REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

«Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento» (Siete Partidas, 1ª, Título I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXXXIII SEGUNDO SEMESTRE NUMERO 2472

VOLUMEN III

SANTAFE DE BOGOTA, D.C., COLOMBIA - AÑO 1994

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA
PENICENTRAL DE COLOMBIA - TALLER DE ARTES GRAFICAS

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

SALA PLENA

Doctor *Ricardo Calvete Rangel,* Presidente
Doctor *Carlos Estéban Jaramillo Scholss,* Vicepresidente
Doctora *Blanca Trujillo de Sanjuan,* Secretaria General

SALA LABORAL

Doctor *Ernesto Jiménez Díaz*
Doctor *Ramón Zúñiga Valverde,* Presidente
Doctora *Luz Emilia Jiménez de Molina,* Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Rafael Méndez Arango
Manuel Enrique Daza Alvarez
Francisco Escobar Henríquez
Ernesto Jiménez Díaz
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Ramón Zúñiga Valverde

SALA CIVIL

Doctor *Pedro Lafont Pianeta,* Presidente
Doctor *Luis Antonio Montañez Soto, Secretario*
Doctor *Héctor Moreno Aldana,* Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Eduardo García Sarmiento
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Francisco Javier Tamayo Jaramillo
Carlos Estéban Jaramillo Scholss
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra

SALA PENAL

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

MAGISTRADOS Doctores:

Ricardo Calvete Rangel
Jorge Carreño Luengas
Nilson Pinilla Pinilla
Guillermo Duque Ruiz
Gustavo Gómez Velásquez
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Dídimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Juan Manuel Torres Fresneda
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES:

SALA LABORAL

Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz

SALA CIVIL

Doctora Liliana Polanía Alvarez

SALA PENAL

Doctora Ayda Lucy López de Giraldo

TUTELAS

Doctora Piedad Arcila Espinosa
Doctora Beatriz Eugenia Cortés Becerra

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

SALA CIVIL: *Doctora Liliana Polanía Alvarez*
SALA LABORAL: *Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz*
SALA PENAL: *Doctora Ayda Lucy López de Giraldo*
TUTELAS: *Doctora Pedad Arcila Espinosa*
Doctora Beatriz Eugenia Cortés Becerra

Tomo CCXXXIII - Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia - Año 1994 - Número 2472

SALA DE CASACION PENAL

LIBERTAD PROVISIONAL / COLISION DE COMPETENCIA

Reiteradamente esta Corte ha pregonado que con motivo de incidentes como los de recusación e impedimentos o colisiones de competencia, solamente puede pronunciarse respecto del mismo y, por consiguiente, no tiene facultad para tomar decisiones distintas, como el de conocer y definir la libertad del procesado, excepto por pena cumplida, cuando la causal se presente durante el lapso en que el expediente se encuentra en trámite.

El artículo 101 del Código de Procedimiento Penal establece que "Mientras se dirime la colisión, lo referente a las medidas cautelares será resuelto por el juez que tuviere el proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión", debiéndose entender que las peticiones de libertad han de ser resueltas en la forma prioritaria que lo establece la ley (en un término máximo de 3 días –art. 55 de la Ley 81 de 1993-), por el funcionario judicial en donde queda el asunto en espera de que el competente decida el incidente.

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

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número 115.

Vistos:

El procesado GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ, solicita la libertad provisional, con apoyo en lo previsto por el artículo 55-4 de la Ley 81 de 1993, en atención a que lleva en detención física más de 24 meses y no se ha calificado el mérito de la instrucción.

Consideraciones de la Corte:

El proceso seguido contra GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ, WILSON PALACIOS RIVERA y YEN OLIVER PARIAS MENA, llegó a esta Corporación para decidir el conflicto negativo de competencias trabado entre un Fiscal Regional Delegado y un Juez Regional de Medellín

Reiteradamente esta Corte ha pregonado que con motivo de incidentes como los de recusación e impedimentos o colisiones de competencia, solamente puede pronunciarse respecto del mismo y, por consiguiente, no tiene facultad para tomar decisiones distintas, como el de conocer y definir la libertad del procesado, excepto por pena cumplida, cuando la causal se presente durante el lapso en que el expediente se encuentre en trámite.

En el presente caso, GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ reclama la excarcelación por motivo diferente al expresado, al enderezar el pedimento por la causal 4 del artículo 55-4 de la Ley 81 de 1993 para cuya definición se requiere establecer el término de privación efectiva de la libertad, si el proceso fue calificado, si se trata de tres o más imputados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, y si la no calificación del mérito de la instrucción obedeció a causas atribuibles al sindicado o a su defensor. Estas confrontaciones desatienden las facultades restringidas que otorga la ley a la Corte en tratándose de los incidentes comentados, en donde lo que se busca es una solución inmediata y expedita y por eso la resolución se asume de plano, sin dar lugar a dilaciones.

De otra parte, el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal establece que "Mientras se dirime la colisión, lo referente a las medidas cautelares será resuelto por el juez que tuviere el proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión", debiéndose entender que las peticiones de libertad han de ser resueltas en la forma prioritaria que lo establece la ley (en un término máximo de 3 días –artículo 55 de la Ley 81 de 1993–), por el funcionario judicial en donde queda el asunto en espera de que el competente decida el incidente.

En el asunto tratado, es el Juez Regional de Medellín el llamado por previsión normativa a resolver la petición de excarcelación que ha formulado el implicado GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ, a quien se remitirá la solicitud respectiva.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *se abstiene* de resolver la petición de libertad formulada por el procesado GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ y, en su lugar, ordena que la solicitud sea remitida al Juez Regional de Medellín que actualmente conoce el proceso seguido contra dicha persona.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, no firma; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE

El comodatario al recibir la cosa se obliga a conservarla, a usarla y restituirla, a su vez el comodante mantiene sobre el objeto prestado todos los derechos que tenía antes, pero no su ejercicio en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario, quien es un simple tenedor que reconoce dominio ajeno.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 114 de 12 de octubre de 1994.

Vistos:

Habiendo llegado las presentes diligencias de la Fiscalía con apertura de investigación y vinculado mediante indagatoria el doctor Héctor Fernando Ramírez Vásquez, miembro de la Cámara de Representantes, procede la Sala a resolver la situación jurídica y a tomar la decisión que resulte pertinente de acuerdo con los elementos de juicio allegados.

Antecedentes:

La investigación se originó por el anónimo enviado el día 23 de marzo de 1993 a la Dirección Seccional de la Fiscalía, escrito que se refiere a varias irregularidades cometidas por el ex-Alcalde del municipio de Soacha, Cundinamarca, Héctor Fernando Ramírez Vásquez.

Como el escrito comprende diversos hechos punibles, la Unidad de Fiscalía de Soacha - Cundinamarca, luego de acreditar que algunos de ellos se investigan en otras Fiscalías, adelantó este proceso por la construcción del Teatro Sua en terrenos que el municipio había entregado

en comodato al Departamento para la Construcción del Colegio Departamental Integrado.

Pruebas recaudadas:

De los elemenntos de juicio allegados destacamos los siguientes:

a) Anónimo donde se reseñan las irregularidades cometidas por el ex-Alcalde de Soacha, Héctor Fernando Ramírez Vásquez.

b) Fotocopia del contrato de comodato entre el municipio de Soacha y el departamento de Cundinamarca, suscrito el día once de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

c) Declaraciones bajo juramento de Tulio Armando Ramírez Muñoz, Jaime Alberto Roa Vásquez, Luis Germán Landinez Díaz, Jorge Sarta Díaz y Mery Escobar Rozo.

d) Inspección judicial realizada en la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Santafé de Bogotá, al expediente No. 2550, sindicado Fernando Ramírez Vásquez y otros por el delito de peculado.

e) Inspección judicial practicada en las instalaciones del Teatro Sua, con la presencia de un perito, tomándose fotografías del conjunto.

f) Inspección judicial practicada en la Tesorería Municipal de Soacha, con el fin de obtener la documentación de la construcción del Teatro Municipal.

g) Fotocopia autenticada del acta de posesión del economista Héctor Fernando Ramírez Vásquez, como Alcalde Municipal de Soacha, el día primero de junio de 1988.

h) Fotocopia del Acuerdo No. 05 del 31 de mayo de 1989, autorizando al ejecutivo para contratar un empréstito con el fin de construir y terminar unas obras, entre ellas el Teatro Municipal.

i) Fotocopia del Acuerdo No. 14 del día 27 de diciembre de 1989, por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal para suscribir un

empréstito, con finalidades específicas como la de terminar y dotar el Teatro Municipal.

j) Fotocopia de los Decretos 242 del 18 de octubre de 1989 y 276 del 4 de diciembre del mismo año, donde se adiciona el presupuesto de renta de la vigencia fiscal de 1989.

k) Fotocopias de diversos comprobantes de pago por la construcción y terminación del Teatro Municipal.

l) Fotocopias de contratos suscritos por el ex-Alcalde Fernando Ramírez Vásquez para la construcción, terminación, instalación y dotación de elementos para el Teatro Municipal de Soacha.

ll) Informe No 0133-93 mayo 21 de 1993 procedente del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, y recomienda:

> "1. Abrir formal investigación por Peculado por aplicación diferente de las apropiaciones presupuestales del municipio, en el caso específico de la construcción del Teatro Sua, dentro de los predios del Colegio Departamental Integrado de Soacha".

m) Constancia de que el doctor Fernando Ramírez Vásquez, en la actualidad desempeña el cargo de Representante a la Cámara, desde el 20 de julio del presente año.

n) Indagatoria del ex-Alcalde Héctor Fernando Ramírez Vásquez, en la cual refiere lo siguiente:

Que fue elegido a la primera alcaldía popular de Soacha para el período 1988-1990 y que en esta administración se terminó el estadio municipal, se comenzó el polideportivo Julio César Peñaloza, se hizo el polideportivo en Cagua, se construyeron canchas de fútbol y basketbol en varios barrios del municipio y se terminó la construcción del Teatro Municipal.

Dice que la construcción del Teatro Sua se inició en la administración del señor Alfredo Bogotá Chía, quien consiguió una partida para su

construcción. El Concejo de Soacha, por medio de un acuerdo autorizó los recuros para la culminación de esta obra y como era un predio oficial, el Departamento dio un auxilio y el municipio apropió los otros recursos.

El teatro fue inaugurado el 30 de mayo de 1990 y está cumpliendo con el objetivo para el que fue creado, que es el servicio al Colegio Departamental Integrado de Soacha, y a los demás colegios oficiales del municipio, lo mismo que para todas las actividades culturales que se realizan en la localidad; hace parte de la Unidad Educativa que por ser un bien público debe estar prestando el servicio a la comunidad y los recursos que ingresen a él, hacen parte del Tesoro Municipal.

Afirma que para la construcción se hicieron varios contratos de acuerdo con lo ordenado por el Concejo Municipal y el Código Fiscal Vigente, la documentación debe reposar en la Tesorería Municipal.

Finalmente explica que en 1992, cuando se desempeñaba como Secretario de Educación Departamental, colaboró con muchas personas para que estudiaran, pero jamás a cambio de votos y no es cierto que en ese cargo estuviera al frente de determinadas candidaturas, porque tiene bien definido cuáles son las funciones en el campo de la administración en corporaciones públicas.

Consideraciones de la Sala:

La conducta endilgada al doctor Héctor Fernando Ramírez Vásquez no tiene que ver con el cargo de Congresista ni con las funciones inherentes al mismo, pero como en la actualidad ostenta el cargo de Representante a la Cámara tiene fuero, y esta Corporación a su vez competencia para instruir y fallar tal como lo dispone el artículo 235 inciso 3o. de la Constitución Política.

La imputación que aflora en la investigación preliminar adelantada por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación y que correspondió a este despacho, es el presunto peculado por aplicación oficial diferente descrito en el artículo 136 del Código Penal, por cuanto en su carácter de Alcalde Municipal de Soacha, Cundinamarca entre 1989 y 1990, construyó el Teatro Municipal en terrenos que el

municipio había entregado el once de febrero de 1975 en comodato al departamento para que construyera el Colegio Departamental Integrado. Para esta obra utilizó los dineros adquiridos en un préstamo realizado por el Banco Popular, sucursal Cazuca, los que se debían cancelar con el producto de las rentas municipales.

El Concejo Municipal emitió los Acuerdos 05 del 31 de mayo de 1989 y 13 del 27 de diciembre del mismo año. En el primero de ellos autorizó al Ejecutivo para suscribir un crédito de $200.000.000, de los cuales se destinarían $20.000.000 para la construcción y terminación del Teatro Municipal; y en el segundo autorizó al Alcalde para contratar un empréstito por $100.000.000, ordenando destinar $25.000.000 para dotación y terminación del mismo, actividad que desarrolló el Alcalde Ramírez Vásquez dictando los Decretos 242 del 18 de octubre, 276 del 4 de diciembre y 284A del 26 de diciembre de 1989, con el fin de adicionar el presupuesto en $200.000.000, adquiriendo un préstamo en el Banco Popular, sucursal Cazuca, dinero que ingresó al presupuesto y que a la fecha ya fue cancelado como lo certifica la entidad crediticia.

Llamado a rendir indagatoria, el inculpado explicó cómo había reasumido y terminado la construcción del Teatro Sua, que fue iniciada en 1980 y dejada inconclusa por muchos años por lo cual se propuso, con la ayuda del Concejo Municipar terminarla. Fue así como se aprobó un acuerdo que autorizó los recursos para ese fin. Se utilizaron en esta obra no sólo recursos del municipio sino también del departamento. El teatro hace parte de la Unidad Educativa y además presta un servicio al municipio.

Efectivamente su afirmación se hallas plasmada en el acuerdo No. 05 de 1989 cuando en el acápite de los considerandos dice:

> "5. Que la obra del Teatro que se construye en el Colegio Departamental y en terrenos del municipio de Soacha se hace necesaria para que todos los estudiantes de Escuelas y Colegios tengan un escenario para sus actividades académicas y culturales. Que esta obra se encuentra en un 50% de su ejecución y es necesario asignar los recursos para su terminación".

Con este acuerdo se autorizó al ejecutivo para adquirir un empréstito por $200.000.000 con fines específicos entre otros para terminar la construcción del teatro, lo que quiere decir que la conducta imputada al acusado se adecuó a las exigencias legales.

