas cuando la violación de la ley se presenta no en forma directa sino a través de la prueba, la confrontación debe hacerse entre la norma legal aplicada y el acervo probatorio obrante en el proceso, pero sin olvidar la convicción alcanzada por el sujeto activo con base en los elementos de juicio por él analizados, que es la que en últimas debe ser objeto de confrontación con la ley aplicada. Aquí también se presenta una contradicción entre la ley y la prueba conocida, tal como la asumió el sujeto agente.

Aunque para la mayoría de la Sala, como ya se advirtió, la decisión tomada por los acusados fue claramente contraria a la ley, es posible que ellos, con base en el análisis e interpretación que hicieron de las pruebas aportadas al juicio ejecutivo, y sobre todo si se tienen en cuenta sus explicaciones vertidas en la audiencia, que complementaron la pobre fundamentación de las providencias cuestionadas, y las alegaciones formuladas por sus defensores, como también los razonamientos expuestos por los representantes del Ministerio Público y de la Fiscalía General de la Nación, no lo hubieran entendido así.

Objeto de profundas reflexiones han sido varios de los argumentos expuestos por los implicados y sus defensores, coincidentes, algunos, con los que a su vez manifestaron los representantes del Ministerio Público y de la Fiscalía General de la Nación.

La argumentación, por ejemplo, de que el cheque número 133014 por valor de $ 10.929.063.00, posiblemente nunca fue pagado (lo que podría desvirtuar la subrogación afirmada por la Sala en el pliego de cargos), porque ni había fondos suficientes para ello, ni al parecer tampoco había sido debidamente endosado, lo mismo que todo lo que se descubrió en relación con la manera irregular como operaba la firma Unión Financiera S. A., que hasta mereció ser intervenida por la Superintendencia Bancaria, son circunstancias que permiten pensar en la posibilidad de que los acusados hubieran acertado con su decisión.

Sobre este particular aspecto también resulta coherente la consideración del interés que tenía la empresa Unión Financiera S. A., por aparentar una real cancelación de la deuda, ya considerada de "dudoso recaudo" y a cargo de Casa Mayor, porque de no hacerlo así ni tampoco recibir el pago, habría tenido que afectar parte de sus activos para proteger este pasivo, que tenía varios años de existencia. Así lo había exigido la Superintendencia Bancaria. Esta consideración en verdad puede afectar el valor demostrativo dado por la mayoría al hecho de que la transacción hubiera sido registrada en la contabilidad

de las empresas involucradas en la negociación, en relación con todas las cuales tenía o había tenido intereses el señor Roberto Collins, pues este registro contable también era necesario hacerlo para poder engañar a la Superintendencia Bancaria, si era esto lo que se pretendía.

Todo lo anterior en verdad, haría posible la consideración de que el pagaré que sirvió de título ejecutivo tuviera una causa ilícita, la cual, por no poder servir de soporte a ninguna obligación, permitiría afirmar que éste en realidad carecía de ella (causa lícita) y así dar por demostrada la excepción propuesta.

Frente a esta posibilidad, no descartable categóricamente, de que los acusados hubieran acertado en su fallo al tener como "maniobra contable" algo que pudo haber tenido tal carácter, lo cual impediría calificar su decisión de contraria a la ley, no puede la Sala emitir una sentencia de condena por falta de los presupuestos señalados en el artículo 247 del C. de P. P. No hay que olvidar que la duda excluye la certeza y que cuando no es posible su eliminación, es necesario resolverla a favor del sindicado, tal como categóricamente lo ordena el artículo 445 *ibidem*.

Se absolverá, pues, a todos los procesados del cargo a ellos deducido en la resolución de acusación, por no haber podido llegar la Sala a formarse la certeza que exige una sentencia de condena.

No obstante haberse dejado pendiente para este momento procesal lo relacionado con el dictamen que determinó el monto de los perjuicios, la naturaleza del fallo que se pronunciará hace innecesario e inocuo cualquier pronunciamiento sobre este particular asunto.

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

Resuelve:

ABSOLVER a los doctores Helena Gutiérrez Romero, Luz Magdalena Mojica Rodríguez, Luis Rodolfo Mora Mora y José Jairo Corredor Gómez, de los cargos por los cuales se les dictó resolución de acusación en este asunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez NO, *Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

INDICES

INDICE CRONOLOGICO
DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR
PRIMER SEMESTRE DE 1994

Págs.

INDAGATORIA / CIRCUSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / INDEFENSION. El estatuto de procedimiento penal procura mantener la ordenación propia de la investigación, y del juzgamiento estableciendo términos dentro de los cuales debe actuarse, y además, no sólo en este aspecto sino en ionumeras diligencias, concede al instructor o al fallador atributos para aceptar o repudiar una solicitud de ampliación de indagatoria, conforme a los apremios probatorios y a la forma como viene desarrollándose el proceso. Por esto el artículo 361 del C. de P. P. indica específicamente la subordinación de una ampliación de indagatoria, a su conveniencia, aspecto que debe valorar, con ponderada discrecionalidad, el instructor o el juez. / Una superioridad en la agresión (víctima desprovista de arma, victimario armado), por sí y en todos los casos, no produce fatalmente la agravante de la indefensión, como tampoco el que sean dos, o más, los posibles agresores. Es necesario que aspectos tales se adicionen con otros ingredientes, y es así como a lo primero suele agregarse la percepción aprovechada de la ausencia de un objeto utilizable como protección o que de haberlo tenido y posibilitado su empleo, la acción hubiera tomado otro sentido; y en cuanto a lo segundo, que el número verdaderamente haya jugado papel en el avasallamiento, pues si fueron varios y uno apenas fue el que tomó sobre sí el peso decisivo de la conducta, la presencia o secundario comportamiento de los demás, no adquiere la significación pretendida. / La natural oscilación del cuerpo de quien ha consumido alcohol, así sea en dosis de reducida entidad, y la fuerza que contra él se emplea en acto de injusta agresión, no puede traducir por sí una condición de inferioridad manifiesta, que atraiga de manera condigna la severa represión. No, esto sólo puede traducir un punto de acentuación de la pena, conforme a parámetros bien distintos a los de agravación específica considerada por el Código Penal para homicidio, y, en este ámbito, debe quedarse la apreciación, para desbordar un rigor que no merece exasperarse y que debe atribuirse a casos bien distintos, objetivamente estimables como insufribles. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de MARZO 16 DE 1994. Decisión: Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: William González Muñoz. Delito: Homicidio agravado. Radicación número 8256. 7

DEMANDA DE CASACION. El demandante tiene la obligación de indicar "en forma clara y precisa los fundamentos" de la causal invocada. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martinez. Auto de casación

Págs.

de MARZO 16 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José A. Organista F. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas. Radicación número 9113. 19

DEMANDA DE CASACION (ACLARACION DE VOTO). Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de casación de MARZO 16 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda. Radicación número 9113. 23

JUEZ / SANA CRITICA / DEMANDA DE CASACION. La valoración del juez, así se ciña ésta a la más estricta de las reglas de apreciación, no siempre suscita acuerdo y asentimiento. Es perfectamente posible que alguna de las partes encuentre vacíos, desaciertos, imperfecciones, descuidos, dilogías, incoherencias, etc., pero la actitud no pasa de situación tal, o sea, de exteriorizar una divergencia de opiniones, ámbito dentro del cual debe mantenerse como más válida y procedente la interpretación señalada por el juzgador que la presentada por el recurrente. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de MARZO 16 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Alfonso Quintero y otros. Delito: Homicidio agravado. Radicación número 9246. 26

PECULADO POR EXTENSION / PECULADO POR APROPIACION. El Banco de Colombia después de su nacionalización quedó convertido en una sociedad de economía mixta del orden nacional, con aporte de capital mayoritario del Estado (más del 90 por ciento) y sus trabajadores, a excepción de su presidente, continuaron siendo trabajadores del sector privado, por mandato expreso del Decreto 1482 de 1986, pero sus trabajadores pueden estar incursos en el delito de peculado por extensión. / Estando penalizadas de idéntica manera el peculado por apropiación y peculado por extensión fuerza es concluir que si se dicta resolución de acusación por uno de ellos no se atenta contra la garantía del debido proceso, sino que se incurre en irregularidad meramente nominal del sujeto activo del delito, y en la denominación de éste, pero sin salirse del mismo capítulo, no genera nulidad, pues puede hacerse tal modificación que conserva la imputación fáctica esencial sin que se afecte el derecho de defensa. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación de MARZO 16 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Sergio Arbey Lozada. Delito: Falsedad en documento y peculado. Radicación número 7854. 41

PENA / DEMANDA DE CASACION. El artículo 35 de la Ley 81 de 1993, cuya vigencia se inició el 2 de noviembre del año en mención, aumentó el quantum del presupuesto de carácter punitivo exigido anteriormente para recurrir en casación, elevándolo a un mínimo de seis (6) años. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de casación de MARZO 17 DE 1994. Decisión: Declara improcedente el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Joaquín Rondón Martínez. Delito: Prevaricato por acción. Radicación número 8162. 56

Pág.

CAMBIO DE RADICACION. El cambio de radicación está instituido para conjurar circunstancias de orden general que puedan afectar, entre otras garantías, la imparcialidad de los funcionarios de un Circuito o un Distrito Judicial, mas no para conjurar situaciones de orden particular o individual. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Cambio de radicación de MARZO 17 DE 1994. Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Sexto Penal Municipal de Bucaramanga. Acción: Alba Sofía Rolón. Delito: Fraude mediante cheque. Radicación número 9178. 62

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION / PRUEBA / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD. El artículo 469 establecía originalmente como formas de calificación del mérito del sumario la resolución de acusación, la cesación de procedimiento y la reapertura de la investigación, ocupándose en los artículos 470, 34 y 473 de indicar los requisitos que para el proferimiento de cada una de esas tres alternativas se exigían. / Tratándose del auto de reapertura, el último de los preceptos evocados señalaba su procedencia cuando al momento de la sopesación del sumario no existiera prueba para ordenar la cesación o formular acusación, añadiendo que en tal caso el término de prolongación de la instrucción no excedería de sesenta (60) días, vencido el cual, tendría que clausurarse de nuevo el sumario en cuyo caso las opciones evaluativas se concretaban en acusar o cesar procedimiento. / La aducción irregular de una prueba redunda en la ocurrencia de falsos juicios de legalidad, que de hacerse relevantes podrían llevar a la casación del fallo y la adopción de una sentencia sustitutiva, mas no a la anulación de las actuaciones seguidas desde el decreto o allegamiento de la prueba irregular, como que de los medios probatorios no se sigue un encadenamiento preclusivo. / Una responsabilidad por dolo o por culpa no podría predicarse sino de un hecho típico probado y concreto. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de MARZO 17 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Pedro Elías Quevedo Romero. Delito: Homicidio tentado. Radicación número 7992. 65

DERECHOS DE AUTOR / DEMANDA DE CASACION. Como medio de protección al Derecho de Autor, en la ley aplicada se sanciona penalmente con prisión de tres a seis meses a la persona que en relación con una obra o producción artística inédita y sin autorización del autor, artista o productor, o de sus causahabientes, la inscriba en el registro, o la publique por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión, como si fuera suya o de otra persona distinta del autor verdadero, o con el título cambiado o suprimido, o con el texto alterado dolosamente. / Cuando la sentencia de primera y segunda instancia han sido proferidas en un mismo sentido, se entienden como una unidad inseparable, donde los argumentos y fundamentos de una cobijan a la otra y viceversa. En consecuencia, el libelista deberá tener el cuidado suficiente para demostrar con sus argumentos que las pruebas fueron desconocidas o tergiversadas en esa unidad que constituyen los fallos de primera y segunda instancia y además se deberá determinar la incidencia que dicho yerro tuvo en la decisión final tomada por los

Págs.

jueces de instancia. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de MARZO 17 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Acción: Alvaro Enrique Yance Pérez. Delito: Violación del artículo 232-1 de la Ley 23 de 1982. Radicación número 8121. 74

DEMANDA DE CASACION / FAVORABILIDAD. La Ley 81 del 2 de noviembre de 1993, en su artículo 35 modificó el texto original que traía el artículo 218 del Decreto 2700 de 1991 del C. de P. P. elevando el presupuesto punitivo de procedibilidad del recurso extraordinario de casación de cinco (5) años a seis (6) años de la sanción privativa de la libertad (mínimo de la pena máxima establecida para el delito por el cual se procede). / Partiendo del hecho de que la sentencia que impugna la parte civil es absolutoria, la hipótesis de favorabilidad para el procesado sería la situación de poner el proceso en condición tal que la condena no sea posible, lo que en este momento del trámite está representado en la improcedibilidad del recurso extraordinario. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de casación de MARZO 17 DE 1994. Decisión: Declara improcedente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Libardo Torres Tovar y otros. Delito: Prevaricato por omisión y por acción. Radicación número 8184. 90

ABUSO DE CONFIANZA / COLISION DE COMPETENCIA. El abuso de confianza se comete en el lugar donde deben entregarse las cosas. / De tratarse de una conducta estimable como abuso de confianza, por razón de la cuantía, sería del conocimiento de la autoridades de Policía, como contravención, y de referirse el comportamiento a un hurto agravado, se tendría, con prescindencia de justiprecios económicos, que asignar la competencia a un Juzgado Penal Municipal. / Antiguamente, por razón del contrato de transporte (que no es traslativo de dominio), se consideraba como abuso de confianza la apropiación de los objetos, mercancías o cosas entregadas con aquél fin de traslación. Se tenía en cuenta un fenómeno de confianza depositada en quien debía cumplir ese cometido, traicionada por el mismo, y la pérdida de vigilancia o custodia que se evidenciaba en quien hacía la entrega al transportador. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de colisión de competencias de MARZO 17 DE 1994. Decisión: Declara la competencia al Juzgado de Manizales. Procedencia: Juzgados Penales Municipales de Manizales y Buga. Acción: Orlando Lozada Quirós. Delito: Abuso de confianza. Radicación número 9162. 93

ABUSO DE CONFIANZA / HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA (SALVAMENTO DE VOTO). El abuso de confianza es un delito contra el patrimonio económico dentro del cual el agente no sustrae el bien, sino que se apodera de él después de que le ha sido lícitamente entregado por su dueño o poseedor en virtud de un título no traslativo de dominio. Incurre entonces en este delito la persona que después de haber recibido un bien mueble a título no traslativo de dominio, se apodera de él o lo usa indebidamente. / En el delito de HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA, el sujeto activo no tiene ningún derecho

Págs.

sobre la cosa y se apodera de ella contra la voluntad de su dueño abusando de la confianza que se le ha otorgado y que le permite tener una tenencia meramente precaria o material sobre el bien. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de colisión de competencias de MARZO 17 DE 1994. Radicación número 9162. 100

NULIDAD / DEBIDO PROCESO / SANA CRITICA / TESTIMONIO / INDICIO. La no verificación de citas y diligencias propuestas por el sindicado para comprobar sus aseveraciones puede generar nulidad por violación del debido proceso y desconocimiento del derecho a la defensa, en la medida en que ellas sean relevantes a sus intereses, es decir, que apunten a hechos fundamentales que tengan que ver con la tipicidad, imputabilidad o culpabilidad o con circunstancias modificadoras o aminorantes de esta última. / El nivel de credibilidad asignado por el juez a la prueba testimonial o indiciaria, siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, jamás puede ser objeto en casación como error de hecho porque dicha evaluación escapa a las hipótesis generadoras de dicho yerro probatorio: Como son la omisión, suposición o desfiguración inexcusable de la prueba o del hecho por ella revelado. De ahí que este medio extraordinario de impugnación no pueda convertirse en una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad dada a determinadas pruebas sujetas a la libre valoración del juzgador y cuya crítica se basa en la subjetividad del demandante. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: MARZO 17 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Benedicto Ardila Ariza. Delito: Homicidio: Radicación número 8204. 105

CASACION DISCRECIONAL. Cuando la impugnación extraordinaria se concreta por vía excepcional para el "desarrollo de la jurisprudencia", la discrecionalidad de la Corte para aceptarla no se extiende a situaciones comunes, repetitivas o meramente contingentes, sino a la necesidad del desarrollo doctrinario, con miras a la unificación de la jurisprudencia nacional (art. 219 *ibídem*), pues así expresamente lo señala el precepto. Como obligada consecuencia, no bastará entonces, con que el impugnante haya interpuesto en tiempo el recurso, tampoco con el señalamiento que haga del evento a que se acoge, pero ni siquiera con la genérica advertencia de que a su juicio se requiere retomar un tema en búsqueda de precisión o ampliación de los criterios, sino que el esfuerzo ha de adentrarse a señalar ante todo los aspectos errátiles, oscuros o carentes de un debido desarrollo, cuando no las consecuencias de agravio o de injusticia que una interpretación primera haya podido suscitar, todo lo cual implica la necesidad de hacer con toda claridad y precisión en que consiste el pronunciamiento o las variaciones a las cuales se aspira. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de casación de MARZO 18 DE 1994. Decisión: Declara inadmisible el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Acción: José Fernando Cubides Gómez. Delito: Delito contra el sufragio. Radicación número 9153. 116

Págs.

EXTORSION / COLISION DE COMPETENCIA. La situación normativa cambió radicalmente a la expedición de la Ley 81 de 1993, por cuanto ella expresamente derogó todas las disposiciones que le fueran 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" (art. 63). / Frente a la disposición comentada y al hecho de que la ley no hizo excepción alguna relacionada con las actuaciones procesales suscitadas por hechos cometidos antes o después de entrar en vigencia, es evidente que en su aplicación sigue los principios generales de la aplicación de la ley penal en el tiempo, esto es, que rige inmediatamente hacia el futuro para todos los asuntos, por tratarse de normas que señalan competencia. De ello se desprende que hoy en día la única norma aplicable en materia de competencia, en cuanto al delito de extorsión, es la prevista en la Ley 81 de 1993. / En la determinación de la cuantía que sirve de fundamento para determinar la competencia se debe tener en cuenta otra de las disposiciones de la Ley 81 de 1993, que viene del Decreto 2700 de 1991 y que aun cuando está incluida en la preceptiva que alude a la competencia de los jueces penales municipales, evidentemente no es de restrictiva aplicación en los asuntos de los cuales estos funcionarios conocen. Se trata del segundo inciso del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 11 de la Ley 81 de 1993. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de colisión de competencias de MARZO 22 DE 1994. Decisión: Asigna al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado Regional de Medellín. Acción: Normando Ariosto Aguirre Trejos. Delito: Extorsión. Radicación número 9214. 121

INDICIO / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. "La construcción del indicio no es simple sino compleja: Parte primero del hecho indicador (que se revela a través de una prueba, y si éste 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 que clase de intensidad, con el hecho indicado o que se busca establecer por este camino indirecto. Si el juzgador se equivocó o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal al definir qué es el indicio, es claro que falla en el juicio de identidad o de adecuación, que repítese, conforma un error de hecho...". Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación de MARZO 23 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Roger E. Parra Bueno. Delito: Estafa en concurso homogéneo. Radicación número 8237. 126

CASACION OFICIOSA / NULIDAD / SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD. Toda situación de mengua o privación de los derechos del individuo decidida por el juez, debe ser motivada y guardar relación con la conducta por la que se le condena. Indiscutible que la sanción así impuesta vulnera la garantía fundamental del debido proceso por desconocimiento del principio de la fundamentación de la pena. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación de MARZO 23 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia:

Pags.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. Acción: Oscar Aracu. Delito: Homicidio culposo. Radicación número 8385. 144

PARTE CIVIL. Para la aceptación de una demanda de parte civil tan solo se requiere que aparezca razonable la posibilidad de que quien reclama el resarcimiento haya sido la persona directamente ofendida o perjudicada con la infracción, porque la prueba del perjuicio y de su cuantía es precisamente el motivo del debate que habrá de definirse en la sentencia respectiva, de modo que mal podría imaginarse la posibilidad de invalidar lo actuado con la intervención de parte civil, por el solo hecho de que a la postre en el fallo se concluya que no se dio el perjuicio, o que éste no logró acreditarse, o bien que el acusado no resulta ante las consecuencias dañosas responsable. / Cierto es que por lo general la víctima del daño y titular en el resarcimiento se deduce consultando el bien jurídicamente vulnerado o puesto a riesgo con la infracción penal. Más, conviene en ello recordar que en una pluralidad de infracciones, entre ellas las contrarias a la Administración Pública, los bienes ofendidos, aunque diversos son coincidentes, de modo que a la par con la administración podrían verse vulnerados intereses privados como ocurriría en un delito de prevaricato, y con mayor diafanidad en infracciones como la concusión. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de MARZO 23 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Carlos Eduardo Bados Erazo. Delito: Concusión. Radicación número 8415. 152

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / LEGITIMA DEFENSA. La invocación de la violación directa de la ley sustancial implica para el censor el deber de aceptar, sin condiciones, los hechos tal y como los evaluó y valoró el fallador, al paso que en la hipótesis de la violación indirecta, es de su esencia, discutir la prueba, rechazando en forma total o parcial los hechos que la sentencia declara probados. Si la intención del demandante es atacar la apreciación que se hiciera de las probanzas en el fallo, o la existencia de la prueba, o su aducción ilegal, o su valoración probatoria, tiene a su disposición el ámbito de los errores de hecho (distorsión, omisión o suposición) o de derecho (legalidad y convicción) para alegarlo. Pero si, por el contrario, el yerro que observa versa sobre el juicio de valor que el sentenciador hiciera de una determinada norma sustancial, discrepando tan solo en cuestiones relativas a su aplicación o la interpretación jurídica de su contenido, sin consideración al aspecto probatorio, el ataque necesariamente ha de plantearse por la vía de la violación directa. / Para predicar la legítima defensa debe partirse de la base de que el comportamiento es típico pero no antijurídico al presentarse la realidad de la eximente. Confundir estos dos presupuestos básicos sobre los que se fundamenta la noción del delito es un craso error. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de MARZO 24 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Wilson Rodríguez. Delito: Homicidio. Radicación número 8637. 164

UNIDAD PROCESAL / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO. Carece de repercusión el hecho de que la Ley 81 de 1993 hubiese optado por

Págs.

aclarar que era dable el cierre fragmentario de la instrucción para unos procesos o unas infracciones solamente, pues si el principio de unidad no es absoluto, se repite, y sí la responsabilidad penal individual, ningún vicio se causa por el solo hecho de hacer escindible una instrucción, mientras no se vulneren las garantías fundamentales del procesado. / Tanto la opción prevista en el anterior artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, como las contenidas en el nuevo texto de los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal (arts. de la Ley 81 de 1993) los fallos condenatorios anticipados que allí se establecen tienen como presupuesto forzoso, includible e insuperable la ocurrencia y prueba de un hecho típico, antijurídico y además culpable, frente al cual, y sólo a él, procede y resulta de recibo la admisión de responsabilidad que hace por esas vías el procesado, dando lugar a una imposición de pena. / Repugnante a la justicia, y del todo contrario a un Estado de Derecho resultaría la posibilidad de que en la búsqueda tal vez de una liberación anticipada, o de una pena menor a la prevista en la ley para un caso concreto debatido, auspiciara la ley, cuando desavisados funcionarios judiciales, el proferimiento de sentencias condenatorias adversas a personas inocentes. / Siendo el artículo 139 del Código Penal un mecanismo de política criminal encaminado a estimular la reducción del daño causado por el sujeto agente a la administración pública, flaco servicio se le haría a aquella generalizando la aplicación de un precepto concebido apenas como excepcional, pues muy lejos de animar al arrepentimiento y al restablecimiento del derecho quebrantado, se daría incentivo a factores criminógenos como lo es el tolerarle al infractor desmedidas utilidades e ilícito enriquecimiento. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia de MARZO 24 DE 1994. Decisión: Confirma la providencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Alberto Sánchez Rodríguez. Delito: Peculado y prevaricato. Radicación número 9038. 171

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO). Remitirse a salvamento de voto de enero 28 de 1994. Radicación 9035. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. MARZO 24 DE 1994. Radicación número 9038. Vol. I. 131

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / HABER ACTUADO COMO FISCAL (SALVAMENTO DE VOTO). Remitirse a salvamento de voto de enero 28 de 1994. Radicación 9035. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. MARZO 24 DE 1994. Radicación número 9038. ... ... Vol. I. 138

ACCION DE REVISION. En la causal sexta de revisión se establece la posibilidad de invocar esta acción cuando haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria, mediante jurisprudencia de la Corte. Así las cosas, no es dable acudir, a esta causal para obtener decisión distinta a una absolución, esto es

Págs.

que queda por fuera cualquier otra pretensión que tenga como objetivo obtener beneficios derogados en el fallo que se ataca. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Acción de revisión de MARZO 24 DE 1994. Decisión: Rechaza la demanda. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Anderson Ospina Correa. Delito: Concusión. Radicación número 9122. 187

TIPICIDAD / PREVARICATO / CESACION DE PROCEDIMIENTO. No obstante la insistencia y pluralidad de argumentos que ha esbozado la defensa en el desarrollo de este proceso para señalar la dificultad que se presenta en la diferenciación entre las causales objetivas para cesar un proceso y las subjetivas, ello no ofrece tal grado confusión. / Desde el punto de vista de la dogmática penal, cuya vigencia admite el propio defensor, la tipicidad atañe a la conducta que el legislador ha descrito como constitutiva de delito; por tanto es inadmisible que se desvíe su contenido hacia otro de los aspectos de la infracción penal cual es el de la autoría y la responsabilidad. Es ello tan evidente que resulta un absurdo jurídico afirmar que una determinada conducta es atípica porque no se ejecutó tal o cual persona. De esta manera resulta absolutamente nítido y no sujeto a confusión alguna, que el análisis del grado de participación de un implicado en la realización de un hecho punible, es de naturaleza esencialmente subjetiva. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de segunda instancia de MARZO 24 DE 1994. Decisión: Confirma. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Jaime Humberto Gutiérrez Luque. Delito: Prevaricato. Radicación número 8853. 189

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / NULIDAD. Si la censura está encaminada a demostrar una equivocada interpretación en cuanto al contenido y alcance de la norma sustancial invocada, es sentido exclusivo de la violación directa, ya que ello implica que el precepto ha sido aplicado, aunque otorgándole un sentido jurídico que no posee, sin que para nada tenga incidencia en el supuesto en que esto ocurra en el juicio jurídico del fallador, el aspecto probatorio en su apreciación y valoración. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de MARZO 24 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Acción: Guillermo Porras Castillo. Delito: Homicidio. Radicación número 8229. 205

DEMANDA DE CASACION. En sede extraordinaria no está permitida la oposición de discernimientos pues no se trata de demostrar cuál de las tesis es más sugestiva o vigorosa, tarea reservada a las instancias. Unicamente se persigue establecer si el fallo proferido se ajusta a derecho, esto es, si encuentra respaldo en la normatividad y en la verdad procesal. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de MARZO 24 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Argemira Moreno de Silva. Delito: Homicidio. Radicación número 8570. 215

NULIDAD / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / APODERADO. Si bien es cierto que el numeral 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento

Págs.