Se probó con el respectivo contrato que el municipio entregó en comodato un lote de terreno al departamento con el único fin de que se construyera el Colegio Departamental Integrado, lo que así se hizo, habiendo quedado inutilizado una cantidad de terreno, suficiente para construir un teatro que beneficiara al Colegio, a la comunidad educativa y al propio municipio.

El comodato está cumpliendo su finalidad, las autoridades municipales no se equivocan al considerar los terrenos entregados en comodato como de propiedad del municipio, porque efectivamente este contrato es una figura de préstamo de uso a título gratuito y con la obligación de restituir la cosa después de terminar el uso; el comodatario al recibir la cosa se obliga a conservarla, a usarla y a restituirla, a su vez el comodante mantiene sobre el objeto prestado todos los derechos que tenía antes, pero no su ejercicio en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario, quien es un simple tenedor que reconoce dominio ajeno.

No observa la Sala en qué se puede perjudicar el departamento con la construcción del Teatro Sua, si el primer beneficiado es el propio Colegio Departamental Integrado; la finalidad no fue otra que la de hacer toda una unidad educativa que le sirviera a las escuelas públicas, colegios oficiales y a la comunidad en general. Sin embargo, si se estableciera incumplimiento del contrato, correspondería a la parte perjudicada iniciar la respectiva acción por la vía civil.

El procesado cuando decidió continuar la obra dispuso del dinero autorizado por el Concejo Municipal y el presupuesto, ya que según los contratos y comprobantes de pago obrantes al proceso no sobrepasan los $45.000.000 autorizados para tal fin, es decir, que no comprometió sumas diferentes a las fijadas en el presupuesto ni tampoco invirtió o utilizó en la forma no prevista en éste. El Teatro Sua, como se estableció por inspección judicial, es una realidad y en la actualidad está cumpliendo una función educativa y social.

En consecuencia la situación jurídica se resolverá absteniéndose la Sala de proferir medida de aseguramiento en contra del Representante Héctor Fernando Ramírez Vásquez, y ante la atipicidad de los cargos, es procedente decretar la preclusión de la investigación en su favor, tal como lo dispone el artículo 36 del C.P.P.

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

Resuelve:

Primero: Abstenerse de proferir medida de aseguramiento en contra del doctor Héctor Fernando Ramírez Vásquez.

Segundo: Precluir la investigación adelantada contra el doctor Héctor Fernando Ramírez Vásquez, por las razones expuestas en la aparte motiva. En firme esta decisión, archivar el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, no firma; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / TESTIMONIO / IRA E INTENSO DOLOR

El testimonio, como los demás medios probatorios señalados en el Código de Procedimiento Penal, está exento de valoración previa legal ya que están gobernados en cuanto a su valoración por las reglas de la sana crítica (art. 254 y 294).

2. Para el reconocimiento de uno cualquiera de los estados emocionales del artículo 60 del Código Penal, no es necesario que el procesado expresamente deba manifestarlo. Desde luego que sus propias consideraciones son elementos de juicio importantes para dicho efecto, pero así éstas falten, si objetivamente, con el resto del haz probatorio se acredita una de esas circunstancias, el fallador está obligado a reconocerla, así el acusado no lo diga o niegue toda participación en el hecho imputado.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 117.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 1o. de julio de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a FERNANDO JARAMILLO a la pena principal de 16 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1. Miguel Jaramillo Henao, de 16 años de edad, vivía con su familia en el municipio de Casabianca, departamento del Tolima. Allí conoció a

Dora Elsy Jaramillo, de 13 años de edad, con quien en el mes de marzo de 1984 resolvió irse a vivir al municipio cundinamarqués de Fusagasugá; esta convivencia duró poco, porque ella decidió formar nueva pareja con Alirio Arévalo, con quien igualmente rompió, para regresar a su casa, como también lo había hecho antes Miguel.

El padre de Dora Elsy, Fernando Jaramillo, disgustó entonces con Miguel, contra quien lanzaba amenazas, aún en su presencia.

El 20 de julio de 1985, en las primeras horas de la noche, Miguel Jaramillo Henao, quien se encontraba jugando billar en la fonda de propiedad de Ancízar Castro Castaño, ubicada sobre la margen izquierda del carreteable que de Casabianca conduce a la vereda La Graciela, fue alertado por sus compañeros de juego sobre la presencia de Fernando Jaramillo, quien pasaba por el lugar camino arriba, hacia los lados de su casa que queda a unos 150 metros de dicho sitio, advertencia a la cual Miguel respondió con un silvido y el ademán de dispararle a su ex-suegro con el taco desde dentro del establecimiento. Minutos más tarde, cuando Miguel se disponía a tacar de espaldas a la puerta de entrada a la Fonda, recibió un disparo de escopeta que le penetró de costado causándole la muerte en forma inmediata. Desde el mismo momento de los hechos, los testigos señalaron como autor de éstos a Fernando Jaramillo.

2. El Juzgado Promiscuo Municipal del referido municipio abrió investigación y recibió varias declaraciones, según las cuales Fernando Jaramillo malquería a Miguel Jaramillo Henao "por haberse llevado a su hija", aunque la prueba es casi unánime en mostrar que ésta, Dora Elsy Jaramillo, se había ido voluntariamente y que así mismo había abandonado a Miguel.

Capturado Fernando Jaramillo negó rotundamente tener algo que ver con dicho homicidio, aseverando que cuando el mismo se cometió él se encontraba en otra parte (fls. 19 y ss.-1).

Dictado auto de detención contra el sindicado (fls. 36 y ss.-1), el proceso pasó al Juzgado 11 de Instrucción Criminal Ambulante, que practicó otras pruebas y luego remitió el expediente al Juzgado Primero Superior de Honda, que cerró investigación y la calificó mediante auto

de 23 de enero de 1986, con llamamiento a juicio contra Fernando Jaramillo por el delito de homicidio agravado, a tenor de los artículos 323 y 324-7 del C. de P.P. (indefensión). Al ser apelada esta providencia por el defensor de Jaramillo, el Tribunal, por medio de la suya de 24 de abril de 1986, la confirmó (fls. 174 y ss.).

En la etapa de la causa se llevaron a cabo otras diligencias, pero el procesado tuvo que ser puesto en libertad por haber transcurrido un año desde la ejecutoria de la acusación sin que se celebrare audiencia pública (fls. 308 y ss.-1).

Por fin, el 16 de junio de 1992 se celebró la audiencia (fls. 345 y ss.-1), y el Juzgado Tercero Penal del Circuito dictó sentencia el 10 de julio siguiente (fls. 350), mediante la cual, en armonía con la acusación, condenó al procesado a la pena principal de 16 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo y al pago de perjuicios, negando la condena de ejecución condicional.

El defensor del procesado apeló dicho fallo y el Tribunal, mediante el suyo que recurrió aquél en casación, lo confirmó, modificándolo en cuanto a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, la cual redujo al término legal, es decir a 10 años (fls. 3 y ss.-3).

La demanda:

1. Primeramente el casacionista acude a la violación directa de la ley, afirmando que se dejó de aplicar el artículo 60 del Código Penal, que prevé los estados emocionales de la ira e intenso dolor. Dice: "si de la prueba militante en el proceso se desprende que el hecho ocurrió ante el estado de ira e intenso dolor en que se encontraba el procesado causado por el comportamiento grave e injusto a de la víctima, pues debe, inexorablemente, insoslayablemente ser reconocido por el juzgador en la sentencia, so pena de violación de una norma sustancial" (fls. 9-4). Más adelante agrega: "pese a la multitudinaria prueba que acredita el estado emocional, como lo puso de presente el Fiscal de la primera instancia, solamente porque el procesado no hizo manifestación al respecto y pese a que el procesado tiene el sagrado derecho a no autoincriminarse y, desde

luego, la exteriorización del estado emocional habría implicado para él la auto incriminación" (fls. 10 y 11-4).

Reitera el actor que no obstante la sentencia aparecer redactada en unos términos que llevan al reconocimiento del artículo 60 mencionado, dicho fallo termina por no reconocer el estado emocional que esa norma consagra.

Pide entonces que se case el fallo "y si fuere procedente proferir la sentencia que en derecho corresponda".

2. Como "segunda causal en forma subsidiaria" (fls. 12-4), el censor alega la violación indirecta de la ley, aseverando que el sentenciador le dio a la prueba obrante en autos un alcance diverso del que tiene. "Responde al hecho –dice el casacionista– de que a la prueba testimonial se la ha negado para el evento de reconocer las circunstancias del hecho el valor probatorio que la ley le asigna. Es decir, se trata de la segunda forma de error de derecho que ha reconocido la jurisprudencia" (fls. 12-4).

Anota que el proceso contiene prueba testimonial abundante que revela "en forma aún más directa y diáfana las circunstancias del hecho punible y más concretamente la grave e injusta provocación por parte de la víctima que produjo el estado emocional iracundo del condenado" (fls. 13-4). Se refiere a unos testigos y sostiene que éstos "dan cuenta que el occiso se raptó a la hija del sindicado cuando apenas contaba con 13 años de edad, llevándosela del hogar paterno, que posteriormente la abandonó, viéndose la menor obligada a prostituirse y que no contento con ello el sindicado se burlaba continuamente del procesado, inclusive la misma tarde de los hechos" (fl. cit.). De lo anterior concluye el casacionista "que el Tribunal no le dio a la prueba testimonial citada el valor que le correspondía y, por el contrario, lo desdeñó por el hecho de que el procesado no había hecho manifestación alguna sobre la circunstancias de la pasión que desembocó en el delito" (fls. 15-4).

En esos términos, pues, solicita que se case el fallo y se otorgue la diminuente al acusado.

Concepto de la Delegada:

1. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal dice primeramente: "En el caso que nos ocupa y con una desprevenida lectura del libelo, se evidencia la más absoluta carencia de proposiciones tendientes a demostrar la existencia de los vicios denunciados y la naturaleza y magnitud del agravio presuntamente inferido, consecuencia de una falta de orden y lógica en la presentación y fundamentación de la impugnación" (fls. 16 cd. Corte). Agrega a renglón seguido la Delegada:

> "En efecto, en el primero de los ataques el censor denuncia la exclusión evidente del artículo 60 del Código Penal por la vía de la violación directa y al mismo tiempo analiza la prueba que estima demostrativa del pretendido estado de ira, lo que constituye un error de técnica por cuanto en este tipo de censuras el alegato debe ser en derecho, aceptando los hechos tal como fueron asumidos por el fallador".

Transcribe la Delegada la parte del fallo atañadera al examen y rechazo de la aminorante (art. 60), para anotar: "De la anterior transcripción del fallo imugnado se deduce que no reconoció el Tribunal la presencia del estado emocional de la ira e intenso dolor en el ánimo del sindicado; sólo se admitió que teóricamente esto era posible pero que, debido a la ausencia de prueba para sustentar tal estado emocional especialmente porque el procesado no expresó sus motivaciones internas y éstas no se evidencian en la realidad procesal, no podía serle concedida la diminuente" (fls. 18 infra y 19).

Aunque la Delegada le critique al sentenciador la exigencia –para que pueda ser reconocida la atenuante en cita– de que el procesado debe manifestar la ira o el intenso dolor, de todos modos insiste en que la aminorante reclamada no se presentó.

2. En cuanto al segundo reproche, dice que olvida el casacionistas que "en materia penal ninguno de los medios probatorios consagrados en la legislación poseen un determinado valor legalmente asignado, sólo están sometidos para su valoración a las reglas de la sana crítica" (fls. 21) y reitera que el Tribunal consideró probado que la diminuente comentada

no se daba "ni siquiera con los otros medios de convicción" distintos de la versión del procesado.

Concluye así el concepto del Ministerio Público:

> "No es del caso entrar a consideraciones de fondo porque en últimas lo que el demandante expresa es una simple petición que ya fue negada en las instancias y no denuncia error alguno ni demuestra lo enunciado y por virtud de la naturaleza propia de la impugnación, a la Corte le está vedado, como ya se expresó, entrar a complementar la demanda o hacer correcciones a la misma, ya que no es éste un trámite de plena jurisdicción, sino que se encuentra circunscrito a los argumentos planteados por el recurrente y los presentados aparecen sin fundamento. La demanda debe, pues desestimarse".

Se considera:

Cargo primero:

Dice el casacionista que, directamente, el sentenciador dejó de aplicar el artículo 60 del Código Penal.

Para que esa censura, así hecha, resultara viable, tendría que demostrar el demandante que el fallador, no obstante haber reconocido que el procesado Fernando Jaramillo actuó un estado de ira o de intenso dolor causado por comportamiento ajeno grave e injusto, se abstuvo de reconocer la diminuente consagrada en la norma en cita.

Pero no. Véase en qué términos descartó el fallador de primera instancia dicho estado:

"La sanción a que se hace acreedor Fernando Jaramillo no puede ser atenuada punitivamente por causal ninguna de las contempladas en la ley penal porque la convivencia de su hija Dora con el hoy occiso fue voluntaria; la iniciativa de la separación no provino del acusado a decir de los testigos que afirmaron que Dora fue quien abandonó a Miguel para irse con Alirio Arévalo, portero de una fábrica de vinos de Fusagasugá donde ambos vivían.

"Amilvia Henao, tía del hoy occiso a cuya casa llevó Miguel a Dora cuando decidieron convivir, manifestó que allí estuvieron los dos durante 15 días, luego Miguel se vino a trabajar a una vereda del Fresno e iba cada quince días a llevarle mercado. Como al mes de estar en su casa, Dora inició relaciones con un trabajador de la fábrica Coloma y se salió de su casa para irse con él. En tales circunstancias no puede predicarse que el mal comportamiento de Miguel Jaramillo para con la hija hubiese sido causante del dolor de padre que pudiera sentir Fernando y menos de calificarse de grave e injusto el comportamiento de Miguel, fue su deseo de venganza lo que lo motivó a actuar como lo hizo" (fls. 358).

Por su parte el Tribunal preciso:

"Muchas son ciertamente las circunstancias que en el expediente y sobre ese mismo particular quedaron ocultas o apenas insinuadas, no empece a la extensa investigación adelantada y al cúmulo de pruebas que ingresaron a su arsenal, porque el acusado, buscando mejor fortuna en otra tesis, la de la negación, no las quiso revelar, teniendo, como tuvo, infinidad de oportunidades para hacerlo.

"Privó así a la judicatura, de conocer sus móviles, que también han podido ser de otra índole, porque de lo recóndito de su alma, nada se conoció en el proceso.

"Otra clase de pasiones podría albergar, como ha sucedido en infinidad de casos, luego, nada autoriza al funcionario a pergueñar, una tesis que el proceso, con absoluta nitidez no le entrega.

"La doctrina de la Corte siempre ha sido constante en negar el reconocimiento de la atenuante, cuando el procesado no la ha querido manifestar y prefiere aducir, siendo desde luego hombre de entendederas cuerdas, otra fórmula de menores o mayores beneficios.

"Estas razones impelen a la Sala a compartir la opinión del *a quo*, respecto de negar la atenuante" (fls. 9 y 20-3).

Bien claras son entonces las consideraciones transcritas para concluir sin dubitaciones que el fallador repudió la atenuante en cuestión. De donde

se sigue que en este reproche el casacionista parte de un supuesto fáctico diverso del que contiene el proveído que impugna, cosa que torna inestudiable la censura.

El cargo, pues, no prospera.

Cargo segundo:

En síntesis, asevera el casacionista que el fallador le dio a la prueba testimonial obrante en el proceso un alcance diverso del que tiene.

Lo primero que se debe replicar a esa aserción es que el testimonio, como los demás medios probatorios señalados en el Código de Procedimiento Penal, está exento de valoración previa legal ya que están gobernados en cuanto a su valoración por las reglas de la sana crítica (arts. 254 y 294). Es ello tan cierto y evidente que el censor no dice cuál es el valor o alcance que posee la prueba testimonial: hace ya más de un lustro se acabó con el sistema de prueba tasada o tarifa legal.

De ahí que en este segundo reparo el actor no demuestre que alguna prueba se adujo sin los requisitos que la ley demanda (error de derecho por falso juicio de legalidad), o que no se la tuvo en cuenta obrando en el proceso, o que se la supuso sin existir en el mismo o que se la desfiguró en su sentido objetivo (estas últimas tres hipótesis constitutivas, en su orden, de errores de hecho, por falso juicio de existencia las dos primeras e identidad la última).

Además, el casacionista parte de premisas no probadas en el proceso (e incluso desmentidas en éste), como aquella de que el occiso Miguel Jaramillo Henao fue quien "se llevó" a Dora Elsy y la condujo a la prostitución. Estas afirmaciones son simples aducciones del actor, sin respaldo en autos, como se acaba de decir.

Para que, en definitiva, se despeje cualquier incertidumbre frente a la aminorante alegada, resulta conveniente reproducir las consideraciones

plasmadas en el fallo del Tribunal sobre las circunstancias que rodearon dicho delito:

> "Los argumentos que se han expuesto y esgrimido para rechazar la estructuración de la circunstancia agravatoria, carecen de sentido y aceptación, pues no fue el hecho de haberse comentado entre el grupo de jóvenes parroquianos que se divertían en el billar, la posibilidad de una futura represalia por parte del hoy procesado, cuando poseía motivos y así lo había expresado, de querer atentar contra la vida del burlador de su hija, sino las condiciones fácticas temporo-espaciales y específicas que reinaron esa noche, para facilitar y consumar el crimen, teniendo a un autor, mimetizado en la oscuridad y la vegetación y a su víctima, ocupada y de espalda a la puerta del local, por donde penetró el disparo que cegó (*sic*) su vida, lo que da material y jurídico marco al agravante cuestionado" (*sic*) (–fls. 12-3–).

Cabe finalmente precisar que para el reconocimiento de uno cualquiera de los estados emocionales del artículo 60 del Código Penal, no es necesario, como equivocadamente lo sostiene el fallador de segundo grado, que el procesado expresamente deba manifestarlo. Desde luego que sus propias consideraciones son elementos de juicio importantes para dicho efecto, pero así éstas falten, si objetivamente, con el resto del haz probatorio se acredita una de esas circunstancias, el fallador está obligado a reconocerla, así el acusado no lo diga o, como en el presente caso, niegue toda participación en el hecho imputado.

La sentencia atacada, pues, continuará intacta.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, no firma; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IRA E INTENSO DOLOR

El reconocimiento de la aminorante en comento (ira e intenso dolor) no sólo depende del temperamento violento del agresor. De igual manera, debe existir un hilo conductor entre la violencia ejercida y la ira o el dolor intensos que ella desata indefectiblemente en el espíritu de la víctima, provocando una réplica igualmente violenta. Esta relación es medular, pues la contestación del agredido puede tener múltiples explicaciones que van desde la simple reacción defensiva, pasando por la retaliación, hasta el enojo o el dolor mismo desencadenado por el injusto ataque.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 111 de 6 de octubre de 1993.

Vistos:

Decide la SALA sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de JAIRO QUINTERO TRUJILLO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, el veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), confirmatoria parcialmente de la dictada por el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Zipaquirá, mediante la cual lo halló responsable de un delito de homicidio agravado, condenándolo a purgar la pena principal de dieciséis (16) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término. Redujo el Tribunal *ad quem* el monto de cada una de estas penas fijándolas en diez (10) años.

Hechos y actuación procesal:

La síntesis pertenece al Tribunal. Estas sus palabras:

> *"Hacia las cuatro de la tarde del sábado veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), en el barrio San Juanito de Zipaquirá (Cund.), luego de un altercado entre JAIRO QUINTERO TRUJILLO y* Ariel *–citado como* Adiel– Atehortúa Pérez *éste fue golpeado en la cabeza con un tubo metálico, sufriendo lesiones que posteriormente causaron su deceso en el hospital de esa localidad.*
>
> *La Fiscalía No. 309 de la Unidad de Fiscalías de Zipaquirá, con base en el informe rendido el lunes 31 de agosto de 1992 por el Comandante de la estación de Policía de la misma localidad mediante el cual puso a disposición a* JAIRO QUINTERO TRUJILLO *y señaló que éste el sábado anterior le ocasionó una herida en el cuero cabelludo a* Adiel Aterhortúa Pérez, *quien fue trasladado al hospital San Juan de Dios de esa población y dejó de existir el domingo 30, inició la correspondiente investigación y en desarrollo de ella vinculó mediante indagatoria al capturado* QUINTERO TRUJILLO *cuya situación jurídica resolvió imponiéndole la medida de aseguramiento de la detención preventiva. Posteriormente declaró cerrada la investigación y procedió a calificar su mérito formulando acusación contra* JAIRO QUINTERO TRUJILLO *por el delito de homicidio simple tipificado en el artículo 323 del Código Penal. La etapa del juzgamiento corrió a cargo del Juzgado Primero Penal del Circuito del mismo municipio el que, una vez celebrada la correspondiente audiencia pública, profirió la sentencia motivo de examen".*

Desatada la alzada, se produjo el fallo atacado ahora en casación.

La demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente acusa la

sentencia de segundo grado de vulnerar indirectamente la ley sustancial a causa de error de hecho en la apreciación probatoria, proveniente de un falso juicio de identidad.

El Tribunal, afirma el censor, "...al examinar la diligencia de indagatoria (folio 8 y s.s.) que es la prueba columna vertebral de la investigación, no reconoce el estado de ira e intenso dolor con que es evidente que obró JAIRO QUINTERO, puesto que es claro que el enfrentamiento se produjo como consecuencia de la actitud agresiva con que se presentó *Ariel Atehortúa Pérez* a perturbar la tranquilidad del hogar de JAIRO QUINTERO el día sábado 29 de agosto del 92 a las 4 p.m.".

A continuación advierte que ante la negativa de sacar una cama *Atehortúa Pérez* procedió a lanzar todo tipo de improperios y a agredir físicamente con una herraminta a *Jairo Quintero* quien se encontraba en el seno de su hogar, causándole varias lesiones que obtuvieron el respectivo reconocimiento médico. No contento con esto arremetió violentamente contra los enseres que encontraba a su paso, ingresando a la habitación donde se encontraba el hijo de apenas tres meses de edad, hecho que generó la reacción desesperada de *Quintero Trujillo*, provocada por el sentimiento de ira e intenso dolor, repeliendo la injusta agresión.

Resalta luego, con los testimonios de *Florentino Hernández y Marisol Henao*, "la personalidad temperamental, belicosa" del interfecto, a quien no le podía "chistar" nada porque respondía esgrimiento su machete, actitud que se agudizaba cuando ingería licor, como sucedió el día de autos. No puede, dice, aceptarse la consideración del Tribunal que negó la atemperante de la ira basado en las palabras del acusado quien jamás adujo haberse sentido vilipendiado, vejado o herido en su amor propio por las ofensas recibidas.

Disiente de tal interpretación porque el que no hubiese expresado tal emoción, no significa que deba desconocérsela, puesto que:

> "*...La fuerza de la realidad de los hechos y las reglas de la experiencia nos indican que es completamente lógico que cualquier padre de familia colocado en similares circunstancias de injusta agresión a su hogar, a su integridad personal y la de*

su familia se vea sobrecogido por un sentimiento propio de cualquier ser humano como es el dolor y la rabia ante una situación grave e injusta que fue la que ejerció el hoy occiso sobre mi representado".

Considera, en consecuencia, que es fácilmente comprensible el que este estado haya sido la causa de la reacción que hoy se le reprocha a su defendido. Por tanto, considera...

"...que el Ad quem *ha incurrido en Violación Indirecta de la Ley Sustancial por Error de Hecho al subestimar el lógico sentimiento de Ira e Intenso Dolor que padeció el sindicado en el momento de los hechos, con el simple argumento de que dicho sentimiento no fuere expresamente manifestado*

La norma que estimamos infringida es la consagrada en el artículo 60 del Código Penal Decreto 100 de 1980".

Así, solicita de la SALA casar parcialmente la sentencia impugnada, profiriendo la de reemplazo a que haya lugar, manteniendo la condena del procesado pero disminuida en su punibilidad al reconocerle la atenuante de la responsabilidad consagrada en el artículo 60 del estatuto punitivo.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Para el colaborador del Ministerio Público, el reproche carece de fundamento en lo atinente a que el Tribunal habría falseado la injurada del procesado, haciéndole producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto. La verdad es que el Tribunal estudió la posibilidad de un estado de ira, descartándolo por improcedente tras analizar las afirmaciones exculpatorias de dicha probanza.

Hace ver la Delegada que de los hechos narrados por el acusado, no se encuentran manifestaciones que permitan pensar que en algún momento hubiese reaccionado de manera intempestiva e incontralada ante comportamiento grave e injusto, tal como se desprende de un detenido estudio de las dos versiones que rindiera en el proceso.

Al respecto recuerda que inicialmente habló sobre la aparición de *Atehortúa* en su vivienda para reclamarle con palabras soeces la cama, procediendo a golpearlo ante su negativa de entregársela, por lo cual abandonó el lugar, mientras su agresor se metía a la pieza a desbaratar todo lo que encontraba a su paso, donde se encontraba su hijo de tres meses, procediendo entonces a coger un tubo para defenderse si el energúmeno sujeto lo atacaba de nuevo, lo que a la postre hizo cuando la agresión continuó contra su humanidad.

En cambio, en la audiencia pública, rememora la Delegada, no sólo reitera que abandonó su habitación para evitar problemas más graves sino que ahora señala con claridad que al regresar y cuando ya su agresor salía de su morada, portaba un tubo que se había encontrado "...sin ninguna mala intensión (*sic*)...", para ser empleado en cualquier actividad hogareña, cuando de nuevo fue embestido siendo indispensable el empleo del instrumento con los resultados ya conocidos.

Por consiguiente, advierte, nada permite pensar que la conducta de *Quintero* se pueda enmarcar en el estado de ira, pues su ánimo fue siempre el de evitar cualquier tipo de contienda con su agresor y aunque deba reconocerse la gravedad y la injusticia del comportamiento relizado por el occiso, el Ministerio Público considera que no existe el necesario nexo sicológico entre dicho proceder y la respuesta del encartado, como que ésta surge exclusivamente signada por un ánimo retaliatorio. Tanto es así, relieva, que la defensa siempre estuvo atenta a demostrar una posible legítima defensa.

Tales razones lo llevan a sugerir de la *Sala* no casar el fallo impugnado.

La Corte:

1. Según lo enunciado del escrito de casación, el fallo incurrió en una violación indirecta por error de hecho proveniente de un falso juicio de identidad, dado que el *ad quem*, no reconoció el estado de ira e intenso dolor, pese a que el enfrentamiento se produjo por la actitud agresiva del interfecto quien, el día de los hechos, se presentó a perturbar la tranquilidad del hogar del procesado, causando toda clase de destrozos,

atacando al propio *Jairo Quintero* e ingresando a la habitación de su hijo de apenas tres meses de edad, lo que generó la reacción desesperada del imputado con los resultados conocidos.

2. El Tribunal, al desatar el recurso de apelación descartó no sólo la ira sino también una posible legítima defensa. Sobre esto último puso de relieve que...

> *"...la reacción de QUINTERO TRUJILLO no fue propiamente la de defenderse toda vez que ya había sido agredido, inicialmente en la casa y luego en el camino, sino la de responder de igual manera a ese ataque de su contrincante 'sin ninguna intención de hacerle daño grava'* (sic) *(fl. 9), luego su acción no fue más que el producto de ese sentimiento vindicativo que lo acompañaba por el agravio físico recibido tanto en la casa como en el trayecto de regreso a ella" (fl. 25 C. Trib.).*

Luego al tratar el tema de la posible ira sufrida por el encartado ante el comportamiento grave e injusto, responde, luego de advertir que los argumentos expuestos para descartar la legítima defensa también son válidos para rechazar la aplicación de esta diminuente:

> *"...agregándose a ello que el victimario en ningún momento expresó haberse sentido vilipendiado, vejado o herido en su amor propio por las ofensas verbales y materiales recibidas y que movido por ese sentimiento arremetiera contra su ofensor, luego mal puede en este caso suponerse un estado anímico diferente al expresado" (fol. 26, C. Trib.).*

3. Para aclarar el asunto, debe primero advertirse que el reconocimiento de la aminorante en comento no sólo depende del temperamento violento del agresor. De igual manera, debe exitir un hilo conductor entre la violencia ejercida y la ira o el dolor intensos que ella desata indefectiblemente en el espíritu de la víctima, provocando una réplica igualmente violenta. Esta relación es medular, pues la contestación del agredido puede tener múltiples explicaciones que van desde la simple reacción defensiva, pasando por la retaliación, hasta el enojo o el dolor mismo desencandenado por el injusto ataque.