Civil (hoy art. 140) da como causal de nulidad la "indebida representación de las partes", también lo es que el artículo 155 *ibídem* esclarecía que tal anotación sólo podría impetrarse "por la persona afectada", términos que hoy se repiten en el artículo 140 modificado por el Decreto 2282 que acaba de citarse. / De prosperar reproches por la causal primera, no es la invalidación del rito la solución que corresponde sino el proferimiento de un fallo de reemplazo. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de MARZO 24 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Edilia Sánchez Caselles de Leal y Alvaro Vargas. Delito: Falsedad en documento privado. Radicación número 8242. 224

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Tratándose del cuestionamiento a la prueba de apoyo de un fallo, sea por error de hecho o de derecho —violación indirecta de la ley sustancial—, el casacionista está en el deber de desvirtuar una a una, todas aquellas que son pilares de la decisión; si su ataque deja vigente el alcance y la trascendencia de una sola legalmente producida que tenga eficacia suficiente para sostenerla, obviamente la censura se torna ineficaz. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de casación de MARZO 24 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Fernando Rincón Rojas. Delito: Hurto. Radicación número 8114. 242

CASACION DISCRECIONAL. Los requisitos que debe cumplir el escrito por medio del cual se pretende acceder al recurso extraordinario de casación, por la vía excepcional o discrecional del artículo 218 del estatuto procedimental, no sólo debe cumplir con las exigencias propias del instituto sino también con otras adicionales, instituidas por el legislador para permitir su estudio. / Respecto a las primeras se requiere que se intente contra una sentencia de segunda instancia, que se proponga dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de dicha decisión y que el recurso lo impetre el procurador, su delegado o el defensor del imputado. Por consiguiente, los demás sujetos procesales (fiscal, parte civil, tercero civilmente) no pueden hacerlo aunque les es dable expresar su opinión como partes no recurrentes en el momento procesal asignado para tal fin. / De otro lado y como exigencias propias de esta excepcional vía, la controversia que se suscite ha de propender al desarrollo de la jurisprudencia, esto es a enriquecer temas ya tratados, proponiendo otras perspectivas jurídicas, remediando problemas surgidos de anteriores soluciones, en fin dándole al debate nuevas connotaciones que sirvan para exponer razonamientos novedosos hacia el futuro para casos análogos. Cuanto a las garantías fundamentales —piedra angular de nuestro sistema democrático— es evidente, que cualquier conculcación conspira contra él y debe ser corregida por la administración de justicia pues, en su salvaguarda, se encuentra su razón de ser. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de casación de ABRIL 1 DE 1994. Decisión: Decreta la nulidad e inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Acción: Alvaro de Jesús Jaramillo Palacio. Delito: Acto sexual con incapacidad de resistir. Radicación número 8684. 253

Págs.

SENTENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION. Sin que después del calificatorio ni antes de la sentencia haya previsto el legislador mecanismo alguno para salvar las eventuales inconsistencias del primero, como sí lo establecía la anterior normatividad procesal penal, constituye por tanto, un acto ineludible para el fallador al momento de dictar sentencia, pronunciarse sobre los cargos específicamente imputados en el pliego de cargos. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de colisión de competencias de ABRIL 4 DE 1994. Decisión: Dirime y asigna al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó. Acción: Fredy Sánchez Bedoya. Delito: Rebelión, secuestro y homicidio. Radicación número 9250. ... 257

COMPETENCIA / CONGRESISTA / FUERO / PREVARICATO. Ha precisado la Corporación que los hechos punibles que se imputan a los congresistas son de su exclusiva competencia, háyanse estos cometidos antes o cuando ya se tiene tal investidura. A partir del momento en que el acriminado deja de ser miembro del Congreso "el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas", según la preceptiva del parágrafo del artículo 235 de la Carta Política. / La prórroga de competencia, consecuente a una perdurabilidad de ese fuero constitucional de que gozan los parlamentarios no obstante la pérdida de la investidura, queda ligada exclusivamente a la naturaleza de la infracción investigada. Si por delitos ajenos al ejercicio profesional se procede, aquella y ésta se pierden; de lo contrario se conservan para todos los segmentos de la investigación que se adelantará hasta su finalización bien se llegue a ella en forma regular (sentencia) o extraordinaria (art. 36 del C. P. P.). / El delito de prevaricato omisivo básicamente se estructura por el incumplimiento de un deber legalmente contemplado, con plurales acciones consistentes en omitir, rehusar, retardar o denegar un acto propio de las funciones. Sin embargo para el incumplimiento de un deber, objetivamente constitutivo de la infracción, llegue a integrar un hecho punible, indispensable resulta que quien tenga a su cargo un determinado deber legal esté consciente de su existencia y aún así, voluntariamente lo omita, retarde o deniegue. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Unica instancia de ABRIL 4 DE 1994. Decisión: Se abstiene de abrir investigación. Acción: Pedro Martín Leyes. Radicación número 8345. ... 262

ESTAFA / ABUSO DE CONFIANZA. Tanto en la estafa como en el abuso de confianza la entrega del bien es voluntaria, la diferencia radica en que en el primero la voluntad está viciada por un error, mientras que en el segundo la voluntad está libre de todo vicio. Si para la adecuación típica del abuso de confianza fuera suficiente tener en cuenta que el bien llegue a manos del sujeto activo por entrega del sujeto pasivo, sin importar si dicha entrega se debió a la inducción en error o a un acto consciente y libre, prácticamente desaparecería la estafa. / El haber utilizado a la administración de justicia como medio para obtener el provecho ilícito, induciendo un juez en error para que profiriera una sentencia contraria a la ley, podría constituir un fraude procesal en concurso con la estafa, lo cual no constituye error en la

Págs.

denominación jurídica, si no una deficiente calificación que no puede dar lugar a que se compulsen copias, porque se violaría la prohibición contenida en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, haciendo más gravosa la situación del procesado que en este caso es recurrente único, ya que no se trata de hechos que no hubieran sido objeto de la investigación, ni que el juez no los hubiere apreciado, sino simplemente que al formular los cargos no se tuvo en cuenta que lo ocurrido generaba una imputación más. / Es cierto que los fallos de segundo grado no son simple requisito formal, limitados apenas a convalidar las tesis del inferior, en el supuesto de que las comparta. Su misión es la de revisar, el fallo recurrido o consultado, y atender, analizar y responder las tesis de la parte inconforme. Sin embargo, no puede obligarse al fallador, en el evento de que la decisión de primera instancia se encuentre en un todo acorde con la realidad procesal, a repetir sus argumentos para llegar a idénticas conclusiones. En situaciones como *éstas*, no obstante, debe exponer los motivos de acuerdo con el *a quo*, es decir, responder con claridad y precisión, el por qué de la decisión de primera instancia se ajusta a la realidad procesal, y por ende, indicar las razones que lo llevaron a desatender los razonamientos de la parte recurrente, si la hubiere. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Notas: Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de ABRIL 6 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Acción: Gonzalo Mogollón Morales. Delito: Falsedad en documento privado y estafa. Radicación número 8197. 273

ESTAFA / FALSEDAD. Salvamento parcial de voto. La actividad creadora en un documento no es conducta que afecte el bien jurídico de la fe pública y sí presupuesto del delito de la estafa. Si la *imitatio* —que es parte integral del tipo de falsedad— no se da en el caso penal, el hecho deriva hacia formas comunes de fraude. En esta específica ocurrencia donde el documento falsificado se inventa o se crea —sin asumir imitación de lo verdadero— no es relevante el quehacer falsario y en todo caso el hecho no se acondiciona a esta tipicidad. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Notas: Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de ABRIL 6 DE 1994. Radicación número 8197. 283

INDICIO / ERROR DE HECHO. Tiene sentado la jurisprudencia que si la valoración del indicio es lo que se ataca en sede de casación, se debe acudir al ERROR DE HECHO. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Janeth Ortiz y otros. Delito: Falsedad en documento privado. Radicación número 8360. 290

REO AUSENTE / DERECHO DE DEFENSA. Es verdad que cuando el sindicado como principal protagonista de los hechos investigados elude a todo trance la acción de la justicia, porque no se presenta ante el juez a responder por sus actos ni a ofrecer las explicaciones del caso, dificulta en grado sumo su propia defensa, al extremo de privar al funcionario instructor o al juez de conocimiento de una versión diferente

Págs.

de lo ocurrido, o de la alegación de una situación de inimputabilidad, distintas de las que emergen de las pruebas del proceso. / No basta alegar en sede de casación la falta de defensa, sino que es necesario señalar, qué hubiera podido hacerse y no se hizo; es decir demostrar que una asesoría habría logrado la declaración de inocencia del inculpado o una condenación más benigna. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Acción: Alvaro Roberto Martínez. Delito: Homicidio agravado. Radicación número 8006. 309

LIBERTAD PROVISIONAL / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / CONCUSION. El hecho de que durante el trámite procesal se haya concedido libertad provisional con fundamento en el numeral 1º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la eventual concesión de la condena de ejecución condicional, no impide que el juez al dictar la sentencia niegue el otorgamiento del subrogado, si en ese momento advierte que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 68 del Código Penal. / Es verdad que el tipo que describe la concusión señala como sujeto activo al mencionado empleado oficial sin hacer distinción respecto a qué entidad pertenece, pero ello no significa que el juez no esté obligado a apreciar ese factor, sino que es de especial importancia, para determinar entre otros, las modalidades del hecho y su gravedad. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Gustavo Ramírez Wilches. Delito: Concusión. Radicación número 8267. 317

SANA CRITICA. El fallador de las instancias cuenta con la facultad de apreciación de la prueba conforme a los principios de la sana crítica, que no puede el juez de la casación desconocer para imponer su propio criterio, pues su facultad infirmatoria reposa exclusivamente en la demostración plena de los errores susceptibles de casación que hubieran determinado la sentencia equivocada. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia de casación de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Dagoberto Bonilla Perdomo. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal. Radicación número 8577. 325

NULIDAD. Conviene recordar la diferencia que existe entre los errores *in iudicando* que como es sabido implican faltas de lógica jurídica en el fallador, y los errores *in procedendo* que arrojan un defecto de actividad por acción o por omisión del juez o de los sujetos procesales. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona. Acción: José Israel Rubio. Delito: Homicidio. Radicación número 8165. 335

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / INDAGATORIA / DECLARACION SANA CRITICA. Siendo la violación indirecta el motivo del reproche

Págs.

escogido, la jurisprudencia mucho a dicho que al actor le toca no sólo demostrar la incidencia del error propuesto, sino hacer un examen de todo el material probatorio tenido en cuenta en el fallo. / En realidad más por costumbre que por cualquier otra cosa que se suele llamar "declaración" la que rinde el testigo, y simplemente indagatoria la versión que da el procesado sin juramento. / La omisión de no tomar juramento cuando el indagado hace cargos a terceros no torna en inexistentes las dichas injuradas. En estos casos el juramento se utiliza, por decirlo así, para darle mayor seriedad a la acusación que en determinado momento haga el indagado / Desde ya más de un lustro el Código de Procedimiento Penal acabó con la tarifa para apreciar las pruebas o para darles determinado valor, reinando por el contrario, el sistema de la sana crítica, o apreciación racional. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: No casar. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Luz Marina Sanabria y otro. Delito: Fraude procesal. Radicación número 8708. 345

IMPEDIMENTO / RECUSACION / SANCION DISCIPLINARIA. El artículo 50 del Decreto 1888 de 1989 trata el tema de impedimentos y recusaciones extendiéndolo no sólo para los funcionarios y empleados que prestan sus servicios a la Procuraduría General de la Nación y que participen en la investigación, sino también para los magistrados, jueces y secretarios, en cuyo caso se regularán por lo dispuesto en las normas procedimentales. / Si bien el inciso segundo prescribe que en el caso del Ministerio Público la decisión la tomará el superior inmediato, guarda silencio respecto a los funcionarios judiciales y sus secretarios. Se debería, por fuerza, acudir al estatuto procedimental, en guarda del principio de integración encargado de suplir cualquier carencia al respecto. / Se encuentra una referencia en el artículo 106 de la obra en mención cuando indica que en tratándose de un impedimento propuesto por un magistrado del Tribunal Superior o del Tribunal Nacional, la cuestión debe dirimirla la Corte Suprema de Justicia. Ello sería cierto en aquellos supuestos en los cuales el asunto permita su discusión en dos instancias, pero aquí el trámite se agota en el rango inferior, y sólo, por ministerio de la ley, el superior tiene la posibilidad de intervenir a través de la acción de revisión correspondiente. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de impedimento de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: Se inhibe. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Julio Arboleda Ripoll. Radicación número 9171. 355

IMPEDIMENTO. Salvamento de voto. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de impedimento de ABRIL 7 DE 1994. Radicación número 9171. 359

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Ignora el casacionista, cuando avoca el reproche a la sentencia por la causal primera, que un primer deber le imponía singularizar los preceptos legales de naturaleza sustancial que hubiera considerado transgredidos, y de darse la violación indirecta entrar también a explicar si el yerro consistió en falta de aplicación de algún precepto o por

Págs.

el contrario en su debida escogencia para el caso demandado. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar. Acción: Hernando Camilo Carrillo Quiroz. Delito: Homicidio. Radicación número 8420. ... 362

DETENCION PREVENTIVA / DETENCION DOMICILIARIA. El artículo 396 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993, enseña que "cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si 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 tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de detención domiciliaria o los fines de semana". / De la disposición transcrita se tiene que la detención domiciliaria sólo procede como medida de aseguramiento sustitutiva de la detención preventiva en los casos en que al procesado se le sindique de un delito cuya pena privativa de la libertad sea, en su mínimo de cinco años de prisión, o menos, siempre que el funcionario considere que por sus características familiares, laborales y de vínculo con la comunidad, no la coloca a ésta en peligro y que comparecerá al proceso cuando se le solicite. Si esto ocurre deberá prestar caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del beneficio aludido. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de segunda instancia de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: Confirma. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Carmen Lia Mera Yotumbo. Radicación número 9264. 372

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. Cuando se alega que el Tribunal cometió un error de hecho por falso juicio de identidad, la obligación del demandante es señalar la prueba que fue tergiversada en su contenido y demostrar su trascendencia fundamental en el proceso, de tal magnitud que de no haberse cometido la falencia, el fallo necesariamente habría sido otro. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Francisco Baltazar Corredor. Delito: Hurto agravado. Radicación número 8419. 378

DEMANDA DE CASACION / CONFESION. El recurso extraordinario de casación es un juicio técnico jurídico sobre la sentencia de segunda instancia, para cuya realización se exige al censor señalar con claridad y precisión los errores en que se haya incurrido el *ad quem*, demostrados y acreditar su incidencia en el fallo acusado, a efecto de que se provean los correctivos del caso. Es imprescindible, entonces, que el demandante invoque correctamente el cargo y lo desarrolle conforme a la técnica del recurso para que sea viable el examen correspondiente. / Aunque el procesado hubiere confesado su delito, la circunstancia de haber sido sorprendido por un tercero en el momento que consumaba

Pág.