3. El actor, en su escrito y teniendo como fundamento la indagatoria y el pasado belicoso de la víctima, demostrando con los testimonios de *Florentino Hernández y Marisol Henao*, se dedica a extraer de ella tal nexo causal. En este punto hace una crítica certera. Habla, con razón, de cómo el Tribunal le negó la atemperante asegurando que tomaba esta determinación porque el reo jamás manifestó haberse sentido vejado o vilipendiado. Con el recurrente, la *Sala* está de acuerdo en que con esta afirmación se falseó la expresión fáctica de la prueba.

4. Si se examinan las circunstancias que rodearon la ocurrencia del suceso criminoso, la injurada misma y se compagina con el restante material probatorio que confirma la personalidad problemática del occiso, dispuesto en todo momento a humillar a cualquier persona, en especial cuando ingería bebidas embriagantes, es claro que el reconocimiento de la diminuente alegada debió haber sido la respuesta adecuada del fallador al examen del acervo probatorio.

5. Sobre la personalidad camorrista y pendenciera de la víctima, las probanzas conocidas le brindan suficiente información al Tribunal. En este sentido correctos son los argumentos del censor cuando expresa:

> *"Es importante anotar que ADIEL ATEHORTUA contaba con una personalidad temperamental, belicosa y que era bastante peleador como lo manifiesta en su declaración FLORENTINO HERNANDEZ JIMENEZ (folio 23 c.o.) donde dice que no se le podía chistar nada porque era a salir a la pelea, se mandaba con la mancheta a cascarle a los demás y varias veces me tocó desapartarlo en las tiendas, máxime cuando estaba tomado, como evidentemente ocurrió el día de los hechos que nos ocupan, según lo manifiesta MARISOL HENAO en su declaración (folio 39) donde dice que ADIEL se puso a tomar antes de ir donde JAIRO QUINTERO para reclamar la cama".*

No podía, por consiguiente, desecharse esta valiosa información para encontrar una explicación primera a lo ocurrido. Y aunque este dato no es suficiente para encontrar una razón de ser a la diminuente, como se dijo arriba, sí servía de premisa para establecer la verdad de lo ocurrido,

encontrando la respuesta la motivación que llevó al procesado a volver sobre sus pasos.

6. Ahora, no le asiste razón al Tribunal cuando asegura que el imputado nada dijo sobre la posible ira o el intenso dolor que gobernó sus acciones. Examínense sus palabras:

> *"...en el desespero corrí y encontré un tubo y me vine sin intenciones de pelear más con él simplemente iba prevenido por si él me atacaba y precisamente cuando yo ya iba subiendo él ya bajaba y traía un garrote en la mano, al pasar por el pie de él volvió y me atacó, dándome un garrotazo aquí en este dedo...".*

Bien se observa que a sus actos los gobernaba el dolor intenso. "Desesperado", éstas son sus palabras, en inferioridad de condiciones ante el energúmeno sujeto, incapaz de responder a sus agresiones de palabra y de obra, mirando impotente como destruía los pocos enseres de que disponía e incluso ponía en peligro la vida de su hijo de pocos meses de edad, emprendió la huida llevándose consigo la humillación de no haber podido impedir la agresión a su hogar.

Es evidente que sintió miedo en primer término. Por eso no le hizo frente. Era consciente de que si lo hacía, muy seguramente llevaría la peor parte, aumentándose aún más la degradación de su virilidad y con ello, posibles lesiones a su humanidad. El acusado asegura que pasó "un buen rato" antes de emprender el regreso.

No cabe duda que durante este lapso, el dolor de ver el esfuerzo de su trabajo destrozado y el miedo que lo hizo fugarse vergonzosamente se transformó en ira y maduró la idea de regresar a enfrentar a su oponente. La posile desproporción de fuerzas la resolvió llevando consigo un tubo con el que se había tropezado en el camino. Con este instrumento se sintió seguro de poder desfogar el enojo que lo obligaba a volver.

El segundo encuentro con su agresor termina por confirmar el verdadero ánimo que le asistía al procesado. Si en verdad era la vindicta la que movía su espíritu no habría esperado a que el sujeto lo atacara. Simplemente se habría arrojado sobre él y le habría dado el golpe mortal. Sin embargo, aún

esperó la reacción del otro. ¿Por qué? La ira lo gobernaba, es cierto, pero aún necesitaba una razón más para responder. Aún se encontraba pendiente la última vejación para romper la barrera del temor. Requería de una afrenta más para desatar por completo la rabia que lo consumía.

Ya no había lugar para la sorpresa del ataque como ocurrió la primera vez y que no le provocó otra reacción más que el miedo. Ahora era diferente. Sus emociones estaban preparadas para responder. Por ello, esquiva el golpe y descarga el tubo en la cabeza del interfecto con la exasperación que le produjo la destrucción de su hogar y el baldón al que había sido sometido.

7. Así las cosas, el Tribunal distorsionó la expresión de la prueba que demostraba la existencia de la diminuente, en especial de la injurada, forzando su contenido al extremo de elaborar la hipótesis insostenible de la venganza. Por tal razón, se impone la casación de la sentencia en este sentido, reconociendo la existencia de la ira y el intenso dolor como característica esencial que explica el actuar del procesado. Es clara, por consiguiente la violación del artículo reclamado.

Prospera la demanda.

8. Como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 60 del Código Penal, se dispone disminuirle al procesado *Jairo Quintero Trujillo* la pena impuesta en la proporción allí indicada, quedando en definitiva en cuarenta (40) meses de prisión, equivalente a la tercera parte de la impuesta en segunda instancia que fue de diez (10) años. Al mismo lapso queda disminuida la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

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

Resuelve:

Casar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de señalar como pena privativa de la libertad al procesado *Jairo Quintero Trujillo* la de

cuarenta (40) meses de prisión, reconociéndose al procesado la aplicación de la atemperante consagrada en el artículo 60 del C.P., en los términos y condiciones expresados en la parte motiva de este proveído.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"*; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO / JUEZ

No se puede desconocer que entre las funciones de cualquier juez de la República, se encuentra la de elaborar documentos tanto material como ideológicamente, observando las formalidades legales, y por tanto ajustados a la verdad, como ingrediente básico que debe presidir todas las actuaciones de los empleados oficiales, y cuyo cumplimiento les es forzoso por tratarse de un deber legal.

A este respecto recuérdese que el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil al fijar el alcance probatorio de los documentos públicos estatuye que éstos "hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que las autoriza".

2. La ejecución del delito de falsedad se perfecciona, cuando se ha lesionado o puesto en peligro el interés que se protege por medio de las disposiciones legales. Por ello, este ilícito es de aquellos que denomina la doctrina "de peligro" por cuanto no es necesario que se haya causado efectivamente el menoscabo o la desaparición del bien jurídico tutelado.

Un documento público expedido por el funcionario oficial, en su alcance probatorio, hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que éste haya consignado en él, con respecto a la existencia, modificación o extinción de intereses jurídicos, que con el instrumento se busca acreditar.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 113 de 13 de octubre de 1994.

Vistos:

Contra el hoy ex-Juez Promiscuo Municipal de Astrea (César), CESAR ORTIZ DE ARMAS, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial formuló resolución de acusación el 21 de abril de 1993 por el delito de Falsedad Ideológica en Documento Público (Capítulo III, Título VI, Libro 2o. C.P.). Celebrada la Audiencia Pública y después de una contingencia, el Tribunal Superior de Valledupar pronunció el fallo de instancia en proveído del 7 de febrero de 1994, en el cual, condenó al procesado a la pena principal de 3 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. Así mismo, le fue negado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Contra la anterior determinación interpuso el recurso de apelación su defensor, el doctor Gregorio Alvear Palomino, el que, sustentado debidamente y corrido el traslado común a los no recurrentes, fue concedido el 15 de mayo de 1994, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo.

Hechos y actuación procesal:

En pasada decisión la Corte los reseñó así:

> "Los hechos materia del proceso, fueron resumidos por el Tribunal Superior de Valledupar atendiendo a la realidad procesal, en los siguientes términos:
>
> > 'El Dr. César Ortiz de Armas, en su calidad de abogado litigante fue apoderado del señor Benjamín Jiménez Martínez en la reclamación de unas prestaciones sociales que dicho individuo adelantó contra los Ferrocarriles Nacionales en liquidación, en su calidad de heredero del señor Benjamín Ortiz, trabajador fallecido de dicha empresa estatal.
> >
> > 'Tal gestión profesional la cumplió el mencionado abogado entre los años de 1989 y 1990, en el curso de la cual obtuvo cancelación de alguna prestación, quedando

pendiente de cancelar otra. Posteriormente el Dr. César Ortiz de Armas pasó a desempeñar el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Astrea, de suerte que hallándose en el pleno desempeño de sus funciones como juez, envía al señor Gerente de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia el oficio No. 195, del 18 de julio de 1989, en el cual le urgía a dicho funcionario depositar en la cuenta de depósitos judiciales que su juzgado tenía en la Caja de Crédito Agrario de Astrea 'todas las prestaciones sociales correspondientes al extinto trabajador de esa entidad ferroviaria Benjamín Jiménez Ortiz...'. Al final de dicho oficio el peticionario agregó: 'Lo anterior por haberlo dispuesto así este Juzgado en providencia de la fecha'.

'De autos se demostró que ninguna providencia había proferido el Dr. Ortiz de Armas en el sentido por él anotado, que en el mencionado oficio se estaba exigiendo el depósito de unas prestaciones sociales que ya él había recibido como apoderado del señor Benjamín Jiménez Martínez. Posteriormente, mediante comunicado del 9 de octubre de 1991, el por entonces Juez Promiscuo Municipal de Astrea, le reitera al Gerente General liquidador de los Ferrocarriles Nacionales la solicitud perentoria formulada en su oficio No. 195'.

"Por los anteriores antecedentes, el doctor César Ortiz de Armas fue escuchado en indagatoria y resuelta su situación jurídica, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, por parte de la Fiscalía Segunda ante el Tribunal de Valledupar, imputándosele el delito de Falsedad ideológica.

"Ejecutoriado el pliego acusatorio, el expediente pasó al Tribunal Superior de Valledupar, quien por auto del 1o. de junio de 1993, dio iniciación al juicio colocando a disposición de las partes el proceso, en los términos del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

"Decretada una probanza, se celebró la audiencia de juzgamiento el 19 de agosto de 1993 y el 24 de septiembre

siguiente, la Sala del Tribunal Superior se abstuvo de proferir la sentencia de rigor, argumentando que uno de los elementos estructurales del delito de falsedad ideológica no se configura, por lo que procedió a decretar 'la nulidad de lo actuado en este proceso, a partir de la resolución acusatoria, inclusive...'.

"Aduce la Corporación, apoyándose en doctrinantes, que el ingrediente normativo del tipo, 'que el documento espureo pueda servir de prueba', no se encuentra demostrado en el plenario, ya que este escrito no estaba destinado a probar nada, ni el mismo fue emitido con base en las facultades legales que tenía el juez procesado, porque obviamente se hallaba por fuera de sus atribuciones legales como juez de la República dirigir el expresado oficio, carente de todo fundamento procesal y legal".

"Así las cosas, prosigue el Tribunal, el error en la adecuación típica de la conducta imputada al procesado genera violación al debido proceso, toda vez que 'el agente del delito debe ser acusado por el hecho punible que realmente cometió y no por otro diverso, así se trate de conductas que se encuentren descritas en un mismo título, siempre y cuando éstos tengan estructuras comportamentales disímiles entre sí'.

"Por su parte, el Procurador Judicial Penal 176 contrario a la anterior decisión la impugna, sosteniendo que la colegiatura debe proferir la sentencia 'con arreglo al mismo calificatorio y el panel probatorio que alimenta la foliatura al estructurarse los elementos del delito de falsedad ideológica', por lo que 'la calificación que dispensó la Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior fue acertada'".

La Sala de Casación Penal de la Corte, al desatar el recurso interpuesto, concluyó con la revocatoria de la providencia, por cuanto el caudal probatorio se evidencia que el ex-Juez acusado "en ejercicio de sus funciones... creo los documentos en donde consignó hechos contrarios a la verdad que tenían consecuencias jurídicas, para sus intereses particulares, atentando contra el bien jurídico tutelado de la fe pública".

Fundamentos de la determinación del Tribunal:

Después de transcribir apartes de las argumentaciones presentadas por los sujetos procesales en la vista pública inicia las consideraciones, afirmando que no comparte lo planteado por el Ministerio Público entorno a la inaplicabilidad del artículo 299 –Reducción de pena en caso de confesión– del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 38 de la Ley 81 de 1993, por cuanto éste no se hace merecedor a ella.

Para la Corporación la situación es bien distinta, pues la culpabilidad del ex-juez, le fue deducida en la resolución de acusación por la confesión que hizo ante el instructor tanto en la versión libre como en la indagatoria y por ello en virtud del principio de favorabilidad, "será el art. 299 en su primigenia redacción la norma aplicable al procesado Ortiz de Armas, y en consecuencia, la pena imponible se le rebajará en una tercera parte".

También discrepa de las apreciaciones de la defensa en las dos tesis esgrimidas, en cuanto a la primera, estima que no es cierto que el procesado haya actuado para proferir los documentos espureos por fuera de sus funciones, por cuanto éste amparándose en su calidad de Juez le dio visos de veracidad "a lo que sólo era una maquinación delictiva", dado que en el juzgado "no existía ningún negocio en el que pudiera dictarse un auto ordenando lo que se consignó en el oficio No. 195 del 18 de julio de 1991, esta ausencia de causalidad de tal oficio, así como la inexistencia de un auto en que se amparara, en vez de destipificar el delito de falsedad ideológica, como lo pretende el defensor, confluyen a proporcionarle un piso sólido a tal hecho punible, por razones que por obvias no reclaman razonamiento alguno".

No es cierto que la conducta falsaria realizada por el acusado no esté dotada de antijuridicidad al no haberse presentado un daño real o potencial. El defensor incurre en imprecisiones en cuanto a su concepto y respecto al bien jurídico que tutela el art. 219 –Falsedad Ideológica en Documento Público– del Código Penal, habida cuenta que no es necesario que "con la comisión de la falsedad ideológica se le irrogue un daño real u objetivo de la conducta falsaria, ya que ese ente abstracto de la fe pública y del cual son destinatarios todos los asociados, se siente abatido cuando un empleado oficial,

defraudando la fe en él depositada por la administración pública, incurre en la conducta falsaria erigida en la norma citada".

En el acápite que denomina "ESTIMACION JURIDICA DE LAS PRUEBAS EN QUE HA DE FUNDARSE LA SENTENCIA CONDENATORIA", el Tribunal Superior de Valledupar advierte que en el plenario se reúnen los requisitos procesales para proferir contra el procesado sentencia condenatoria, conforme a lo normado en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

El aspecto objetivo del delito imputado al procesado se encuentra debidamente acreditado con las fotocopias autenticadas de los oficios visibles a folio 7 y 8 del cuaderno original, por medio de los cuales solicitó al Gerente de los Ferrocarriles Nacionales que consignara en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado de Astrea, en donde el acusado era el titular, "el monto de las prestaciones sociales del extinto trabajador de dicha empresa, de nombre Benjamín Jiménez Ortiz", por cuanto así los dispuso "este Juzgado en providencia de la fecha".

El aspecto subjetivo de la infracción está debidamente demostrada con la confesión vertida en la indagatoria en donde el procesado hace un recuento minucioso de su gestión como abogado litigante y manifiesta que cuando actuaba como tal, elevó una petición ante los Ferrocarriles Nacionales, para el pago de las prestaciones del fallecido trabajador y explica las razones "que lo indujeron, ya encontrándose al frente del Juzgado Promiscuo Municipal de Astrea, para dirigir al gerente de la mencionada entidad estatal los oficios mediante los cuales ordenó que consignara el monto de dichas prestaciones sociales en la cuenta de depósitos judiciales del referido juzgado".

Debe tenerse su manifestación como confesión simple, "ya que la exclusión de dolo que arguye el confesante, ni los efugios posteriores que presenta para justificar la conducta, aunque no en sentido estrictamente jurídico, puede inferirse que se está en presencia de una confesión calificada".

En conclusión, para el Tribunal Superior de Valledupar la culpabilidad del procesado en el delito objeto "de este proceso se encuentra plenamente

demostrada y, por tanto, la sentencia condenatoria que contiene este pronunciamiento tiene pleno respaldo procesal".

Síntesis de la impugnación:

Apoyándose en un pronunciamiento de la Sala de decisión del Tribunal de Valledupar que fue revocado por esta Corporación, considera el defensor que la conducta imputada al procesado y por la cual se le condenó, es atípica.

Es requisito para que se estructure el delito de Falsedad Ideológica en Documento Público "que éste haya sido falsificado por un empleado oficial 'en ejercicio de sus funciones', elemento este último que no reside en este caso concreto", pues conforme a la ley estatutaria la función primordial del Juez es la de administrar justicia.

Por lo anterior, si el procesado hizo mal uso de la investidura como Juez de la República al gestionar a nombre propio el pago de una acreencia, no fue en ejercicio propio de sus funciones,

"luego no estamos en presencia del delito por el cual se ha condenado a mi cliente".

Vistas así las cosas, estamos frente a una causal de nulidad que atenta contra el debido proceso, "por inadecuada calificación de la conducta".

También considera que en este "caso no se ha causado daño a la fe pública, pues el documento u oficio precitado no penetró al tráfico jurídico, ya que los empleados de Ferrocarriles Nacionales al notar la burda falsedad que el mismo contenía, impidieron que se traficara como medio probatorio sin eficacia alguna, pues como se dijo no tiene capacidad probatoria".

Síntesis de los alegatos de los no recurrentes:

1. *Ministerio Público*: Solicita a la Corte confirmar el fallo recurrido, por cuanto los elementos estructurantes del delito de Falsedad Ideológica "brillan con luz propia" en el proceso y la sentencia dictada, lo fue en estricta justicia.

2. *Fiscalía Delegada ante el Tribunal:* Igualmente solicita a la Sala confirmar la sentencia apelada, habida cuenta que en la conducta ilícita desplegada por el ex-Juez se dan a cabalidad los presupuestos de certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado.

Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia:

La inconformidad del recurrente radica en dos aspectos:

1. La errónea calificación dada en la resolución de acusación por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar a los hechos objeto del debate, por cuanto el elemento normativo del tipo de Falsedad Ideológica en Documento Público "en ejercicio de sus funciones" no se estructura, pues el procesado Ortiz de Armas hizo mal uso de la investidura que ostentaba al gestionar a nombre propio el pago de una acreencia, pero ello no constituye un acto propio de las funciones que debía desempeñar, que no era otra que la de administrar justicia.

2. Los oficios por medio de los cuales solicitó el pago de una porción de las prestaciones que le adeudaban, no causó ningún daño a la fe pública al no haber penetrado los documentos al tráfico jurídico, habida cuenta que los empleados de los Ferrocarriles Nacionales al notar "la burda Falsedad" así lo impidieron. Por lo anterior el documento no tiene capacidad probatoria.

A la primera inconformidad del defensor la Corte responde. No le asiste razón al recurrente en el sentido de que el procesado al momento de confeccionar y plasmar hechos que riñen con la verdad intrínseca en el oficio que dirigió al señor gerente de los Ferrocarriles Nacionales no se encontraba "en ejercicio de sus funciones", y que conforme a la ley estatutaria la función primordial del Juez es la de administrar justicia y se gestionó a nombre propio el pago de una acreencia, no debe tenerse esa conducta como una infracción a la ley penal, sino como un mal uso de su investidura.

Contradictorio, por decir lo menos, son los planteamientos del defensor del ex-Juez de Astrea, al reconocer que el acusado, además de ser el autor del documento *valiéndose de su condición de Juez de la*

República, consignó en él hechos que atenta contra la veracidad del mismo y con ello plantear una atipicidad de la conducta y a renglón seguido, solicitarle a la Sala la declaratoria de nulidad por violación al debido proceso por existir una "inadecuada calificacióon de la conducta".

Sin embargo, del confuso alegato sustentatorio del recurso de apelación se infiere que lo que pretende en últimas es demostrar que el contenido intelectual contrario a la verdad del documento, no fue plasmado por el procesado en ejercicio de sus funciones, situación que no es cierta, por cuanto al enviar los oficios al gerente de los Ferrocarriles Nacionales se presentó ante éste, tanto formal como sustancialmente en la condición de Juez de la República; es así como utilizó un oficio numerado del despacho, firmó el documento en esa calidad pública y estampó el sello oficial; además de que efectivamente era el titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Astrea. Con todo lo anterior resulta imposible predicar, como lo hace la defensa, que el comportamiento resultara ajeno a la función oficial, independientemente de que su actuación fuera lícita o ilícita; pues, de ser aceptado el planteamiento del defensor, las actuaciones de los funcionarios públicos que desbordan el cumplimiento de su deber legal, no podrían configurar hechos punibles de esta naturaleza.

Ahora bien, no se puede desconocer que entre las funciones de cualquier Juez de la República, se encuentra la de elaborar documentos tanto material como ideológicamente, observando las formalidades legales, y por tanto ajustados a la verdad, como ingrediente básico que debe presidir todas las actuaciones de los empleados oficiales, y cuyo cumplimiento les es forzoso por tratarse de un deber legal.

A este respecto recuérdese que el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil al fijar el alcance probatorio de los documentos públicos estatuye que éstos "hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza". A pesar de esta preceptiva, el procesado elaboró un documento público contrariando en su contenido intrínseco la verdad, por cuanto, no existía proceso ni auto que respaldara su afirmación.

Entonces, no es posible sostener que el procesado Ortiz de Armas no se desempeñaba como Juez de Astrea cuando dirigió el oficio al gerente

de los Ferrocarriles Nacionales aprovechando la investidura para así darle visos de legalidad a la ilícita petición, con la finalidad de obtener como juez, lo que no había logrado conseguir como litigante. Basta observar el instrumento visible a folio 7 del Cuaderno original para confirmar este aserto:

> "Astrea, Cesar, julio 18 de 1991.- Oficio Nro. 195. Señor GERENTE DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. SANTAFE DE BOGOTA. Respetuosamente me permito solicitarle se sirva consignar en la cuenta de depósitos judiciales que este juzgado tiene en la Caja de Crédito Agrario agencia de esta ciudad, todas las prestaciones sociales correspondientes al extinto trabajador de esa entidad ferroviaria BENJAMIN JIMENEZ ORTIZ, las cuales fueron reconocidas mediante resolución número 388 de junio 14 de 1988, reformada por resolución número 631 de mayo 25 de 1990, habiéndole correspondido los siguientes números de reconocimiento: Cesantías No. 116064. Seguro de vida: 116065, Cuota pensión jubilación No. 116066, cuyo beneficiario es el señor BENJAMIN JIMENEZ MARTINEZ.
>
> "*Lo anterior por haberlo dispuesto así este Juzgado en providencia de la fecha.* Cordialmente, CESAR ORTIZ DE ARMAS, JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL". (Sello del juzgado). (Subraya extraña al texto).

Por todo lo anterior, deberá rechazarse lo solicitado por el defensor, pues demostrado se encuentra que el procesado actuó en ejercicio de sus funciones, cuando elaboró el documento y consignó en él, vulnerando el deber jurídico de la veracidad documental, hechos contrarios a la verdad con el fin de obtener un provecho particular.

Vistas así las cosas, la Sala comparte la calificación que por el delito de Falsedad Ideológica en Documento Público le dio la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar al comportamiento del doctor *César Ortiz de Armas,* habida cuenta que la conducta ilícita del ex-Juez de Astrea encaja en los elementos normativos del tipo imputado.

Tampoco le asiste razón al recurrente en cuanto al segundo reparo que le hace al fallo de instancia, en el sentido de que el pluricitado documento no lesionó la fe pública por cuanto la falsedad fue "burda" y ello impidió que entrara al tráfico jurídico.

Múltiples han sido los pronunciamientos de esta Corporación sobre el momento de la consumación de este delito y en los cuales se ha reiterado que la ejecución del delito de falsedad se perfecciona, cuando se ha lesionado o puesto en peligro el interés que se protege por medio de las disposiciones legales. Por ello, este ilícito es de aquellos que denomina la doctrina "de peligro" por cuanto no es necesario que se haya causado efectivamente el menoscabo o la desaparición del bien jurídico tutelado. En sentencia del 29 de abril de 1980 la Sala sostuvo:

> "En el delito de falsedad en documento público basta, respecto del perjuicio, que éste tenga la aptitud para generarlo, o lo que es lo mismo, que el documento sea potencialmente dañoso.
>
> "Esa idoneidad para causar daño no puede deducirse únicamente de la efectiva realización de éste, aunque no puede negarse que ello constituye su mejor comprobación, sino de la intrínseca aptitud para ocasionarlo, la cual se puede apreciar desde el momento mismo en que el documento es creado.
>
> "Por eso un documento público afectado de nulidad puede ser objeto material de un delito de falsedad, pues en tanto no sea invalidado puede producir, además del daño que extraña a la fe o a la confianza públicas depositadas en esta clase de documentos y a su valor probatorio, perjuicio a los intereses particulares en él amparados".

Así las cosas, no se puede afirmar, como lo hace la defensa sin controversia alguna, que el oficio dirigido al gerente de los Ferrocarriles Nacionales no tenía la aptitud probatoria suficiente para menoscabar el bien jurídico tutelado y menos aún, que la falsedad cometida por el acusado sea inocua y por ende, no susceptible de reproche penal, pues como se dijo anteriormente, un documento público expedido por el

funcionario oficial, en su alcance probatorio, hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que éste haya consignado en él, con respecto a la existencia, modificación o extinción de interes jurídicos, que con el instrumento se busca acreditar.

El procesado al crear tanto material como intelectualmente el oficio vulneró el bien jurídico tutelado de la fe pública, al haber consignado hechos contrarios a la verdad como el de manifestar en el escrito que el contenido de éste lo había *dispuesto así este Juzgado en providencia de la fecha*".

Si bien es cierto que los funcionarios de los Ferrocarriles Nacionales advirtieron la ilícita conducta del acusado y por ello no procedieron a consignar en la cuenta de depósitos judiciales lo solicitado por aquel, ello de por sí, no desfigura los elementos normativos del delito de Falsedad Ideológica en Documento Público, habida cuenta que para predicar esta conducta no es necesario obtener un resultado por parte del infractor, sino que basta con que el instrumento tenga la fuerza suficiente para colocar en peligro los bienes jurídicamente tutelados.

El argumento del defensor de que la falsedad perpetrada por el procesado es inocua, es decir, que no fue idónea para engañar a los funcionarios de los Ferrocarriles Nacionales, no tiene respaldo procesal. En efecto, una vez que el oficio del ex-Juez de Astrea llegó a la oficina del Gerente General con la ilícita petición, éste acusó recibo y en el mismo escrito afirmó "que en el día de hoy, he dado traslado de su solicitud al Director de personal de la empresa, con el fin de que esa dirección atienda su solicitud", lo cual coloca de relieve, para este funcionario que el documento y lo afirmado en él era verdadero y cómo no dudarlo, si la petición provenía de un Juez de la república, con la suficiente idoneidad para producir el referido engaño.

Ningún argumento de los postulados por la defensa presenta la contundencia indispensable para modificar las conclusiones del *a quo*, que esta superioridad encuentra acertadas jurídica y probatoriamente, puesto que los aspectos objetivos y subjetivos del delito de falsedad ideológica en documento público impuesto al doctor Cesar Ortiz de Armas, obtuvieron plena demostración en el proceso; por lo tanto, se confirmará en su integridad la sentencia impugnada.

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

Resuelve:

Confirmar en su integridad la sentencia de siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994) por medio de la cual el Tribunal Superior de Valledupar condenó al doctor CESAR ORTIZ DE ARMAS como responsable del delito de falsedad ideológica en documentó público cometido en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Astrea (Cesar).

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, no firma; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* no firma; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

Para poder atacar en casación por via facultativa el fallo de segunda instancia, alegando la necesidad de proteger un derecho fundamental, es menester tener presente la actualidad de la afectación, ya que no basta que el recurrente tenga titularidad nominal: se requiere además la existencia de un fallo adverso.