el mismo, sumada a la aprehensión física a que lo sometió este tercero para entregarlo a las autoridades, y a la existencia en el proceso de la declaración de ese único testigo presencial prueba que a la postre fuera base fundamental de la condena, resulta improcedente reducirle la pena con fundamento en el mencionado artículo 299 porque no se cumpliría la finalidad de esta norma consistente en beneficiar a quien colabora con la justicia, propósito loable que no puede predicarse de quien confiesa su delito ante la fuerza de las evidencias que derivan de un sorprendimiento flagrante. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de ABRIL 7 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio. Acción: Miller Ospina Correa. Delito: Homicidio agravado. Radicación número 8351. 390

DEFENSA TECNICA / JURADO DE DERECHO. Una defensa aparentemente conformista, pero atenta al devenir procesal, no puede considerarse que en verdad sea una defensa pasiva o inactiva, porque ante la fuerza de convicción de los medios de prueba recogidos, prácticamente incontrovertibles, puede considerar el abogado defensor más aconsejable esperar a conocer el criterio del funcionario que calificará el sumario, para sobre bases ciertas y objetivas adoptar los más pertinentes mecanismos de defensa. / El artículo 116 de la Constitución Nacional, sólo autoriza en el juzgamiento la intervención de particulares en asuntos de arbitramento o de conciliación. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación de ABRIL 8 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Andrés González Arévalo. Delito: Homicidio. Radicación número 8479. 397

TITULO EJECUTIVO / PREVARICATO. El título de recaudo ejecutivo debe reunir varias condiciones: 1. Que conste por escrito. 2. Que exista un documento contentivo de la obligación que provenga del deudor o de su causante. 3. Que tal documento constituya plena prueba contra el deudor. 4. Que del documento resulte a cargo del deudor una obligación expresa, clara y exigible. / Fácilmente se infiere que el título ejecutivo por fuerza debe aportarse en original al proceso. Así lo informa el principio de originalidad de la prueba regla de oro en materia de prueba documental -, según el cual la parte en cuyo poder se encuentren documentos que pretenda hacer valer como prueba en el proceso debe aportarlos originales con la demanda o su contestación. / Sólo cuando el documento no pueda aportarse en original, el legislador autoriza que sirvan como medio de prueba las copias auténticas del documento. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de segunda instancia de ABRIL 8 DE 1994. Decisión: Confirma la sentencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Cito Alfonso Tovar Mosquera, Exjuez Segundo Laboral del Circuito de Neiva. Delito: Prevaricato por acción. Radicación número 8900. 409

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / COMPETENCIA. La condena de ejecución condicional sólo puede ser otorgada por el juez del conocimiento al momento de dictar sentencia, o el juzgador de segunda

Págs.

instancia al revisar por vía de apelación o de consulta en los casos previstos en la ley, o por la Corte en sede de casación al proferir el fallo que ponga fin al recurso extraordinario, siempre y cuando prospere la demanda que se haya presentado sobre el punto concreto. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de casación de ABRIL 13 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Juan Manuel García B. Radicación número 8498. 421

TRASLADO DE RECLUSO / COMPETENCIA. El artículo 74 de la Ley 65 de 1993 (Estatuto Penitenciario y Carcelario) establece que los traslados de los internos pueden ser solicitados al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, por el director del respectivo establecimiento carcelario, el funcionario del conocimiento y el interno. Así mismo, en el artículo 75 se consagran las causales de traslado, entre otras, por "...Motivos de orden interno del establecimiento" y "... Cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad" (numerales 3º y 8º). Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de casación de ABRIL 18 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Acción: José A. Maitán Cantillo. Radicación número 9074. 424

IMPEDIMENTO / NULIDAD / COSA JUZGADA / REVISION. La no manifestación de un impedimento existente no vicia de nulidad la actuación del funcionario en quien concurre la causal. / La cosa juzgada en materia penal únicamente puede ser removida por la vía de la acción de revisión de que trata el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 232 y siguientes. Si se consulta esa normatividad por parte alguna se constata que la nulidad sea causal de revisión. / En sede extraordinaria no está permitida la oposición de disentimientos pues no se trata de demostrar cuál de las tesis es más sugestiva o vigorosa, tarea reservada a las instancias. Únicamente se persigue establecer si el fallo proferido se ajusta a derecho, esto es, si encuentra respaldo en la normatividad y en la verdad procesal. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de segunda instancia de ABRIL 14 DE 1994. Decisión: Confirma providencia. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: Orlando Arias Lima. Juzgado Primero de Orden Público. Delito: Concusión. Radicación número 9169. 426

IMPEDIMENTO / JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA. En el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal no se menciona el Tribunal Superior Militar, de quien la Corte Suprema de Justicia, de otra parte, únicamente es superior en los casos expresamente previstos en la ley, concretamente en el artículo 319 del precitado código, que contempla la "competencia de la Corte Suprema de Justicia", norma que por parte alguna se refiere a los impedimentos y recusaciones, figuras estas específicamente tratadas en la parte pertinente de dicho código. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de impedimento de ABRIL 14 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Teniente coronel (r) Hernando Navas Talero, Exdirector General de Prisiones. Delito: Favorecimiento de fuga de presos. Radicación número 9244. 430

Pág.

SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA / COMPETENCIA. Según las previsiones del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, la ejecución de penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia debidamente ejecutoriada, corresponde a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (anterior Dirección General de Prisiones), con la vigilancia del Juez de Ejecución de Penas. / Así mismo, la preceptiva del artículo 507 *ibidem*, establece que el Juez de Ejecución de Penas podrá imponer el aplazamiento o la suspensión de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos eventos previstos en el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal. / Corresponde entonces a la Corte, en virtud del mandato del artículo 15 transitorio del Decreto 2700 de 1991, mientras los jueces de ejecución de penas entran en ejercicio de sus funciones, atender las solicitudes que se eleven con posterioridad a la ejecutoria del fallo condenatorio. / La suspensión o el aplazamiento de la ejecución de la pena procede cuando el condenado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años (elemento objetivo), "siempre que su personalidad y la naturaleza y modalidad del hecho punible hagan aconsejable la medida" (elemento subjetivo). / El solo hecho de satisfacerse el requisito objetivo, esto es, el tener más de 65 años de edad, no hace viable la suspensión o aplazamiento de la ejecución de la pena, sino que por mandato legal, debe recurrirse a todos los antecedentes procesales que permitan al juez o funcionario judicial realizar una evaluación respecto de su personalidad para determinar si la medida resulta o no aconsejable. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Aclaración de voto del doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de única instancia de ABRIL 14 DE 1994. Decisión: Niega la suspensión de la pena. Acción: Hernando Rosas Pulido, Excónsul Toronto. Delito: Peculado por apropiación. Radicación número 5005. 433

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA. Aclaración de voto. Partir de la base de que como se negó al procesado la condena de ejecución condicional, ya por ello tampoco procede la suspensión de la condena, traduce en mi sentir, una visión recortada de la institución que se pide aplicar. Esta parte de un hecho real, cual es el deterioro de la salud física y mental, que se va acentuando por los años y que ya en la senectud es muy pronunciado. En estas circunstancias, ya de por sí muy limitantes para que el anciano pueda delinquir, lo que se comprueba estadísticamente, su privación de libertad agravaría su precaria situación, no obteniéndose de ello ningún beneficio social, porque ya de ese sexagenario normalmente no se espera que vuelva a delinquir. Sólo se conseguiría empeorar las condiciones del anciano y quizás precipitar su muerte, con grave perjuicio para él y para la sociedad de la cual hace parte. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Aclaración de voto del doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de única instancia de ABRIL 14 DE 1994. Radicación número 5005. 437

FAVORABILIDAD / DEMANDA DE CASACION. A partir de la reforma de la Ley 81 de 1993 el recurso de casación solamente procede por delitos cuya pena privativa de la libertad máxima sea o exceda de 6 años (antes el término era de 5). / Como por virtud del artículo 35 de la Ley 81 de 1993 se aumentó dicho punitivo a seis (6) años, es preciso

Págs.

darle aplicación retroactiva a esta norma por resultar más favorable al procesado, ya que si el recurso se rechaza, por lo dispuesto en ella, no es posible que la absolución se convierta en condena. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de casación de ABRIL 14 DE 1994. Decisión: Declara improcedente el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. Acción: Jorge Arturo Moreno Ojeda. Delito: Violación al derecho de asociación. Radicación número 8589. 439

ACCION DE REVISION / CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION / SENTENCIA. Esta Corporación no ha cambiado su jurisprudencia en torno a las causales genéricas de agravación punitiva que, pese a respetables opiniones en contrario, sí pueden deducirse válidamente en la sentencia aunque no se hubieren mencionado de manera particularizada en la resolución acusatoria, pero imponiéndose su conocimiento por parte del proceso en razón de la narración de los hechos y el escrutinio de las probanzas. En casos tales falta un aspecto formal de suma perfección, no así lo básico y sustancial, o sea, saber las modalidades reconocidas de la conducta por la cual se determina un juicio de responsabilidad. Además, ha sido interpretación tradicional que la fijación de esos factores genéricos de agravación de pena, se suele acometer en la sentencia. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Acción de revisión de ABRIL 15 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio. Acción: Carlos Enrique Niño. Delito: Concusión. Radicación número 8156. 442

ASESORAMIENTO ILEGAL. La estructuración del hecho punible, asesoramiento ilegal y otras actuaciones ilegales exige que un empleado oficial realice cualquiera de las conductas descrita por los verbos rectores allí contenidos, desplegadas en forma ilegal, en el trámite de algún asunto judicial, administrativo o policivo. / El asesoramiento ilegal conlleva que quien brinde esa colaboración posea conocimientos y experiencia en la materia, inclinando la potestad del influenciado en favor del resultado por el cual se interesa. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Unica instancia de ABRIL 15 DE 1994. Decisión: Se inhibe. Acción: Tiberio Villarreal Ramos, Senador de la República. Radicación número 8711. 446

RECURSO DE HECHO. El Código de Procedimiento Penal (art. 208) estipula que las copias de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes solicitadas por el interesado deberán ser enviadas inmediatamente al superior. Recibidas estas, el artículo 209 del estatuto en comento le da un plazo de tres días al interesado para sustentar la impugnación, con el fin de que exponga los fundamentos que lo llevaron a interponer el recurso de hecho. En el inciso siguiente, la norma es clara en advertir que: "Si el recurso no se sustenta dentro del término indicado, se desechará". Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Recurso de hecho de ABRIL 18 DE 1994. Decisión: Desecha el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Carlos Alberto Giraldo Mejía. Delito: Cohecho. Radicación número 9281. 455

NULIDAD / DICTAMEN PERICIAL / INEXISTENCIA / IRREGULARIDAD / PRUEBA / SANA CRITICA. El actor alega como causal de nulidad, que no se corrió traslado a las partes del dictamen pericial para poder ser objetado, irregularidad que de ser trascendente, ha debido alegar por la vía de la violación indirecta, por falso juicio de legalidad, en el cual incurre el juzgador cuando niega validez jurídica a una prueba legalmente producida o le otorga mérito a la que no reúne los requisitos que establece la norma que regula su rito. En estas condiciones, si la prueba no se practicó con sometimiento a los ritos que demanda su aducción al proceso, tal prueba no tendría validez y no podría ser apreciada por el juzgador, pero en ninguna forma esta circunstancia se puede comunicar a todo el juicio para invalidarlo. / El hecho de no surtir el traslado del dictamen a las partes, es una irregularidad intrascendente, que no afecta el debido proceso ni lesiona el derecho de defensa. Cuando se tiene la oportunidad para objetarlo, pedir su aclaración o su ampliación, y se deja pasar el término sin expresar reparo alguno, tácitamente manifiestan su conformidad con lo dictaminado por los peritos. / Es al juez a quien corresponde estimar la conducencia y procedencia de la prueba, para practicar la práctica de aquellas que considere pertinentes para la demostración de los hechos o la responsabilidad del acusado, rechazando todas aquellas que sólo conduzcan a entrabar o dilatar el proceso, o que inciden sobre circunstancias o hechos suficientemente conocidos o debatidos. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación de ABRIL 21 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Julio Mendoza Salamanca. Delito: Homicidio. Radicación número 8441. 158

COLISION DE COMPETENCIA / FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. De conformidad con el artículo 13-1 del Código Penal, el hecho punible se considera realizado "en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción". Si el delito de falsedad en documento privado se configura no por la creación o adulteración de un escrito sino por su utilización como medio relevante en el ámbito demostrativo —art. 221 del C. P.—, ninguna duda asoma en cuanto la ejecución de esa segunda conducta se da en este último y no en el primero, siendo por ello de competencia de las autoridades judiciales de dicho lugar. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de colisión de competencias de ABRIL 21 DE 1994. Decisión: Asigna conocimiento al Juzgado Catorce Penal de Circuito. Procedencia: Juzgado Catorce Penal del Circuito de Bogotá. Acción: Jorge A. Carvajal E. Delito: Falsedad. Radicación número 9247. 467

INDICIO. Cuando el hecho indicador se presta a variadas hipótesis o interpretaciones, es apenas natural entender, exactamente por esa equivocidad, que pierde fuerza indiciaria, probatoria, pues permite suponer tantas cosas al propio tiempo que, científicamente, no comprueba nada. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de segunda instancia de ABRIL 25 DE 1994. Decisión: Revoca y condena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha. Acción: Jorge David Tovar Guerra. Delito: Prevaricato por omisión. Radicación número 8531. 471

Págs.

ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO / CASACION OFICIOSA / HURTO. Si el casacionista pretendía que la suma tasada carecía de sustento probatorio, implicando con ello que el juzgador supuso los medios sobre los cuales dedujo esa cuantía, era su obligación entrar a demostrarlo de manera objetiva, pues no podía bastar para lograrlo su sola afirmación en tal sentido. / También aquí confunde el actor los errores de hecho y de derecho, pues si el falso juicio de existencia propuesto de primero hace parte de aquellos, la controversia sobre la validez o no de los documentos aportados por la parte civil como soporte de los gastos implicaba la proposición de un error de derecho por falso juicio de legalidad que no podía coincidir en cargo único con el error de hecho, por la contradicción que surge entre una y otra clase de errores cuando refieren a los mismos medios, pues, o no existe materialmente la prueba documental y la equivocación se da al suponerla, o existiendo, no puede considerarse o tenerla como base del fallo proferido, por la ilegalidad de su decreto, aducción o práctica. / El artículo 228 del Código de Procedimiento Penal faculta a la Corte para casar oficiosamente la sentencia cuando ella atente contra las garantías fundamentales, que por integrar aquel conjunto de principios base de la organización social que constitucionalmente se erige sobre el respeto del Estado y de los individuos entre sí hacia la dignidad humana y todo el conjunto de bienes esenciales que le son ajenos, repercute hacia los trámites judiciales mediante el imprescindible cumplimiento de unos requisitos dentro de los cuales ocupan su sitial de preferencia la legalidad del delito, del procedimiento y de la pena. / Si de manera equivocada se califica como hurto la sustracción de unos papeles sin mayor valor material porque el suyo superior correspondía al derecho incorporado, no trasladado a sus asaltantes ni a sus determinadores quienes tendrían que recurrir a otros actos de falsedad tal vez y de engaño para poder hacerlos efectivos, tendrá que concluir la Sala en que la acción en tal sentido apenas apuntaba a uno de los conocidos por la doctrina como delitos de bagatela, donde el valor del daño patrimonial económico no guarda proporción ni relevancia frente al derecho jurídicamente protegido, factor independiente del valor del resarcimiento que bien podría por superior desproporcionarse, como de la suma pagada al autor material como precio de la delincuencia. / Erró la resolución acusatoria por calificar equivocadamente esos hechos como hurto, cuando tan solo configurarían una violación domiciliaria y un constreñimiento ilegal, yerro que al obstruir la debida congruencia entre la acusación y la sentencia se hace constitutivo de infracción al debido proceso. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de ABRIL 23 DE 1994. Decisión: Casa parcial y oficiosamente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Acción: Luis Alberto Maldonado Prieto. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación número 8017. 487

VERSION LIBRE / FALSEDAD EN DOCUMENTO. Rindiendo la versión libre e injurada que autoriza el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal, difícilmente podrían interpretarse las inexactitudes o mentiras consignadas por el enterante como constitutivas de infracción penal, porque ajena esa pieza a un valor probatorio salvo el caso de convertirse en confesión, llevarla a los extremos de exigir en ella la

Págs.

verdad, sería contrariar para el imputado la garantía constitucional prevista en el artículo 33 superior, según la cual ni está obligado a auto incriminarse, ni a acusar a su esposa, compañera permanente o su parentela más allegada. / Cosa distinta ocurre si en el curso de esa intervención o de la indagatoria el imputado ofrece o pide tener como prueba documental unos escritos que guardando idoneidad como medios probatorios de naturaleza pública y privada se concluyen apócrifos, porque autorizado legalmente a intervenir independientemente del abogado que lo represente y a pedir o a aportar medios de prueba, su compromiso como parte le vincula con el deber de lealtad que en un caso como el de la hipótesis llevaría a imputarle, cuando menos, la adecuación de su comportamiento al tipo de la falsedad previsto y sancionado por el Código Penal en su Libro 2º, Título VI, Capítulo Tercero. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Unica instancia de ABRIL 27 DE 1994. Decisión: Se abstiene de abrir investigación. Acción: Jorge Tadeo Lozano, Senador de la República. Radicación número 5072. 503

RECURSO DE HECHO. El recurso de hecho demanda su sustentación ante el superior del funcionario que profirió la providencia, conforme lo establece el artículo 209 del C. de P. P. / Este silencio del recurrente impide a la Sala conocer las razones de su inconformidad, y trae como consecuencia que esta Corporación deseche el recurso, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 209 del C. P., que expresamente establece que "...si el recurso no se sustenta dentro del término indicado se desechará...". Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Recurso de hecho de ABRIL 27 DE 1994. Decisión: Desecha el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Acción: Armando Fontalvo Lopera. Radicación número 9310. 512

INIMPUTABILIDAD. Quien se halle condenado como inimputable, no sólo debe ser sometido a un tratamiento especializado, sino que periódicamente ha de evaluarse su comportamiento por los forenses, pues de su recuperación depende la suspensión o la extinción de la medida de seguridad impuesta. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de casación de ABRIL 27 DE 1994. Decisión: Declara improcedente. Acción: Belisario Moreno Moreno. Radicación número 9112. 514

DEMANDA DE CASACION / PARTE NO RECURRENTE. No se puede en casación enumerar simplemente unos elementos de juicio y catalogarlos de no apreciados por el fallador, y por esta simple razón aseverar a renglón seguido que el sentenciador incurrió en manifiestos errores de hecho. / A la parte no recurrente no le está permitido presentar razones por fuera de la causal y el motivo aducidos en la demanda, sino que debe limitarse a apoyar o a impugnar ésta, pero cuidándose de no hacer alegaciones autónomas e independientes, por la sencilla razón de que no comparece al proceso como recurrente, sino exclusivamente como parte opositora o coadyuvante. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación de ABRIL 27 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial

Págs.

de Santafé de Bogotá. Acción: Uriel Avila Franco. Delito: Estafa. Radicación número 8411. 516

IMPEDIMENTO / ACUSACION / JUZCAMIENTO / NULIDAD. Si ya en vigencia del Decreto 2700 de 1991 que en desarrollo de los mandatos de la nueva Constitución Nacional entregó a la Fiscalía, como norma general, la función de acusación la circunstancia de que quien emite la sentencia haya "actuado como fiscal", y por ende, haya podido haber formulado en tal carácter la acusación, no es motivo de nulidad ya que el hecho aparece únicamente previsto como causal de impedimento, absurdo sería pensar en la nulidad del proceso, cuando la misma circunstancia se presentó antes de que se creara y empezara a operar la Fiscalía General de la Nación, y cuando todavía, por tanto, la función de investigar y acusar pertenecía a los jueces. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de ABRIL 27 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Acción: Rodolfo G. Sanmartín. Delito: Homicidio. Radicación número 8312. 536

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL. Salvamento de voto. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de ABRIL 27 DE 1994. Radicación número 8312. 552

PREVARICATO POR OMISION. Frente a la ausencia de un procedimiento cierto y determinado que regulara el trámite que se debía imprimir a los asuntos sometidos al conocimiento de los Miembros de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes y fijara plazos de acometimiento de cada acto procesal, mal puede predicarse la conjugación por parte de los endilgados de unos cualesquiera de los verbos rectores que informan el prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del C. P. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Unica instancia de ABRIL 27 DE 1994. Decisión: Se abstiene de iniciar investigación. Acción: Darío Alberto Ordóñez y otro. Delito: Prevaricato por omisión. Radicación número 8343. 554

FALSEDAD. De acuerdo con los incisos 3º y 4º del artículo 108 de la Carta, los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida, pueden inscribir candidatos a elecciones, sin requisito adicional alguno al de ser avalada por el respectivo representante legal del partido o movimiento, o por quien él delegue. / Son tres las oportunidades que prevé la ley para la señalada aceptación, vale decir, con la solicitud de inscripción, antes del vencimiento del término de dicha inscripción, o, entratándose de reemplazantes, por último, con la solicitud de modificación de las listas de candidatos. / No es necesario que los candidatos que firman la solicitud de inscripción concurran físicamente a presencia del registrador para que éste les tome solemne juramento sobre su declaración de que son afiliados a ese partido o movimiento político. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Unica instancia de ABRIL 28 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Acción: Armando Echeverry Jiménez, Senador de la República. Radicación número 8749. 559

Págs.

PRUEBA / ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / DICTAMEN PERICIAL. Si el fallador deja de lado su ponderación y experiencia, si no mide a cabalidad la prueba en el contexto procesal y no observa sus limitaciones a la par con sus cualidades, el problema es de valoración, no de tergiversación. / En este último supuesto, el error se produce en torno a la expresión de la prueba, o dicho de otra manera, le hace decir a la probanza algo que no contiene. / El dictamen pericial no es una prueba indubitable, ajena a cualquier cuestionamiento, sino apenas un elemento de juicio que ilustra al juez para, en conjunción con el restante material probatorio, llegar a la certeza requerida para dictar el fallo correspondiente. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de ABRIL 28 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia. Acción: Angel Custodio Rojas. Delito: Homicidio. Radicación número 8443. 564

FISCAL / PREVARICATO. Pretender que la Fiscalía carece de interés o de personería para recurrir las decisiones adoptadas por los jueces sobre excarcelación o libertad del procesado es desconocer que la Constitución Política le ha dado a aquella entidad la expresa facultad de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores, y dentro de ella el deber de "asegurar la comparecencia" de estos últimos, la cual implica no tan solo la posibilidad de instruir, calificar y adoptar medidas de aseguramiento, sino buscar con los medios y recursos que le otorga la ley la efectividad de estos fines que le han sido encomendados. Si, complementariamente, el Código de Procedimiento Penal le da a la Fiscalía de manera expresa en sus artículos 118 y siguientes y 444 la entidad de sujeto procesal a partir del momento en que la causa se inicia, no queda margen para poner en duda que bajo esa condición le asiste la posibilidad de solicitar las pruebas, interponer los recursos y promover incidentes que aprovechen a los intereses que constitucionalmente le han sido encomendados, y que en el caso específico de la excarcelación, guardan estrecha relación con las funciones de acusar y hacer comparecer a los presuntos infractores ante los jueces, pues la primera de estas dos tareas tiene precisamente su realización en esta etapa de la causa, quedando las proyecciones de la segunda comprendidas en aquella como obligado complemento. / Es bien sabido que cuando un funcionario adopta decisiones prevaricadoras, propicia el desorden, perjuicio y descrédito de la administración, lo que hace su comportamiento reprochable. Pero si aquellas decisiones se producen por un funcionario judicial y afectan un proceso, a las consecuencias de injusticia o de impunidad producen desasosiego y desconcierto, quebrantando en mayor grado el equilibrio que se estaba llamado a restaurar, dejando insatisfecho el anhelo de justicia y generando en los asociados desconfianza, lo que connota el hecho de una gravedad muy superior. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de segunda instancia de ABRIL 29 DE 1994. Decisión: Revoca. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Acción: Darío Valencia Moreno. Delito: Prevaricato por acción. Radicación número 9329. 579

DEBIDO PROCESO. Una de las formas de faltar al debido proceso y en consecuencia vulnerar el derecho de defensa, consiste en dejar de

Págs.

practicar las pruebas que sean favorables para el procesado, pero no se podrá lograr el desconocimiento de las garantías del sindicado cuando las mismas no fueron allegadas al proceso por motivos ajenos al juez, esto es, cuando no fue su inactividad o querer, lo que llevó a no recepcionar los elementos probatorios favorables a la defensa. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de MAYO 3 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Fredy Guillermo Quimbayo. Delito: Homicidio agravado, hurto calificado y agravado. Radicación número 8305. 585

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Una es la violación al debido proceso, otra de consecuencias definidas y distintas la violación al derecho de defensa, y un fenómeno completamente dispar la ocurrencia de errores en la apreciación de las pruebas, así estos puedan conducir ya sea al desconocimiento del *in dubio pro reo*, o de la presunción de inocencia. / Si el ataque se encamina por la vía de la nulidad por violación del debido proceso, el defecto se debía relacionar con alguno de los estadios esenciales de la actuación procesal, como la iniciación de la investigación, la vinculación del imputado al proceso, la definición de su situación jurídica provisional, el cierre de la instrucción, la calificación del sumario, la iniciación del juicio, el período probatorio, la verificación de la audiencia, la decisión de fondo de la controversia o el trámite de las instancias. / Si la afectación se daba sobre el derecho de defensa, debía señalarse y demostrarse por vía de ejemplo la inasistencia de una defensa técnica en el sumario o en la causa; la preterm isión de pruebas conducentes a la demostración de inculpabilidad del inculpado, la imprecisión de la formulación de los cargos, o la ocurrencia, en fin, de circunstancias capaces de entorpecer o de dificultar la comprensión de la imputación, la controversia de la prueba o la respuesta al cargo, permitiendo en cada caso poder entrar a abordar el estudio del reproche, lo cual implica que se haya precisado el punto motivo del ataque y demostrado de qué manera el defecto llegó a incidir desfavorablemente y sobre los intereses y garantías del recurrente. / Las normas procesales están estatuidas para darle impulso dinámico a los ritos preestablecidos, y que su aplicación comienza desde el mismo momento en que entran a regir. Ultractiva o retroactivamente sólo operan en cuanto otorgan garantías o beneficios al procesado cuando por vía de ejemplo las posibilidades de excarcelación se amplían o facilitan / Los falsos juicios de existencia por omisión y de identidad no resultan conciliables, pues mal podría deformarse objetivamente una prueba que no fue tenida en cuenta, por simple sustracción de materia. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación de MAYO 3 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Israel Gómez y Javier Giraldo Montoya. Delito: Falsedad y estafa. Radicación número 8354. 594

JURADO DE DERECHO. Es a todas luces incuestionable que a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, los particulares sólo pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar

Págs.

justicia en su carácter de conciliadores o de árbitros, en los términos establecidos por la ley, pero jamás pueden serlo como jurados de derecho o de conciencia para "juzgar delitos", conclusión que fluye con absoluta nitidez del contenido literal del canon 116 de dicha codificación constitucional. / La llamada excepción de inaplicabilidad otorga capacidad jurídica al juzgador para dejar de aplicar en el caso concreto una norma legal cuando considera que es violatoria de la Constitución y ella aún no ha sido declarada inexequible por la autoridad competente. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación de MAYO 4 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Acción: Angelo Giovanny Rendón. Delito: Homicidio agravado y otro. Radicación número 8618. 814

TERMINO. Si se parte del supuesto legal de 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", se deduce, a primera vista, que la prolongación de un término no se puede adoptar oficiosamente. / En segundo lugar, la solicitud que proveerga de uno de los sujetos procesales, debe ser formulada antes de que venza el término cuya prórroga se solicita. Y por último, el pedimento debe estar apoyado en una causa grave y justificada. / Evidentemente la justificación va íntimamente ligada con la causa grave y estrechamente relacionada con la ampliación del término; pues no basta que preexista la primera sino trasciende y afecta el ejercicio del derecho que se ha de ejercer durante el lapso legal. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de casación de MAYO 4 DE 1994. Decisión: Declara la nulidad e improcedencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. Acción: Manuel María Montoya Rivera. Delito: Homicidios consumado y tentado. Radicación número 9231. 819

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / FAVORABILIDAD / COLISION DE COMPETENCIA. En el supuesto de que por razón del tránsito de legislaciones se haya presentado una situación que resulte favorable a los intereses del sentenciado, en virtud de lo dispuesto en la nueva ley (Decreto 2535 de 1993), y estando ejecutoriada la sentencia por no haberse interpuesto contra ella recurso alguno y no ser consultable (art. 29 de la Ley 81 de 1993), es al Juez de Ejecución de Penas a quien corresponde dar aplicación al principio de favorabilidad y adoptar la medida pertinente si de simple reducción de pena se trata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75-4 del C. de P. P. que lo autoriza para ello, "...cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a redención o extinción de la pena...". Pero si este no fuere el caso, también el Juez de Ejecución de Penas está facultado para hacer "...el reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria, cuando la norma incriminatoria haya sido declarada inexequible o haya perdido su vigencia..." de acuerdo al numeral 5º del precepto citado. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de colisión de competencias de MAYO 4 DE 1994. Decisión: Remitir al expediente al Juzgado Regional. Procedencia: Juzgado Regional de Medellín. Acción:

Págs.