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

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número 118.

Vistos:

Se pronuncia la Sala acerca de la viabilidad del recurso excepcional de casación intentado por el defensor del procesado IGNACIO D'ARTAGNAN GARCIA contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Tunja, que revocó íntegramente la condenatoria emitida el 22 de febrero último por el Juzgado 8o. Penal del Circuito de la misma ciudad, en proceso por "asesoramiento y otras actuaciones ilegales".

Hechos:

Se acusó al abogado IGNACIO D'ARTAGNAN GARCIA RUSSI de ejercer simultáneamente su profesión y desempeñar el cargo de profesor de medio tiempo del Instituto Nacional de Educación Media (Inem) de Tunja, desde el 3 de octubre de 1983 hasta el 1o. de julio de 1993 (última constancia fl. 113), lo que le daba la calidad de empleado oficial del orden nacional sometido a régimen especial (Decreto 2277 de 1979) y tornaba incompatible el empleo con el ejercicio de la abogacía.

Se dijo entonces que el abogado pudo haber materializado la conducta descrita en el artículo 41.3 del Decreto 196 de 1971 ("ejercicio ilegal de la abogacía"), y con ésta habría realizado el injusto penal descrito en el artículo 157 del Código Penal ("asesoramiento y otras actuaciones ilegales").

Actuación procesal:

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de segundo grado, el defensor del procesado doctor IGNACIO D'ARTAGNAN GARCIA RUSSI, en parco escrito que dirigió al Magistrado sustanciador del Tribunal Superior de Tunja, hizo conocer que interponía contra esa decisión el recurso extraordinario de casación, por considerarla violatoria del derecho fundamental al trabajo y en contradicción "con la jurisprudencia sostenida por la Honorable Corte Suprema de Justicia".

Dice apoyar la impugnación.

> "...en lo dicho por la Honorable Corte Suprema de Justicia, repecto del tipo penal del Art. 157, en auto del 17 de junio de 1980, Jurisprudencia reiterada en auto de septiembre 6 de 1983, donde expuso:
>
> Pero donde no hay ese enfrentamiento y no existe, por tanto, posibilidad de que se perturbe una situación de igualdad, no se lesiona el bien jurídico tutelado y no puede decirse que existe el daño que ha querido evitar el precepto que rige la disposición penal".

Considera que no es social ni jurídico limitar el derecho fundamental al trabajo previsto en el artículo 25 de la Constitución Nacional, máxime cuando el ciudadano, como el aquí procesado, cuenta con dos profesiones (la de docente y la de abogado) para servirle a la comunidad, sin que el tiempo lo dificulte. No sólo la antijuridicidad formal sino también la material importa en la estructura del delito.

Solicita entonces que "previo el trámite respectivo, se envíe el proceso a la Honorable Corte Suprema de Justicia, para que el fallo de segunda instancia sea concordante con la Jurisprudencia" de esta corporación.

Consideraciones de la Corte:

La referida solicitud para que la Sala acepte o no discrecionalmente el recurso extraordinario de casación tiene fundamento legal (artículo 218, inciso final, del C.P.P.); proviene de sujeto procesal legitimado para recurrir (defensor del procesado); la impugnación fue intentada dentro del término de ejecutoria fijado para esta clase de providencias por el artículo 223 *ibídem*, esto es dentro de los quince días siguientes a la última modificación de la sentencia de segunda instancia, y en tal *petitum* el impugnante insinuó la razón que lo llevó a acudir a este excepcional medio impugnatorio.

Por lo anterior, a la petición debería imprimírsele el trámite correspondiente, más aún cuando se refiere, así en ello no resulte muy claro, a una supuesta afectación del derecho fundamental del procesado al trabajo, como *motivo* determinante del recurso exceptivo.

Sin embargo, considera la Sala que la solicitud extraordinaria debe ser inadmitida, pues se pretende recurrir por vía excepcional la sentencia *absolutoria* de segunda instancia, que en lugar de causar alguna afectación al derecho fundamental al trabajo lo que hace es, favorecerlo, como consecuencia de la revocatoria que le imprimió al fallo condenatorio de primer grado que había sido recurrido por el mismo defensor.

Para poder atacar en casación por vía facultativa el fallo de segunda instancia, alegando la necesidad de proteger un derecho fundamental, es menester tener de presente la *actualidad* de la afectación, ya que no basta que el recurrente tenga titularidad nominal: se requiere además la existencia de un fallo adverso, situación ya superada en este caso para el procesado y por ende para su defensor, mediante la sentencia de segunda instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, *declara inadmisible el recurso excepcional de casación* interpuesto por el defensor del procesado IGNACIO D'ARTAGNAN GARCIA RUSSI.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, no firma; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / FISCALIA

Habida cuenta que dentro de este expediente ya existió un enfrentamiento de fiscales que dio lugar a un pronunciamiento de uno de los Fiscales Delegados ante la Corte, la Sala se ve en la necesidad de aclarar que esa decisión no es vinculante para la etapa de juzgamiento, dada la nueva estructura del sistema penal; pues en el esquema de tendencia acusatoria, que ahora rige, han sido completamente separadas las funciones de investigación a las de juzgamiento, cada una de las cuales se encuentra a cargo de entes autónomos con una organización jerárquica propia.

Por ello, la decisión que resolvió el conflicto surgido entre los funcionarios instructores, no alcanza la categoría de ley del proceso y sólo se puede considerar obligatoria en el ámbito en que se profirió, esto es, en la etapa sumarial.

No ocurre lo mismo con las determinaciones que adoptan los jueces del conocimiento, por cuanto, conforme a la distribución legal de funciones ellos son los que, en definitiva, ejercen el poder y la soberanía del Estado para administrar justicia con respecto a la investigacióon adelantada por la Fiscalía, la cual, en consecuencia, se ve obligada a someterse a los parámetros señalados por los jueces de conocimiento, y a acomodar su actividad a los derroteros que éstos impongan en cada caso concreto.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 118 de 20 de octubre de 1994.

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre un Juzgado Regional de Medellín y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello (Antioquia), a propósito del conocimiento del proceso que se adelanta contra Flavio Carmona Quiñónez y John Jairo Meneses, acusados de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas.

Antecedentes:

El 13 de noviembre de 1993, Héctor Julio Saray Rojas se encontraba departiendo con algunos amigos en el establecimiento comercial denominado La Espera, ubicado al lado de la cárcel de Bellavista, cuando recibió varios impactos de bala producidos por dos sujetos que se desplazaban en una moto.

Saray Rojas, que falleció a consecuencia del atentado, era Sargento de la Guardia Penitenciaria; meses atrás había trabajado en la cárcel de Bellavista y para la fecha de los hechos había sido trasladado a la cárcel de Barranquilla, pero se encontraba de vacaciones.

La captura de los procesados se logró momentos después de consumado el hecho, cuando se transportaban en una moto Yamaha, sin placas; además, se les decomisó un revólver SMITH & WESSON, calibre 38 largo, con tres cartuchos y tres vainillas.

El 16 de noviembre de 1993, el Fiscal Regional Delegado ante el Departamento Administrativo de Seguridad, profirió resolución de apertura de la investigación, por los delitos de homicidio agravado, de conformidad con el numeral 8o. del artículo 324, por cuanto el sujeto pasivo tenía la calidad de servidor público, y por porte ilegal de armas de defensa personal.

Una Fiscalía Regional Delegada de Medellín recibió las diligencias adelantadas, pero en la resolución que adoptó para decidir la situación jurídica de los capturados e indagados, le propuso colisión negativa de competencia a las Fiscalías Seccionales de Bello, en consideración a que

la condición de suboficial de la guardia carcelaria del sujeto pasivo del homicidio, no está incluida en los fueros establecidos por el artículo 29 del Decreto 180 de 1988; y el arma utilizada tampoco permitía radicar la competencia en las fiscalías regionales.

El Fiscal Catorce de la Seccional de Fiscalías de Bello invocó el numeral 8o. del artículo 30 de la Ley 40 de 1993 y la indiscutible condición de servidor público de la víctima del homicidio, para aceptar el conflicto y disponer el envío de las diligencias a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

Este conflicto fue resuelto el 30 de diciembre de 1993, por una de las Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de asignar la competencia instructiva a la Fiscalía Regional de Medellín. La decisión se sustenta en la aplicación de la Ley 81 de 1993 y en la condición de servidor público que tenía el occiso. No obstante, es de anotar que la determinación no definió en forma absoluta el enfrentamiento de los instructores, pues el funcionario argumentó:

> "Así, siendo la víctima del homicidio un servidor público –condición que no está en discusión– y pudiendo presumirse por las características del crímen que pudo haber sido determinado por razón de su cargo o el ejercicio de sus funciones como miembro de la vigilancia carcelaria, tendríamos que se estaría en presencia de la agravación del delito de homicidio prevista en la norma ya dicha, con el consiguiente desplazamiento de la competencia a la esfera de la justicia regional.

"Si del curso de la investigación se llegare a la conclusión de que fueron otros los móviles del homicidio, la eventual acusación será asumida por la Fiscalía Seccional, por cuanto la razón de la agravante y del cambio competencial radica en la vinculción de ellos con el cargo o las funciones ejercidas por el sujeto pasivo de la acción".

Como consecuencia de lo anterior, una Fiscalía Regional de Medellín culminó la investigación y la calificó el 1o. de agosto de 1994, profiriendo resolución acusatoria contra Flavio Carmona Quiñónez y John Jairo Meneses Varela, como presuntos autores de los delitos de homicidio

agravado, en concurso con el porte ilegal de armas de defensa personal (Dec. 3664/86, art. 1o.).

Se debe resaltar que en la resolución calificatoria se dedujo la agravación del homicidio por aprovechar el estado de indefensión o inferioridad y por concurrir motivo abyecto o fútil; y simplemente se mencionó que la víctima era guardián de prisiones, pero de esa situación no se dedujo la agravante del numeral 8o. del artículo 30 de la Ley 40 de 1993.

Al recibir el expediente con la resolución acusatoria ejecutoriada, el Juzgado Regional de Medellín se abstuvo de iniciar la causa por estimar que la competencia para conocer de esa etapa procesal se halla en cabeza de los juzgados penales del circuito. Su conclusión parte del criterio expuesto por el Fiscal Delegado ante la Corte en el precedente incidente de colisión de competencia, pues, asegura, el acervo probatorio no contiene elemento alguno del cual se pueda deducir que la muerte de Héctor Julio Saray Rojas tenga algún nexo de causalidad con el cargo de sargento de la guardia carcelaria o en razón de las funciones que desempeñaba; y por el contrario, la prueba testimonial indica que el occiso jamás comentó que tuviera enemistades surgidas del cumplimiento de sus deberes oficiales.

De esta forma, el Juez Regional de Medellín estimó desvirtuada la presunción que postulara el Fiscal Delegado ante la Corte y ordenó remitir la actuación al reparto de los Jueces Penales del Circuito de Bello, proponiendo la colisión negativa de competencia.

El pasado 27 de septiembre, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello aceptó trabar el conflicto de competencia, en la medida en que la resolución de acusación se profirió por el delito de Homicidio Agravado de conformidad con el numeral 8o. del artículo 324, el cual está asignado a los jueces regionales, lo que le impide conocer de un delito cuya competencia, legalmente, no le está asignada.

En el estadio procesal descrito, llega el expediente a esta Sala para que se dirima el conflicto jurisdiccional por la competencia.

La Sala considera:

Habida cuenta que dentro de este expediente ya existió un enfrentamiento de fiscales que dio lugar a un pronunciamiento de uno de los Fiscales Delegados ante la Corte, la Sala se ve en la necesidad de aclarar que esa decición no es vinculante para la etapa de juzgamiento, dada la nueva estructura del sistema penal; pues en el esquema de tendencia acusatoria, que ahora rige, han sido completamente separadas las funciones de investigación de la de juzgamiento, cada una de las cuales se encuentra a cargo de entes autónomos con una organización jerárquica propia.

Por ello, la decisión que resolvió el conflicto surgido entre los funcionarios instructores, no alcanza la categoría de ley del proceso y sólo se puede considerar obligatoria en el ámbito en que se profirió, esto es, en la etapa sumarial.

No ocurre lo mismo con las determinaciones que adoptan los jueces de conocimiento, por cuanto, conforme a la distribución legal de funciones ellos son los que, en definitiva, ejercen el poder y la soberanía del Estado para administrar justicia con respecto a la investigación adelantada por la Fiscalía, la cual, en consecuencia, se ve obligada a someterse a los parámetros señalados por los jueces de conocimiento, y a acomodar su actividad a los derroteros que éstos impongan en cada caso concreto.

De esta manera, se puede afirmar que no existe una precedente decisión judicial sobre el mismo tema, que sea vinculante y que por tanto inhiba a la Corte de decidir el conflicto puesto a su consideración.

No obstante lo anterior, no se dejará pasar por alto que el pronunciamiento del Fiscal Delegado ante esta Corporación, exhibe imprecisiones jurídicas y procesales que han repercutido en la producción del presente incidente, pues, si bien, aquél tiene un matiz administrativo, por cuanto a través de él simplemente se asigna la instrución a un determinado funcionario, es de admitir que sus presupuestos deben consultar los principios que rigen los conflictos de competencia; especialmente el relacionado con la plena demostración del hecho o circunstancia que define la competencia hacia un específico funcionario,

pues una determinación de esa índole necesariamente debe apoyarse en el acervo probatorio.

Para discutir la competencia sobre quién debe asumir el conocimiento en la etapa encausatoria de este proceso, se ha puesto en tela de juicio si el homicidio cometido contra Héctor Julio Saray Rojas encuadra en la descripción del numeral 8o. del artículo 30 de la Ley 40 de 1993, por cuanto la víctima, a la fecha de su deceso, se desempeñaba como sargento de la guardia de prisiones.

Esa preceptiva establece como circunstancia de agravación punitiva, el homicidio cometido:

> "Con fines terroristas, en desarrollo de actividades terroristas o en personas que sea o hubiere sido servidor público, periodista, candidato a cargo de elección popular, dirigente comunitario, sindical, político o religioso; miembro de la fuerza pública; profesor universitario, agente diplomático o consular al servicio de la Nación o acreditada ante ella, *por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones*, o en cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas; o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil" (resalta la Sala).