Gildardo Jesús Ramírez. Delito: Porte ilegal de armas. Radicación número 9238. 624

DEFENSOR / INDAGATORIA / DEMANDA DE CASACION / INDICIO. La presencia del defensor en la diligencia de indagatoria se constituye en garantía, de que en desarrollo de la misma el procesado no será sometido a coacciones o torturas, ni será objeto de preguntas capciosas o encaminadas a confundirlo. / Quien va a elaborar una demanda de casación con fundamento en la causal primera cuerpo segundo, debe tener en cuenta que la violación indirecta de la ley puede presentarse a través de un error de hecho por falso juicio de existencia o de identidad, o a un error de derecho por falso juicio de legalidad o de convicción. Sentidos de la violación que tienen sus particulares características que a su vez hacen que la demostración tenga que apuntar a un preciso objetivo y ajustarse a determinadas reglas propias del recurso. / El error de hecho tiene tres sentidos: 1. El sentenciador supone una prueba que no existe en el proceso. Es el denominado el falso juicio de existencia por suposición. 2. El sentenciador omite una prueba existente en el proceso. Este es el llamado falso juicio de existencia por omisión. 3. El sentenciador tergiversó, el contenido fáctico de una prueba. Este es el falso juicio de identidad. / Cuando se estructura la casación alegando un error de hecho sobre una prueba, no se pueden alegar todos los sentidos a la vez, porque si la prueba fue desconocida, no pudo ser tergiversada, ni menos supuesta. / La proposición jurídica completa exige no sólo que se señale la totalidad de normas violadas, sino además la relación que existe entre ellas, el sentido y contenido de la violación. / La demanda de casación debe concretar los siguientes aspectos: 1. Identificación del error que motiva la inconformidad del recurrente. 2. Selección de la causal aplicable, el motivo y el sentido. 3. Formulación del cargo. 4. Demostración y 5. Petición. / Todo indicio como medio probatorio que es, se estructura sobre tres elementos que se deben dar para que el mismo se configure: 1. Un hecho conocido o indicador. 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar. 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo de hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de MAYO 4 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Halmer Hotero Sepúlveda. Delito: Homicidio pret., ataque al centinela y hurto. Radicación número 8283. 628

CASACION DISCRECIONAL / TIPICIDAD / RESPONSABILIDAD. Como quiera que el acceso excepcional se permite siempre que se persiga el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, se requiere que el recurso lo impetre el defensor del procesado, el procurador o su delegado, excluyéndose de por sí el fiscal, la parte civil o el tercero civilmente responsable, aunque pueden intervenir como partes no recurrentes con sus respectivos alegatos y que el memorialista exponga su inquietud de una manera clara y

precisa. / Una cosa es el proceso de adecuación típica de un proceso criminoso, y otra bien diferente el grado de responsabilidad de los imputados. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de casación de MAYO 5 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Acción: Jairo Góngora Monroy. Delito: Concusión. Radicación número 9195. 643

JUEZ REGIONAL / COLISION DE COMPETENCIA / EXTORSION. Siendo la norma actualmente aplicable en materia de competencia, la Ley 81 de 1993, en delitos de extorsión, en ella y para mantener un criterio perdurable frente al cambiante valor de los salarios mínimos por su incremento anual, se clarificó que la cuantía se definiría por el valor de aquel que se rigiera para el momento de la comisión del hecho. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de colisión de competencia de MAYO 5 DE 1994. Decisión: Asigna el conocimiento al Juzgado Regional de Cúcuta. Procedencia: Juzgado Regional de Cúcuta. Acción: Gustavo Urbina. Delito: Extorsión. Radicación número 9327. 648

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / APELACION. El debido proceso penal señala unos pasos esenciales de cumplimiento perentorio tanto por el fiscal como por el juez que conocen de un caso determinado, así como por los sujetos procesales que en él intervengan, para poder dar cumplimiento al mandato constitucional que exige que todo juzgamiento se haga "con la plenitud de las formas propias de cada juicio". / Ese debido proceso debe asegurar a todas las partes por igual, entre otras cosas, el ejercicio pleno del derecho a defender sus personales intereses que, como se sabe, comprende desde la presunción de inocencia, propia del procesado, hasta el derecho de impugnar las decisiones que se consideren injustas, pasando por la asistencia profesional de un letrado y el aporte de pruebas a su favor o el de contradecir las aportadas en su contra, para todos los sujetos procesales sin excepción. / El funcionario judicial, en ambas etapas del proceso, está investido de la potestad de administrar justicia con poderes plenos inclusive para poner punto final a la actuación, si ninguna de las partes comprometidas en ella cuestiona legítimamente a través de la impugnación la decisión en tal sentido (preclusión de investigación y sentencia). Es lo que se ha denominado "cosa juzgada" que constituye, a su vez, una de las garantías más importantes, pues implica la seguridad de las decisiones judiciales. / Por manera que el acceso a la segunda instancia presupone necesariamente —salvo en el caso de la consulta— por la parte inconforme el ejercicio voluntario del derecho a la impugnación que la ley procesal condiciona, en forma expresa a la "debida sustentación" de las razones del disenso y en forma implícita, al denominado por la jurisprudencia y la doctrina "interés jurídico para recurrir". La impugnación interpuesta dentro de los términos que el código señala y con la satisfacción de las condiciones indicadas es la que dentro del debido proceso se denomina "legítima" y cuyo desconocimiento constituye violación inequívoca del derecho de defensa del sujeto procesal correspondiente, sancionable con la nulidad. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia.

Págs.

Sentencia de casación de MAYO 5 DE 1994. Decisión: Desestima la demanda y casa oficio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: José Héctor González. Delito: Homicidio. Radicación número 8306. 652

DELITO PERMANENTE / DELITO INSTANTANEO. La consumación en el delito permanente es indefinida, la conducta antijurídica se mantiene en el tiempo en la medida que el tipo penal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que hace cesar su permanencia, siendo a partir de esa cesación de donde empieza a contarse el término prescriptivo; ejemplos la detención arbitraria, el concierto para delinquir, el secuestro. Por su parte, contrario al delito permanente, aparecen los delitos instantáneos, que son aquellos en los cuales la lesión al bien jurídico se concreta en un solo momento, tales como la estafa, el peculado, el homicidio, aclarándose en relación con este último ilícito, que la permanencia de su efecto (muerte) no le quita su carácter de instantáneo. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Unica instancia de MAYO 5 DE 1994. Decisión: No repone. Acción: Regina Betancourt de Liska, Senadora de la República. Radicación número 8824. 661

EXTORSION / COLISION DE COMPETENCIA. El delito de extorsión se realiza en el sitio en que la víctima hace, tolera u omite algo de CONNOTACION PATRIMONIAL. Y así las cosas, ninguna importancia tiene el territorio desde el cual se envió la carta constrictiva. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de colisión de competencias de MAYO 5 DE 1994. Decisión: Asigna conocimiento al Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita. Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal de Cómbita. Acción: Henry Bermúdez Villa. Delito: Extorsión. Radicación número 9276. 665

DICTAMEN PERICIAL / DOLO. Cierto que la pericia requerida y exigible del Instituto de Medicina Legal, sobre la naturaleza de la sustancia y pureza, no obra en autos. Esta situación no constituye un elemento de convicción de tan imprescindible verificación que, de no obrar en los autos, no sea factible proferir una sentencia de condena por conducta contemplada en la citada Ley 30 de 1986. Ese medio probatorio, innegablemente, constituye una pieza fundamental y de notoria conveniencia, al punto de ser la prueba por excelencia para ciertos aspectos técnicos que el comentado comportamiento genera. Pero de ahí a reconocer que la comprobación de la materialidad del ilícito sólo (demostración excluyente) pueda hacerse a expensas del dictamen comporta la aserción de un mayúsculo desacierto. En efecto, dicha actividad científica tiene el carácter de demostración preferente, pero no única. Existen por las varias circunstancias en que puede desenvolverse una averiguación y por el principio de libertad probatoria, plurales factores que con sobrado mérito llegan a reemplazar la intervención o ausencia del Instituto de Medicina Legal, logrando llevar convencimiento al funcionario sobre los tópicos de los cuales se ocuparía esa entidad, entre los cuales importa advertir, no está el determinar la total cantidad de la sustancia, porque al referido organismo no suele enviarse el total de lo decomisado sino muestras de ese material. / Hasta para

Págs.

que se configure el hecho, con que el empleado oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas, sustancias o elementos comprometidos en delitos o contravenciones previstos en el estatuto de estupefacientes realice alguna de las conductas allí descritas, para que sea digno de la punibilidad correspondiente, obviamente ceñida ella a todos los cánones relativos a la responsabilidad del procesado y a la observancia de las garantías necesarias de juzgamiento. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación de MAYO 5 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: William E. Morales. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Radicación número 8361. 670

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LA FUERZA PUBLICA / TIPICIDAD / COLISION DE COMPETENCIA. Son armas de uso privativo de la Fuerza Pública, entre otras, las pistolas y revólveres de calibre superior a 0.652 mm., sin importar ninguna otra característica, lo mismo que las pistolas y revólveres de este calibre que no reúnan las condiciones señaladas en el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993. / La incongruencia que se advierte entre los artículos 8 y 11 de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la Fuerza Pública, sólo porque su proveedor tenga capacidad para más de nueve (9) cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que entratándose de esta clase de armas (las de uso privativo), el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 0.652 mm. Y es lógico que así lo hubiere hecho, porque si son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública "aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público", como lo dice el artículo 8º, necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultarían por ello idóneas para buscar los objetivos que se persiguen con las armas de guerra, y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la Fuerza Pública. Por esta misma razón no puede admitirse el argumento de que como la enumeración que trae el artículo 8º es meramente enunciativa y no taxativa ("tales como", dice la norma), si es posible comprender en ella la pistola de 7.65 mm. sólo por causa de la capacidad del proveedor —superior a nueve (9) cartuchos —. Por lo demás, este tipo directamente el principio rector de la tipicidad, consagrado en el artículo 3º del Código Penal, en virtud del cual, "la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca". Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de colisión de competencias de MAYO 5 DE 1994. Decisión: Declara competencia al Juzgado Penal Civil. Procedencia: Juzgado Regional de Medellín. Acción: Mauricio A. Rendón Delito: Hurto y porte ilegal de armas. Radicación número 9278. 678

LIBERTAD PROVISIONAL / LEGITIMA DEFENSA. La Corte no puede atender el reconocimiento de la causal de justificación por legítima defensa sino al momento de desatar el recurso extraordinario de casación con base en la demanda presentada por su apoderado con la

Págs.

que busca quebrar el fallo de segunda instancia y obtener uno favorable a sus pretensiones. Lo contrario sería tanto como decidir en forma anticipada la impugnación extraordinaria, con violación del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Carta Política. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de casación de MAYO 10 DE 1994. Decisión: Niega por improcedente libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Oliberto Pastrana Durán. Delito: Homicidio. Radicación número 8767. 683

DAÑO EN BIEN AJENO / APELACION / COMPETENCIA. A partir de la vigencia de la Ley 23 de 1991 (21 de marzo), el delito de "daño en bien ajeno" fue degradado en contravención, "cuando el monto del daño no exceda de 10 salarios mínimos mensuales legales" (art. 1º, numeral 19). / Los hechos que originaron este proceso, ocurrieron el 22 de enero de 1991, es decir dos meses antes de la expedición de la citada ley, la cual, dicho sea de paso, debió aplicarse por principio de favorabilidad (art. 44, Ley 153 de 1887 y 6º del C. de P. P.), pues cuando se profirió la sentencia, tanto de primera como de segunda instancia, el comportamiento ya era tan solo una contravención de Policía. / Es impropio concebir el artículo 214 del C. de P. P. como norma sustancial para alegar su quebranto, cuando dicho precepto sólo contemplaba la celebración de una audiencia en segunda instancia como rito procesal para sustentar el recurso de apelación. / La diligencia de sustentación del recurso de apelación en audiencia no tiene por objeto la práctica de pruebas. Sabido es, que las pruebas sólo se practican en el sumario y dentro de la audiencia pública de juzgamiento. / No es la ley la que le fija credibilidad a la prueba, sino el juez, quien en su labor de apreciación, goza de amplia discrecionalidad, limitada apenas por los principios de la sana crítica, la lógica y la experiencia. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación de MAYO 10 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente y mantiene cond. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Acción: Alvaro Quintana Muriel y otros. Delito: Daño en bien ajeno y abuso de funciones. Radicación número 8283. .. 685

JURADO DE DERECHO / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Con la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991, surgieron múltiples pronunciamientos, tanto jurisprudenciales como doctrinarios, en torno a la inconstitucionalidad del instituto del jurado de derecho, para procesos por el delito de homicidio, por cuanto el inciso final del artículo 116 de la Constitución Nacional confiere de manera transitoria la función de administrar justicia a los particulares, únicamente para desempeñarse como conciliadores o árbitros y los faculta, para "proferir fallo en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Nítido resultaba entender que los jurados de derecho, al emitir un juicio de responsabilidad del procesado estarían administrando justicia, situación que les es vedada. / La violación directa e indirecta de la ley sustancial tienen contenido y significaciones inconfundibles y distintas, habida cuenta que en la primera, se aceptan los hechos tal como los estima el sentenciador, porque es de su esencia que la infracción a la ley se produce de inmediato, esto es,

Pág.

que el fallador para formar su juicio deja de aplicar la norma sustancial que corresponde al caso objeto del proceso, cuando se le da al precepto una interpretación errada o equivocada, y, por consiguiente, se le hace producir efectos de los que carece o que le son contrarios, o cuando el yerro se genera por una falsa adecuación típica que se le da a los hechos procesalmente reconocidos, es decir, la conducta de la norma seleccionada no comporta relación alguna con el caso particular previsto en el precepto seleccionado. / En la violación indirecta de la ley sustancial, por su parte, lo que se discute son las pruebas allegadas al proceso, esto es los hechos, porque es de su esencia que el quebranto a la ley sea mediato, es decir, a través de ella, ya sea porque se ignoró su existencia, o se dejó de apreciar, o se valoró erróneamente, porque se violó su legalidad en su adopción o se le negó el valor que la ley le atribuye, o se restringió o excedió el que ella le asigna. / Si bien es cierto que en la nueva normativa procesal es posible la formulación de cargos excluyentes, estos deben ser propuestos de manera separada, porque la alegación simultánea de la violación directa e indirecta en un mismo reproche, además de imposibilitar el estudio de los planteamientos, atenta contra los principios lógicos del raciocinio, pues es inconcebible que a la vez se acepte y no la prueba y su valoración. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación de MAYO 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Manizales. Acción: Horacio Barco Zapata. Delito: Homicidio. Radicación número 8541. 691

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / AUDIENCIA PUBLICA. El debido proceso y el derecho a la defensa son preciosas garantías de nuestro constitucionalismo y de nuestra normatividad al haber adherido a la legislación continental y universal que regula los derechos humanos. Pero ellas están instituidas para garantizar a los ciudadanos sometidos a procesos que sus derechos no van a ser vulnerados; que necesariamente serán juzgados de conformidad con la legislación existente al momento de los hechos, o en caso de sucesión de leyes con la que le sea más favorable; y que la decisión final será tomada por el funcionario competente de conformidad con los cargos formulados, garantizándole de esta manera que a última hora no se le van a imputar cargos de los cuales no tuvo oportunidad para defenderse, o que se lo sentencie por cargos equívocos vagos, o gaseosos; sino que por el contrario exista tal claridad que tanto el procesado, como el defensor técnico sepan con precisión, certeza y lucidez cuáles son los cargos formulados, para de conformidad con ellos platificar su defensa. / En el orden de participación de la audiencia pública primero deben intervenir aquellos sujetos procesales que por la naturaleza de las funciones que cumplen en el proceso pueden realizar una acusación en la diligencia, para que la defensa que es la última en intervenir tenga la oportunidad de conocer a cabalidad la acusación y pueda defenderse de los argumentos que las otras partes han dado. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación de MAYO 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Leopoldo Albarracín. Delito: Homicidio tentado y agravado. Radicación número 8516. 701

Págs.

TERRITORIALIDAD / RECEPTACION / COMPETENCIA A PREVENCION / COLISION DE COMPETENCIA. El principio territorialidad supone que la pena ha de imponerse por los jueces del lugar donde se infringió la ley penal, tras la investigación, acusación y juzgamiento del actor o actores, para lo cual ha de existir certidumbre en el espacio en el cual se vulneró el orden jurídico. Mas hay ocasiones en que la conducta punible se realiza en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero, casos en los cuales se presenta la desvertebración de aquel principio para dar paso a lo que procesalmente se conoce como competencia a prevención, conforme a la cual su conocimiento corresponderá al funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, como lo dispone el artículo 80 del estatuto procesal penal. Este precepto también prevé que se hubiere iniciado la averiguación simultáneamente en varios sitios, fijando la competencia en el funcionario judicial del lugar en el cual fuere aprehendido el imputado o el del lugar donde se hubiere llevado a cabo la primera aprehensión, cuando fueren varios. / Siendo condición de punibilidad para la figura de receptación que se oculte o ayude a ocultar o a asegurar el objeto material o el producto del mismo, o adquiera o enajene, ha de estar perfectamente averiguado para entrar a precisar la competencia por el factor territorial, el lugar donde alguno de dichos comportamientos logró su materialización. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Auto de colisión de competencias de MAYO 10 DE 1994. Decisión: Declara competente al Juzgado Penal del Circuito de Bogotá. Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha. Acción: Nolberto Sandoval Soto y Manuel Muñoz Suárez. Radicación número 9315. 708

RESOLUCION DE ACUSACION / NULIDAD / LIBERTAD PROVISIONAL / DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / AUTOR / INDICIO / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / SENTENCIA. La posibilidad de variar la calificación provisional "durante la etapa de juzgamiento y antes de que concluya la diligencia de audiencia pública", consagrada en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, en los casos allí señalados, previo el trámite previsto en la citada disposición, desvirtúa por sí sola la errada apreciación del libelista en el sentido de que la resolución de acusación se encuentra "dentro del ámbito de la cosa juzgada y por tal motivo tiene la misma fuerza vinculante de la sentencia". / En tratándose de la causal tercera de casación subsiste para el demandante la obligación de demostrar la razón de su dicho, y probar los hechos en que se basa, así como la decisiva influencia que pudo tener la falla procesal advertida en el desconocimiento de las garantías del condenado. / Afirmar simplemente que el procesado tenía derecho a la libertad provisional solicitada, porque la razón aducida por el Tribunal para negarla había desaparecido al haber sido declarado inexequible por la Corte el artículo 23 del Decreto 1861 de 1989, es una aseveración huérfana de consistencia que no consulta la realidad, pues no se percató el casacionista que el artículo 430 numeral 5 del Decreto 050 de 1987 recuperó la vigencia, y allí se establecía una igual

Págs.

circunstancia para negar la libertad provisional. / La claridad en la presentación del error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencias se omite, la conclusión no puede ser otra que su desestimación. / 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 censor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. / En modo alguno puede exigirse la individualización de todos los autores del hecho punible para determinar el grado de participación de uno de ellos, pues siendo la responsabilidad penal personalísima, su predicado depende de que todos los autores del hecho sean sancionados o siquiera vinculados a la investigación. / La construcción del indicio parte de dos puntos: El primero, el hecho indicador, cuya existencia se revela a través de una prueba; el segundo la inferencia lógica mediante la cual se establece la especie, la relación y la fortaleza del hecho indicado. / La diligencia de reconocimiento no es un indicio, sino uno de sus elementos integradores, que permite llegar a conclusiones como las aceptadas por el sentenciador. / La existencia de la duda puede debatirse en casación por la vía de la violación indirecta, demostrando el casacionista que una determinada prueba fue objeto de un error de hecho o de derecho. Luego del análisis correspondiente, ha de establecer que si no se hubieran presentado estos yerros, el juez necesariamente quedaría enfrentado a una duda insalvable, estando en la obligación de absolver, atendiendo el mandato legal. / El desquiciamiento de la sentencia sólo procede cuando se demuestra su contrariedad con el derecho y no con la visión particular del impugnante. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación de MAYO 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Acción: Humberto Vargas. Delito: Homicidio y hurto. Radicación número 8376. 714

SUSPENSION DE LA PENA. El artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, consagra igualmente como motivo de suspensión o aplazamiento de la detención o de la pena, "cuando el sindicado sufriere grave enfermedad", que se prueba no con los testimonios de personas que residen en el mismo lugar del procesado o condenado, pues ello sólo pueden hacerlo los médicos forenses a través de un dictamen y como consecuencia de una evaluación científica, para lo cual, se requiere la presencia del paciente. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Unica instancia de MAYO 10 DE 1994. Decisión: Deniega prácticas pruebas y no repone. Acción: Hernando Rosas Pulido. Radicación número 6005. 740

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ PENAL MUNICIPAL / FISCAL. No basta como lo afirmó el Consejo Superior de la Judicatura, que el proceso se encuentra en etapa de instrucción, para afirmar que los Juzgados Penales Municipales deben someterse funcionalmente a las jerarquías de la Fiscalía General de la Nación pues no es posible aplicar íntegramente el procedimiento penal actual a los trámites que adelan-

Pág.

tan los mencionados jueces, como tampoco es factible asimilarlos en forma rotunda a los fiscales, pues de ser así, la legislación transitoria no hubiera dispuesto que la segunda instancia de sus decisiones se cumpliera ante los Jueces Penales del Circuito. En esas condiciones aun cuando en la actualidad los jueces penales municipales, cuando instruyen, cumplen la misma función que los fiscales, no por ello pueden tenerse simplemente como fiscales, porque no lo son, hasta el punto que ni siquiera hagan parte de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación. Conviene resaltar que el Consejo Superior de la Judicatura cita el artículo 19, numeral 5 y parágrafo transitorio de la Ley 81 de 1993 que atribuye a los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores la función de "asignar el conocimiento de la instrucción cuando se presente conflicto entre fiscales delegados ante los jueces del circuito, municipales y promiscuos"; sin embargo no se entiende la razón por la cual se acude a ese precepto cuya atribución, en los dos últimos casos, aún no se puede ejercer porque tales cargos no han sido creados. Por otra parte el parágrafo transitorio de la preceptiva atrás citada dispone: "Así mismo, resolverá los conflictos que se presenten entre Juzgados Penales Municipales o Promiscuos con fiscales delegados ante los jueces del circuito" (Subraya la Sala). Para la Sala es nítida la razón que tuvo el legislador para darle carácter transitorio a la disposición que se acaba de transcribir, cual es la de que los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales dentro de poco tiempo dejaran de ejercer la función instructiva, lo que hacía necesario determinar la autoridad que decidiría los conflictos que en el entretanto surgieran entre dichos funcionarios y los fiscales delegados ante los Juzgados del Circuito. / Un incidente de esta naturaleza, una vez propuesto, concluye cuando el funcionario colisionado, asume el conocimiento del asunto que se le remite y adelanta algún trámite; y si más adelante este último juez decide discutir nuevamente la competencia, es necesario que reinicie el incidente, asumiendo esta vez la posición de colisionante, de tal manera que le corresponde dirigirse al juez que considere competente poniéndole expresamente el conflicto e indicando las razones que sustentan su criterio. Por su parte el colisionado, si se niega a avocar el conocimiento del asunto, así anteriormente hubiera sido proponente de un incidente similar ya precluido, tiene el deber de responder tal postulación, dando las razones de su negativa, y luego sí enviar la actuación al superior que deba definir la colisión. Es de entender que el factor territorial de la competencia ha de ser determinado según se vayan cumpliendo en el proceso las situaciones que ella prevé y en el mismo orden que la disposición establece; esto es, que si sólo existe denuncia, éste será el elemento que definirá el juez que ha de conocer del asunto, pero si ya se ha proferido resolución de apertura de instrucción, entonces con el propósito, se habrá de tomar en cuenta el lugar en que se adoptó dicha decisión, lo que tiene razón de ser en el hecho de que resulta conveniente que prosiga conociendo del asunto aquel que ha logrado enterarse más profundamente de los hechos por haber practicado el mayor número de diligencias. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de colisión de competencias de MAYO 11 DE 1994. Decisión: Asigna al Juzgado Segundo Penal Municipal. Procedencia: Juzgado Segundo Municipal de Ipiales. Acción: Gabriel Carlosama Palta. Delito: Fraude mediante cheque. Radicación número 9312. ... 744

Págs.

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL. No es desconocido que las causales de impedimento han sido normativamente creadas para evitar que las actuaciones y decisiones judiciales dejen de estar inspiradas por razones de imparcialidad, dando por ello vida a situaciones que obligan al funcionario a desprenderse del proceso, o a que los sujetos procesales promueven su remoción si por parte de aquel no hubiere espontánea manifestación, pues los impedimentos al hallarse ligados al interés general y ser de orden público, operan de jure. / Con la puesta en vigor de la Constitución que hoy nos rige y con ella la creación del sistema penal con tendencia acusatoria, se entregó el monopolio de la investigación de los delitos y la acusación de sus autores o partícipes a la Fiscalía creándose delimitación con la función juzgadora que quedó a cargo de los jueces, y como era apenas lógico nuevas formas de inhabilitación para los funcionarios hubieron de ser creadas para armonizar con el novedoso sistema. / El numeral 6º del artículo 103 del Decreto 2700 de 1991 creó cierta confusión sobre el particular, pues al enunciar como causal de impedimento que el funcionario "...hubiere participado dentro del proceso..." sugería que la más simple intervención procesal daba pie para que en etapa procesal posterior protestara su conocimiento. / Sin embargo, al expedirse la Ley 81 de 1993 tal situación sufrió marcada modificación, pues se introdujo el numeral 11 del artículo 103 que precisa en qué carácter debía actuar el juez para que se diera la inhabilitación, así: "Que el juez haya actuado como fiscal...". / La simple práctica de diligencias no es función exclusiva y excluyente de la Fiscalía, pues en la etapa de juzgamiento el juez legalmente está facultado para recepcionar pruebas y no por ello queda desvertebrada su función ni alterado su buen juicio. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de impedimento de MAYO 11 DE 1994. Decisión: Declara que no le asiste razón. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Jairo Aponte Vidarte, Juez 27 de Instrucción Criminal Ambulante. Delito: Prolongación de privación de la libertad. Radicación número 9332. 753

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL. Salvamento de voto. 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, pues una y otra tienden a evitar que la imparcialidad de las decisiones se vea afectada. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de impedimento de MAYO 11 DE 1994. Radicación número 9332. 757

Págs.