Este texto normativo revela que la agravante está constituida no sólo por la condición de servidor público o por ostentar las dignidades o los cargos allí relacionados, sino que, además, debe existir una relación de causalidad entre la violación del derecho a la vida y la labores cumplidas por la víctima. Por ello, en tales condiciones, solamente el homicidio cometido contra uno de los personajes enumerados en el precepto que se comenta, cuando el origen del atentado se encuentra en el cargo, la dignidad o el ejercicio de las funciones que cumple el sujeto pasivo, se estructura el homicidio agravado, cuya competencia atribuyó a los jueces regionales el artículo 71.5 del Código Penal, reformado por el art. 9o. de la Ley 81 de 1993.

En el asunto del cual conoce ahora la Sala, se sabe que Saray Rojas pertenecía a la Guardia de Prisiones y por tanto era un servidor

público. Sin embargo, no existe el más mínimo elemento de convicción que conduzca a concluir que el atentado contra su vida haya tenido como causa o motivación el cumplimiento de los deberes oficiales. Si no, recuérdese que para el momento de los hechos se encontraba sin uniforme, jugando billar en un sitio abierto al público, por fuera del establecimiento carcelario al cual había sido asignado, y disfrutando de vacaciones.

Tal como lo afirmara el Fiscal Delegado ante esta superioridad, podría "presumirse" que el atentado que terminó con la vida de Saray Rojas pudo haberse originado en el cumplimiento de sus funciones. No obstante, como se expresó en precedencia, los factores que definen la competencia deben estar plenamente acreditados y, por tanto, no se pueden presumir para asignar el conocimiento de un asunto a un determinado funcionario.

De lo anterior se desprende que en este caso no se encuentra demostrada la circunstancia descrita en el numeral 8o. del artículo 324 del Código Penal (modificado por la Ley 40 de 1993) y que, en consecuencia, el conocimiento de este asunto le corresponde al Juez Segundo Penal del circuito de Bello, en quien se radicará la competencia para fallar el proceso.

Conviene aclarar que es inexacta la afirmación que proviene del mencionado Juez del Circuito, en cuanto manifiesta que el fiscal regional calificó la conducta investigada agravando el homicidio por el numeral 8o. del artículo 324 del C.P., pues al revisar esa resolución se advierte que aun cuando se menciona la calidad de servidor público del occiso, el instructor agravó el homicidio no por esa circunstancia sino por las descritas en los numerales 4 y 7, esto es, por motivo abyecto o fútil y por aprovechar el estado de indefensión o inferioridad.

Así las cosas, no existe obstáculo alguno para que el funcionario al cual se le asigna la competencia en este asunto, puede llevar a término la instancia a su cargo.

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

Resuelve:

Asignar al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello (Ant.) el conocimiento del proceso que se adelanta contra Flavio Carmona Quiñónez y John Jairo Meneses, acusados del homicidio de Héctor Julio Saray Rojas y del porte ilegal de armas.

Remitir el expediente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello (Antioquia) para lo de su cargo.

Comunicar esta determinación al Juzgado Regional de Medellín trabajo en el conflicto, remitiéndole copia de este proveído.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"*; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / JURISDICCION DISCIPLINARIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / COMPETENCIA

1. El recurso extraordinario de casación fue establecido para corregir los yerros de los jueces en materia penal, de ahí que se instituyera a la Corte Suprema de Justicia como el organismo encargado de decidir sobre el particular, dada su calidad de máximo rector de la justicia ordinaria. Vista su mayúscula importancia se le dotó de reglas especiales y se le restringió su acceso, permitiéndolo tan sólo a procesos que conocieran en segunda instancia los tribunales del país. Sin embargo, como en otras instancias era posible el surgimiento de casos interesantes para el desarrollo de la jurisprudencia o la violación de los derechos fundamentales, decidió el legislador ampliar excepcionalmente el recurso a estos aspectos aunque dejando su concesión a la discrecionalidad de la Corporación quien debe estudiar si, de acuerdo con la exposición fundamentada del recurrente, es menester su estudio en esta sede.

2. La jurisdicción disciplinaria, por su lado, fue creada para juzgar faltas cometidas contra el régimen legal que establece patrones de comportamiento a los profesionales del derecho, y por ende, juzgan sus faltas cuando se aparten de ellos. Es por consiguiente y en este específico aspecto, un compendio normativo que rige una determinada actividad que no trasciende al ámbito de lo penal. Es obvio que en los procesos que juzguen dichas faltas deben respetarse los derechos fundamentales y debe observarse a plenitud el rito que se haya impuesto, única manera de otorgar igualdad de condiciones a las partes que en él intervengan y posibilidades de controvertir las pruebas y las providencias judiciales. La observancia de ellos hace posible que la decisión que se tome responda al ideal de justeza y equidad predicable de toda intervención estatal en la sociedad.

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

Magistrado ponente: *Doctor Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 118 de 20 de octubre de 1994..

Vistos:

Decide la *Corte* sobre el recurso de hecho interpuesto por el abogado de *William Osorio Buitrago* contra la providencia que rechazó por improcedente la impugnación presentada contra la sentencia proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Antecedentes:

1. Se acusa al abogado *William Osorio Buitrago* de haber incurrido en las faltas disciplinarias previstas en los numerales 3o. y 5o. del artículo 54 del Decreto 196 de 1971, es decir, de haber retenido unos dineros pagados a su cliente *Rubén Darío Landínez*, por su intermedio y a través de un proceso judicial, así como de no haberle rendido oportunamente cuenta de dicha gestión.

2. La Sala de Decisión Disciplinaria del Tribunal Superior de Manizales, luego de llevar adelante la respectiva investigación, declaró la responsabilidad del letrado en las faltas que se dejaron reseñadas, sancionándolo con la exclusión de la profesión.

3. Apelada la determinación por el profesional, conoció de ella la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la que luego del estudio de rigor confirmó el fallo de la primera instancia, con un salvamento de voto. Dentro del término de ejecutoria, el rematado interpuso recurso de casación, petición que fue rechazada por improcedente. La negativa hizo que el abogado excluido interpusiera a su vez recurso de hecho, lo que motivó que el asunto pasara a conocimiento de esta *Sala*.

La decisión judicial:

Advierte la Corporación que si bien el artículo 90 del Decreto 196 de 1971 ordena la remisión en lo no previsto a las normas del Código de Procedimiento Penal, tal actuación sólo es procedente cuando la figura jurídica que se pretende aplicar es pertinente al proceso disciplinario, pero no cuando ésta tiene un carácter eminentemente penal.

Ahora, en lo referente al recurso de casación, la normatividad establece en forma taxativa que procede únicamente en materia penal. "Se trata, entonces, de una norma que no armoniza con la remisión autorizada por el régimen disciplinario toda vez que su naturaleza es exclusivamente penal y además porque no existe una entidad que conozca de tal impugnación contra una sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria que es la máxima Corporación de la Jurisdicción Disciplinaria".

Por tanto, considera la petición elevada como improcedente, provocando el rechazo de rigor.

La sustentación:

Basa el recurso en lo dispuesto por el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal advirtiendo que la norma permite el acceso a este recurso extraordinario en casos diferentes a los que ordinariamente lo admiten. Dichas excepciones, a su modo de ver, pueden recaer sobre sentencias que no sean dictadas en segunda instancia por los Tribunales, "...pudiendo entonces serlo por OTRAS Corporaciones distintas a ellos, como sería el caso del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA; Sala Jurisdiccional Disciplinaria".

Luego de recordar que el desarrollo de la jurisprudencia y la violación a los derechos fundamentales son motivos para aceptar la casación discrecional, advierte que con ello no se está estableciendo límite alguno respecto a la categoría de la Corporación que profiera la sentencia.

Sentadas estas premisas pasa a hablar del derecho fundamental (debido proceso) que le fue vulnerado ya que fueron practicadas "infinidad" de pruebas

de oficio sin que se le hubiese corrido traslado para que pudier pronunciarse sobre ellas, entre otras, las que enseñaban presuntos antecedentes disciplinarios. Estas fueron agregadas extemporáneamente al tiempo que en el proceso obraban constancias de la Procuraduría y el Consejo Superior de la Judicatura sobre ausencia de antecedentes.

Después advierte que debe haber alguna manera de controvertir la sentencia en comento, no sin antes señalar que el yerro cometido da lugar a interponer el recurso de casación, por la causal tercera, pasando de inmediato al siguiente tema que desarrolla con interrogantes en torno a la viabilidad para dictar sentencia con base en pruebas conocidas privadamente por el Fiscal, y a la competencia para certificar antecedentes disciplinarios de los abogados aparte de la Procuraduría y el Consejo Superior de la Judicatura incurriendo el funcionario que expida la certificación en un delito de usurpación de funciones públicas:

Por consiguiente, solicita la protección de sus derechos constitucionales debiéndose aceptar el recurso de casación impetrado.

La Corte:

El recurso extraordinario de casación fue establecido para corregir los yerros de los jueces en materia penal, de ahí que se instituyera a la Corte Suprema de Justicia como el organismo encargado de decidir sobre el particular, dada su calidad de máximo rector de la justicia ordinaria. Vista su mayúscula importancia se le dotó de reglas especiales y se le restringió su acceso, permitiéndolo tan sólo a procesos que conocieran en segunda instancia los tribunales del país. Sin embargo, como en otras instancias era posible el surgimiento de casos interesantes para el desarrollo de la jurisprudencia o la violación de los derechos fundamentales, decidió el legislador ampliar excepcionalmente el recurso a estos aspectos aunque dejando su concesión a la discrecionalidad de la Corporación quien debe estudiar si, de acuerdo con la exposición fundamentada del recurrente, es menester su estudio en esta sede.

2. La jurisdicción disciplinaria, por su lado, fue creada para juzgar faltas cometidas contra el régimen legal que establece patrones de comportamiento a los profesionales del derecho, y por ende, juzga sus

faltas cuando se apartan de ellos. Es por consiguiente y en este específico aspecto, un compendio normativo que rige una determinada actividad que no trasciende al ámbito de lo penal. Es obvio que en los procesos que juzguen dichas faltas deben respetarse los derechos fundamentales y debe observarse a plenitud el rito que se haya impuesto, única manera de otorgar igualdad de condiciones a las partes que en él intervengan y posibilidades de controvertir las pruebas y las providencias judiciales. La observancia de ello hace posible que la decisión que se tome responda al ideal de justeza y equidad predicable de toda intervención estatal en la sociedad.

3. Para poder ejercer su actividad, la jurisdicción disciplinaria posee unas determinadas reglas que gobiernan el ritual de sus procesos. Sin embargo, como quiera que de todas maneras tiene un carácter investigador y sancionador, no tenía sentido reglamentar lo ya dicho en el Código de Procedimiento Penal. Por ello se buscó que todos los posibles vacíos que presentaran se llenaran con este compendio. Se entiende, por consiguiente, que ello era posible –como bien lo anota el Tribunal– en todo lo que pudiera aplicarse al ámbito disciplinario.

4. Como toda jurisdicción, la disciplinaria además, tiene también su propia organización, dotada de las instancias respectivas, conformadas por jueces colegiados de primero y segundo grados, haciendo posible la revisión de las decisiones de los inferiores por los que se encuentran situados a un nivel superior. Tal medida garantiza la corrección de posibles fallas por quienes poseen mayor experiencia y más amplios conocimientos sobre la materia, en este caso, el Consejo Superior de la Judicatura, cabeza visible de ella, por ministerio de la Constitución y la ley. Sus decisiones, por tanto, no son susceptibles de revisión ninguna.

5. Así las cosas, teniéndose en cuenta que el recurso de casación sólo procede en materia penal, que la casación discrecional por consiguiente, está circunscrita a este específico ámbito, que la jurisdicción disciplinaria tiene otro campo de acción y sus propias jerarquías, la decisión del Consejo Superior de la Judicatura fue acertada al negar el recurso de casación para el presente proceso disciplinario. La Corte no puede menos que apoyar sus palabras.

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

Resuelve:

Declarar inadmisible el recurso de hecho interpuesto por el abogado de William Osorio Buitrago contra la providencia que negó el recurso extraordinario de casación proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / NULIDAD / FISCAL GENERAL DE LA NACION

La proposición de nulidad ha de entenderse anclada en la causal 1a. del artículo 304 del C. de P. Penal: "La falta de competencia del funcionario judicial", en este caso, del Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia para desarrollar una de las funciones especiales asignadas al Fiscal General de la Nación por la Constitución Nacional, en sus artículos 235.4 y 251.1, como es la de "Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución".

2. La ley le atribuyó competencia al Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia para atender la función especial constitucional que físicamente le resultaba imposible cumplir al Fiscal General de la Nación, lo cual no repugna con la filosofía en que se inspira el fuero constitucional, puesto que aquel funcionario se encuentra en el mismo nivel de los Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que es el Juez natural encargado de juzgar a quienes gocen del mencionado fuero.

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

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número

Vistos:

Precluído el traslado a los sujetos procesales para solicitud de pruebas, conforme al trámite previsto en el artículo 446 del C.P.P. del presente juicio seguido contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de

Cali, doctores DANIEL SINISTERRA DOMINGUEZ y MIGUEL ANGEL TORRES CALERO, ingresa a consideración de la Sala la petición de *nulidad* propuesta, dentro del término legalmente previsto, por el primero de los acusados.

La pretensión de nulidad:

Se aduce, con fundamento en la declaratoria de nulidad que emitió el Consejo de Estado –Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo– el 23 de noviembre de 1993 en relación con los artículos 1o. y 6o. de la Resolución No. 00099 del 30 de julio de 1992, expedida por el Fiscal General de la Nación, que es inconstitucional e ilegal la delegación que por ella se hace en el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia de una de las funciones constitucionales asignadas al Jefe de la Fiscalía General de la Nación.

Agrega, en efecto, que la nulidad del artículo 1o. de la citada Resolución devino "por ser violatorio de los artículos 251 numeral 1o. y 235 numeral 4o. de la Constitucional Nacional y normas procedimentales penales que las reprodujeron, comoquiera que estando radicadas en cabeza del Fiscal General de la Nación investigar y acusar a los altos funcionarios que gozan de fuero Constitucional, como sucede con los Magistrados de Tribunales que son juzgados en única instancia por la Corte Suprema de Justicia, no podía delegar esas funciones en funcionarios subalternos del mismo".