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL. Salvamento de voto. La Ley 81 de 1993 introdujo nuevas causales de impedimento, entre ellas, la contemplada en el numeral 11 del artículo 103 del C. de P. P. Sigo creyendo en la bondad de las causales pergeñadas en el numeral 6 y ahora en el numeral 11 de la disposición antes citada, cuya exégesis no permite a los magistrados y jueces intervenir en la etapa de juzgamiento cuando previamente han participado en la investigación o acusación, o cuando hayan actuado como fiscales. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de impedimento de MAYO 11 DE 1994. Radicación número 9332. 765

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / IRREGULARIDAD / PENA / NULIDAD. 1. Las falencias del juzgador que den ocasión a la nulidad de la actuación y no hubiesen sido decretadas en las instancias se les otorgó una vía para alegarlas y remediarlas: La causal tercera de casación. Con ello le proporcionó a los sujetos procesales una inmejorable oportunidad pero subordinada —como es apenas obvio— a los requisitos formales de este recurso especialísimo. Presentación adecuada de la demanda, es la primera exigencia. Debe comenzarse, entonces, con la plena identificación no sólo de quienes participaron en el debate procesal sino también del objeto de la inconformidad, esto es, de la sentencia de segunda instancia materia del recurso extraordinario. Luego el compendio de los hechos que sirvieron de sustrato al plenario y la sinopsis del devenir procesal, poniendo especial énfasis en la materia propia del debate que pretende adelantar. Posteriormente, el censor ha de exponer con precisión la causal que aduce, señalando el motivo y el sentido, desarrollando la argumentación con base en el enunciado propuesto y la trascendencia del yerro en perjuicio del recurrente, lo que mostrará con rigor el agravio sufrido. Después de indicar las normas que fueron infringidas, el escrito debe finalizar señalando, en forma clara y precisa, la manera como ha de remediarse el entuerto. Estos presupuestos formales deben cumplirlos todas las causales sin excepción. De permitirse que la causal tercera quede relevada de este compromiso, implicaría desdibujar su carácter, transformándola en una especie de tercera instancia, ya que simplemente le bastaría al actor deducir su existencia, dejándole a la Corte la tarea de revisar el expediente, usurpando las funciones de la segunda instancia, en busca de las posibles irregularidades que afectaron el proceso. Distinto es el caso si al examinar la impugnación y dentro de la vía trazada por el casacionista, la Sala advierte a su paso la presencia de una nulidad. Es su obligación, como administrador de justicia, reparar el agravio surgido a su conocimiento dentro de los lindes de su competencia. 2. Cuando existía la tarifa legal para algunos medios de prueba, resultaba explicable intentar esta vía. Bastaba con hacer la respectiva comparación entre lo estipulado en la ley y lo otorgado por el sentenciador. Del cotejo resultaba el desface y, por ende, la corrección a que hubiere lugar. La eliminación de este justiprecio normativo, dejando en manos del juez la evaluación consiguiente dentro de los lindes que marcan las reglas de la sana crítica, convirtió en inidónea esta vía para intentar dicho cuestionamiento. En sede de casación, se busca remediar el entuerto resultante de una

Págs.

contradicción flagrante entre la decisión judicial y la normatividad y no la imposición de los particulares puntos de vista consignados en la demanda. El tema de la dosimetría penal se puede alegar tanto por la vía directa como por la indirecta. Si la materia del yerro se refiere a los criterios señalados por el legislador para determinar la sanción (art. 61), la vía para el plantec es la inicial. Pero, si fue la prueba misma, por un error de hecho o de derecho, la que llevó a fijar erróneamente la pena, debe optarse por el segundo motivo. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación de MAYO 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Acción: Hipólito Bravo Archila. Delito: Homicidio y lesiones. Radicación número 8625. 767

TERMINO / CIERRE DE INVESTIGACION / COAUTORIA IMPROPIA / PRINCIPIO DE CONTRADICCION / ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD. Tratando de cumplir razonablemente los términos, la investigación ha de cerrarse cuando al menos ya se hayan aportado las pruebas esenciales. Así, el funcionario debe tratar de evacuar rápidamente los principales elementos de juicio que en su momento le sirvan para calificar de una u otra manera el sumario. Lo importante es que no falten las pruebas cruciales, de cara al proferimiento del respectivo fallo. Al respecto, el funcionario debe tener en cuenta que unos son los requisitos que la ley exige para acusar, y otros los necesarios para condenar: Frente a esa contemplación conceptual, el funcionario debe ser cuidadoso en la etapa del juicio. / Coautoría impropia quiere decir, de manera general, que los sujetos activos del punible actúan típicamente cada uno por su lado, pero todos colaborando con los demás en el propósito común, razón por la cual se refiere la doctrina a una "división de trabajo". / Todo hace ver que el casacionista se confunde al afirmar que existe nulidad por "imputación de cargos con violación al principio de no contradicción" pues este principio lo que implica es que se vulnere la lógica alegando al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto, cosas excluyentes u opuestas. Precisamente es a este principio a que alude el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, cuando dentro de los requisitos formales de la demanda impide que se hagan dentro de un mismo cargo, reproches excluyentes. / La contradicción probatoria, que tiene que ver estrechamente con la publicidad de la prueba, y que en términos generales consiste en que al respectivo sujeto procesal se le conceda la oportunidad de rebatir las imputaciones en su contra. / El yerro de derecho por falso juicio de legalidad consiste en que determinada prueba se practique o allegue con preterm isión de los requisitos legales esenciales, cosa que la hace inexistente y por lo tanto no analizable desde ningún ángulo. / El no evaluar la prueba sistemáticamente o en conjunto, viene a conformar un yerro de hecho. Es menester que el casacionista establezca y pruebe a la Corte los errores cometidos en los análisis de cada prueba por causa de no haber tenido en cuenta otros datos probatorios, omisión esta que, tiene que ser esencial para que afecte el cuadro probatorio. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación de MAYO 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé

Págs.

de Bogotá. Acción: Ramiro Villegas Jara. Delito: Homicidio y tentativa de homicidio. Radicación número 8513. 781

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION. Desde mucho antes de que se produjeran trascendentales reformas a la nulidad y su declaratoria, la Corte Suprema de Justicia en reiterada y uniforme jurisprudencia, había sostenido que pese a ser la nulidad una excepción al principio de limitación que rige el recurso extraordinario de casación, en el sentido de poder ser declarada oficiosamente, ello en sí, no constituía una licencia para que los recurrentes demandaran su declaratoria limitándose a un solo enunciado, sino que era necesario que quien la alegara debía demostrar en qué consistía la irregularidad, cuál era la nulidad alegada, y el perjuicio sustancial ocasionado a la parte interesada y sólo cuando cumpliesen con tales requisitos era dable a la Corporación hacer un pronunciamiento positivo en cuanto a su existencia. / Lo que antes constituía una simple jurisprudencia, hoy es ley, porque en el numeral 2 del artículo 308 del C. de P. P., recoge los elementos estructurantes de la jurisprudencia de la Corte al disponerse: "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". / Si lo que pretende el censor es demostrar que fue procesado y condenado una persona inocente, puesto que el verdadero autor nunca fue vinculado procesalmente, es evidente que otra debe ser la vía del ataque, porque para que se llegue a tan aberrante, pero posible situación, es necesario que se hubiesen presentado graves yerros en el juzgamiento, en la apreciación de las pruebas, bien por circunstancias de hecho o de derecho, porque para que ello pueda ocurrir es evidente que se tienen que haber omitido en su consideración pruebas legalmente existentes en el proceso, o haber apreciado otras que no existían en el mismo, o las que sí fueron apreciadas, de una manera distorsionada o porque se tuvieron en cuenta pruebas ilegalmente producidas o allegadas al proceso, y serían estos algunos de los errores de apreciación probatoria que podrían llevar a tan grave error judicial. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación de MAYO 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio. Acción: Benjamín Herrera Naranjo. Delito: Homicidio. Radicación número 8432. 797

RESPONSABILIDAD PENAL. / SENTENCIA / PREVARICATO / IN DUBIO PRO REO. Es pertinente advertir que en lo relacionado con la responsabilidad penal, por virtud de la ley una es la prueba necesaria para proferir resolución de acusación, para lo cual basta con que "exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio" que comprometa la responsabilidad del sindicado (art. 441 del C. de P. P.), y otra, mucho más exigente, la indispensable para emitir sentencia de condena, porque se requiere que la prueba conduzca a la certeza, no sólo sobre el hecho punible sino también en lo tocante con la responsabilidad del acusado (art. 247 *ibídem*). / El prevaricato "no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo; sino el derecho declarado y el conocido". Y si se

Págs.

parte de esta premisa, se deduce con claridad que para dar por demostrado un prevaricato, se debe confrontar la decisión tomada con la norma legal, pero teniendo siempre en cuenta el sentido que a ésta le da quien la aplica. Más cuando la violación de la ley se presenta no en forma directa sino a través de la prueba, la confrontación debe hacerse entre la norma legal aplicada y el acervo probatorio obrante en el proceso, pero sin olvidar la convicción alcanzada por el sujeto activo con base en los elementos de juicio por él analizados, que es la que en últimas debe ser objeto de confrontación con la ley aplicada. Aquí también se presenta una contradicción entre la ley y la prueba conocida, tal como la asumió el sujeto agente. / La duda excluye la certeza y cuando no es posible su eliminación, es necesario resolverla a favor del sindicado, tal como categóricamente lo ordena el artículo 445 *ibidem*. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Unica instancia de MAYO 11 DE 1994. Decisión: Absolver. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Helena Gutiérrez y otros, Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Delito: Prevaricato. Radicación número 5660. 805

INDICE ALFABETICO
DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR
PRIMER SEMESTRE DE 1994

A

	Págs.
ABUSO DE CONFIANZA	93, 273
ABUSO DE CONFIANZA. Salvamento de voto	100
ACCION DE REVISION	187, 442
ACUSACION	536
APELACION	652, 685
APODERADO	224
ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LA FUERZA PUBLICA	378
ASESORAMIENTO ILEGAL	446
AUDIENCIA PUBLICA	701
AUTOR	714

C

	Págs.
CAMBIO DE RADICACION	62
CASACION DISCRECIONAL	116, 253, 643
CASACION OFICIOSA	144, 487
CESACION DE PROCEDIMIENTO	189
CIERRE DE INVESTIGACION	731
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA	7
CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION	442
COAUTORIA IMPROPIA	781
COLISION DE COMPETENCIA	93, 121, 467, 624, 648, 665, 678, 708, 744
COMPETENCIA	262, 421, 424, 430, 433, 685

Págs.

COMPETENCIA A PREVENCION. 708

CONCUSION. 317

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. 317, 421

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Aclaración de voto. 437

CONFESION. 390

CONGRESISTA. 282

COSA JUZGADA. 426

D

DAÑO EN BIEN AJENO. 685

DEBIDO PROCESO. 105, 385, 594, 652, 701

DECLARACION SANA CRITICA. 345

DEFENSA TECNICA. 397

DEFENSOR. 628

DELITO INSTANTANEO. 661

DELITO PERMANENTE. 661

DEMANDA DE CASACION. 19, 26, 58, 74, 90, 215, 390, 439, 518, 628, 714, 767, 797

DEMANDA DE CASACION. Aclaración de voto. 23

DERECHO DE DEFENSA. 309, 594, 652, 701

DERECHOS DE AUTOR. 74

DETENCION DOMICILIARIA. 372

DETENCION PREVENTIVA. 372

DICTAMEN PERICIAL. 458, 561, 670

DOLO. 670

E

ERROR DE DERECHO. 487

ERROR DE HECHO. 290, 378, 487, 564, 731

ESTAFA. 273

ESTAFA. Salvamento parcial de voto. 288

EXTORSION. 121, 643, 665

Págs.

F

FALSEDAD. 559

FALSEDAD EN DOCUMENTO. 503

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. 467

FALSEDAD. Salvamento parcial de voto. 288

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. 126, 378, 564

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD. 65, 781

FAVORABILIDAD. 90, 439, 624

FISCAL. 379, 744

FUERO. 262

H

HABER ACTUADO COMO FISCAL. 753

HABER ACTUADO COMO FISCAL. Salvamento de voto. 552, 757, 765

HURTO. 487

HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA. Salvamento de voto. 100

I

IMPEDIMENTO. 355, 359, 426, 430, 536, 552, 753

IMPEDIMENTO. Salvamento de voto. 757, 765

IN DUBIO PRO REO. 805

INDAGATORIA 7, 345, 628

INDEFENSION. 7

INDICIO. 105, 126, 290, 471, 628, 714

INEXISTENCIA. 456

INIMPUTABILIDAD. 514

IRREGULARIDAD. 458, 767

J

JUEZ. 26

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS. 624

Págs.

JUEZ PENAL MUNICIPAL. 744

JUEZ REGIONAL. 648

JURADO DE DERECHO. 397, 614, 691

JUSTICIA PENAL MILITAR. 430

L

LEGITIMA DEFENSA. 164, 683

LIBERTAD PROVISIONAL. 317, 683, 714

N

NULIDAD. 105, 144, 205, 224, 335, 426, 458, 536, 714, 767, 797

P

PARTE CIVIL. 152

PARTE NO RECURRENTE. 516

PECULADO POR APROPIACION. 41

PECULADO POR EXTENSION. 41

PENA. 58, 767

PREVARICATO. 189, 262, 409, 579, 805

PREVARICATO POR OMISION. 554

PRINCIPIO DE CONTRADICCION. 781

PRUEBA. 65, 458, 564

R

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION. 65

RECEPTACION. 708

RECURSO DE HECHO. 455, 512

RECUSACION. 355

REO AUSENTE. 309

RESOLUCION DE ACUSACION. 257, 714

RESPONSABILIDAD. 643

Págs.

RESPONSABILIDAD PENAL. 805

REVISION. 426

S

SANA CRITICA. 26, 105, 325, 456, 714, 767

SANCION DISCIPLINARIA. 355

SENTENCIA. 257, 442, 714, 805

SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA. 483

SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA. Aclaración de voto. 437

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD. 144

SUSPENSION DE LA PENA. 740

T

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO. 171

TERMINO. 619, 781

TERRITORIALIDAD. 798

TESTIMONIO. 105

TIPICIDAD. 189, 643, 678

TITULO EJECUTIVO. 409

TRASLADO DE RECLUSO. 424

U

UNIDAD PROCESAL. 171

V

VERSION LIBRE. 503

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. 164, 205, 224, 362, 691

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. 164, 242, 345, 362, 691, 694, 714