> "En cuanto al artículo 6o. se motivó la nulidad por ser violatorio de los artículos 43 del C.C.A., 1o. y 2o. Literal f de la Ley 57 de 1985 y 52 del C. de R.P.P. y M. que disponen, para la eficacia u obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general, como lo era tal Resolución, la necesidad de ser publicados".

En síntesis, este proceso "sería nulo por cuanto la orden de adelantar investigación previa, ordenar apertura de instrucción y proferir resolución acusatoria era función privativa del Fiscal General de la Nación no delegable al funcionario delegado ante la Corte Suprema de Justicia que la tomó".

Depreca entonces la declaratoria de nulidad de toda la actuación.

Consideraciones de la Corte:

La proposición de nulidad ha de entenderse anclada en la causal 1a. del artículo 304 del C. de P. Penal: "La falta de competencia del funcionario judicial", en este caso, del Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia para desarrollar una de las *funciones especiales* asignadas al Fiscal General de la Nación por la Constitución Nacional, en sus artículos 235.4 y 251.1, como es la de "Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funciones que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución" (resaltado fuera del texto).

Ya la Corte había tenido ocásión de pronunciarse al respecto en auto del 14 de diciembre de 1992 al resolver la petición de excepción de inconstitucionalidad respecto de la mencionada Resolución 00099 del 30 de julio de 1992, expedida por el Fiscal general de la Nación.

En esa oportunidad, y luego de advertirse que a la Sala no le correspondía hacer un pronunciamiento definitivo sobre la constitucionalidad del acto administrativo acusádo, por estarle asignada tal competencia al Consejo de Estado, la Corte estudió la excepción de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

1. Reconoció que el numeral 1o. del artículo 251 de la Constitución Política diseñó, entre las funciones especiales del Fiscal General de la Nación, la atinente a "Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución", según dispone también el ordinal 1o. del artículo 121 del Código de Procedimiento Penal.

2. Igualmente que el artículo 235 de la Carta magna, en sus numerales 2, 3 y 4, le asignó a la Corte Suprema de Justicia el juzgamiento (en el caso de los Senadores y Representntes, también la investigación) de los altos funcionarios del Estado a quienes les otorga fuero, aclarando que en los eventos del numeral 4o. citado, ese juzgamiento operaba previa acusación del Fiscal General de la Nación.

3. La interpretación del Honorable Magistrado SAAVEDRA, en su salvamento de voto con eco en el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, consiste en que por ser funciones especiales del Fiscal General las mismas eran indelegables, y al delegarlas no se hacía otra cosa que ignorar el fuero constitucional, cuya mayor connotación es la de que los aforados sean juzgados por funcionarios de igual o superior jerarquía.

4. Que la Fiscalía fue creada por la necesidad de mejorar y acelerar la investigación penal y con ésta combatir la impunidad, y que para lograr estos fines no resultaba sensato pensar que una labor que antes se desarrollaba por 8 Magistrados de la Sala de Casación Penal ahora la pudiera cumplir una sola persona el Fiscal General de la Nación), habida consideración de que a éste le compete la dirección general del ente en orden a obtener el cumplimiento de las numerosas tareas que le confiere el artículo 250 del Ordenamiento Superior, fuera de las que se le asignan en el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991.

5. Que en estas condiciones al Fiscal General le resultaba forzoso acudir al mecanismo de la delegación, y por lo mismo la Comisión Especial que coredactó el Decreto 2699 de 1991, bajo el Título III que denominó "De las Funciones Específicas" enumeró, en el artículo 22, las que debía cumplir el Fiscal General de la Nación, no sin establecer de manera expresa que gran parte de esa actividad la desarrollaría por conducto de "delegados", y que si bien guardó silencio respecto de otros, tal omisión mal podía entenderse como prohibitiva de la delegación.

La Comisión Especial entonces no entendió que con la denominación "Funciones Especiales" que emplea la norma superior se estuviera estableciendo la "indelegabilidad", y en cambio sí como actividades cuyo cumplimiento corría bajo la responsabilidad del Fiscal General, sin perjuicio de que pudiera llevarlo a cabo delegando a un funcionario de la entidad que por la naturaleza de su cargo fuera competente e idóneo para el efecto.

6. Se adujo que el artículo 249 de la C.N. otorga al Fiscal General la titularidad de todas las competencias diseminadas por la entidad por él regentada, de tal suerte que los demás Fiscales actúan como delegados suyos, con funciones asignadas por la ley o por el propio Fiscal General, razón por

la cual el C. de P.P. desarrolló con este entendido la previsión constitucional, al consagrar en el numeral 3o. del artículo 121 la facultad discrecional de desplazar a cualquier Fiscal Delegado, cuando lo considere necesario.

7. Que en la delegación hecha por el señor Fiscal General de la Nación no se observa violación alguna que desnaturalice el fuero constitucional, toda vez que si se interpreta sistemáticamente la Constitución como se deja visto, no a otra conclusión es dable arribar, pues no debe entenderse la interpretación de la ley como el sendero que conduce al absurdo, o precedida de la idea de paralizar las instituciones republicanas haciendo culto a la literalidad del precepto, sino como forma de materializar el concepto del derecho como instrumento al servicio de los asociados.

En conclusión, la Corte no aplicó la excepción de inconstitucionalidad deprecada, al no hallar evidente el presunto quebranto precedido del carácter manifiesto, ostensible o protuberante.

El Consejo de Estado, en el fallo citado por el procesado, con fundamento en los citados textos constitucionales (arts. 235.4 y 251.1) y artículo 121 del C.P.P. (Decreto 2700 de 1991), encontró que "las funciones especiales asignadas al Fiscal General de la Nación por las normas constitucionales y legales anteriormente citadas deben entenderse como privativas o exclusivas de éste y por lo mismo no susceptibles de delegación ya que la preceptiva de aquéllas no lo permite y no puede perderse de vista que la delegación de funciones constituye un régimen de excepción, que como tal sólo admite una interpretación restrictiva. Aunado a lo anterior debe tenerse en cuenta que el espíritu de los artículos 251 numeral 1o. y 235 numeral 4o. de la Carta fue el de que por razón de la alta investidura o rango de los funcionarios que gozan de fuero constitucional su investigación y acusación corresponda en forma privativa al máximo funcionario encargado de cumplir tal función, que es el Fiscal General de la Nación, como la de juzgamiento con igual carácter, se le asignó al máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria en materia penal, que es la Corte Suprema de Justicia".

Sin embargo, el Consejo de Estado advierte que "Lo anterior no es obstáculo para que a través de la ley se puedan establecer mecanismos

diferentes a los de la delegación que permitan la realización de determinados actos procesales por funcionarios subalternos del Fiscal General de la Nación, bajo la dirección y orientación de éste, y sin detrimento de su titularidad sobre las funciones especiales antes aludidas".

Y en verdad que este criterio encontró eco en el legislador de 1993, concretamente en la Ley 81 de ese año, cuando en su artículo 17, modificatorio del artículo 121 del C.P. Penal, estableció:

"Corresponde al Fiscal General de la Nación:

1. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente o por conducto de sus delegados de la unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución".

Comprendió de esta manera el legislador ordinario que el derecho, y con éste la Constitución Política, no podía ir en contravía de la realidad social que en nuestra casuística se recoge en el hecho imposible desde el punto de vista humano, de que una sola persona, y con las limitaciones propias tempor-espaciales, como el Fiscal General, pudiera cumplir directamente todas aquellas funciones especiales constitucionales asignadas a él, tales como investigar a todos los Magistrados de los Tribunales del país.

Por ello, soslayando válidamente la figura de la delegación, la ley le atribuyó competencia al Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia para atender la función especial constitucional que físicamente le resultaba imposible cumplir al Fiscal General de la Nación, lo cual no repugna con la filosofía en que se inspira el fuero constitucional, puesto que aquel funcionario se encuentra en el mismo nivel de los Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que es el Juez natural encargado de juzgar a quienes gocen del mencionado fuero.

Con esta atribución *legal* de competencia en el Fiscal Delegado EN MODO ALGUNO se desnaturaliza el fuero constitucional y, por el contrario, se afianza y desarrolla su filosofía que no es otra que la de garantizar que toda persona que detente una alta investidura pública sólo

pueda ser investigada y juzgada por un funcionario judicial de similar o superior categoría a la suya.

La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, impelen a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación, en el sentido que resulta acorde con los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos.

Tal principio es una clara consecuencia del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo. Y su origen reside en el proceso de constitucionalidad de las leyes: Antes de que una ley sea declarada inconstitucional por el órgano competente o por vía exceptiva, el juez que efectúa el examen tiene el deber de hallar su más cercana interpretación para preservar su consonancia con el estatuto superior.

El Tribunal Federal Constitucional alemán expresa que "es válido el principio de que una ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada (como aquí sucede, advierte la Sala) en consonancia con la Constitución" (citado por GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Reimpresión, 1988. Editorial Cívitas S.A., p. 96).

No es ajena, entonces, a este principio constitucional "la presunción de constitucionalidad de las leyes, que no es la simple afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista 'duda razonable' sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá de presumir que, siempre que sea 'razonablemente posible', el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que la permita mantenerse dentro de los límites constitucionales" (*Ob. cit.*, p. 96) y este último es el pensamiento de la Corte, que de esta manera no avizora en parte alguna que el artículo 121

del C.P.P., modificado por el artículo 17 de la Ley 81 del 2 de noviembre de 1993, contradiga el sentido del precepto constitucional aludido.

Las nulidades se rigen por el principio de la taxatividad. La incompetencia alegada como causal de nulidad no subsiste, porque la misma ley le está atribuyendo competencia funcional al funcionario de quien se alega no la tiene.

Por consiguiente, la pretensión de nulidad por la vía de la excepción de inconstitucionalidad de aquel texto legal, no prospera.

Valgan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

Resuelva:

Primero: No decretar la nulidad invocada por el procesado doctor DANIEL SINIESTRA DOMINGUEZ.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, prosígase con el trámite del juicio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"*; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, William Monroy Victoria Conjuez.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL

Sobre el porte ilegal de armas se han dictado las siguientes normas: artículo 197 del C.P.:

"TENENCIA, FABRICACION Y TRAFICO DE SUSTANCIAS U OBJETOS PELIGROSOS. El que sin facultad legal tenga en su poder, fabrique, adquiera, conserve o suministre sustancia u objeto explosivo, inflamable, asfixiante, tóxico, corrosivo e infeccioso, incurrá en prisión de uno (1) a cinco (5) años".

Como se ve, únicamente bastaba cumplir con el verbo rector de la figura y no tener facultad legal, esto es, sin contar con la autorización de los organismos competentes, para que se tipificara la conducta. No obstante, con la alteración del orden público vino la declaratoria del Estado de Sitio y en ejercicio de los poderes por él conferidos, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 3664 de 1986 que, en su artículo 1o., dispuso: "Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y el decomiso de dicho elemento".

Este supuesto penal –como era obvio– suspendía las normas que le fuesen contrarias. En tal sentido, como quiera que el artículo 197 también trataba el tema de los explosivos, se presentaba una realidad que se resolvía con esta suspensión. Esta hipótesis asimismo se estructuró como de mera conducta. Bastaba simplemente con realizar uno de los verbos rectores del punible

para consumar el ilícito, sin exigir, como lo haría después, que éstas tuvieran el ingrediente subjetivo del terrorismo.

Más adelante, para combatir específicamente las actividades terroristas, se dictó el artículo 11 del Decreto 180 de 1988, que adicionó los dos anteriores así como el artículo 201 del C.P. en los siguientes términos:

"Tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas. El que favorezca la realización de actos terroristas mediante la fabricación, adquisición, sustracción, almacenamiento, porte o suministro de armas de fuego, municiones u objetos explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o cualquier otro elemento químico, incurrirá...".

El tipo se convirtió, en este específico aspecto, en uno de resultado ya que forzosamente, la comisión de cualquiera de las conductas debía de realizarse con el objetivo teleológico de favorecer actos terroristas. No obstante, mediante Decreto 2266 de 1991, por el cual se adaptaron como legislación permanente algunas de las disposiciones expedidas en el ejercicio de las facultades del Estado de Sitio, se acogió el Decreto 3664 de 1986, sin hacer lo propio con el artículo 11 citado anteriormente.

Las conductas, por consiguiente, volvieron a su estado anterior, quedando suspendido permanentemente el artículo 197 por el artículo 1o. del Decreto 3664, encargándose del conocimiento de los comportamientos allí descritos a los Jueces Regionales, excepto en lo referente al porte de armas de fuego de defensa personal, adjudicada a los Jueces del Circuito, según lo previsto por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993.

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

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

Aprobado Acta número 118 de 20 de octubre de 1994.

Vistos:

Decide la CORTE sobre la colisión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas) y uno Regional de Medellín, dentro del proceso adelantado contra los hermanos JOSE ALBEIRO, ASDRUBAL y ALVARO SALAZAR SUAREZ por infracción al Decreto 3664 de 1986.

Antecedentes:

1. El seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992) en la vereda Tabuyo, corregimiento de San Lorenzo, comprensión municipal de Riosucio (Caldas), personal de la Policía Nacional registró un inmueble encontrando en sus alrededores, entre otros elementos, varias armas de fuego, algunas prendas de vestir de uso de las Fuerzas Militares, "una bonda casera" y "dos barras de dinamita". En el operativo fueron capturados JOSE ALBEIRO, ASDRUBAL y ALVARO SALAZAR SANCHEZ.

2. Indagados los capturados se les definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a la excarcelación como presuntos autores del delito de "conservación de armas, municiones y explosivos", conducta tipificada en el Decreto 3664 de 1986.

3. En audiencia especial de terminación anticipada del proceso, los implicados admitieron los cargos y su responsabilidad como autores de infringir el artículo 2 del citado decreto. El acuerdo, sin embargo, fue improbado por el Juez Regional al considerar incompletos los cargos formulados, pues "se trata de un concurso de delitos consagrados en el Decreto 3664/86 y 180/88".

4. Apelada esta decisión, la revocó el Tribunal Nacional disponiendo que al entrar en vigencia la Ley 81 de 1993, por favorabilidad se imponía realizar la audiencia especial de observaciones a que alude el artículo 4 de la mencionada normativa.

5. Llegado el proceso al Juzgado Regional de Medellín y lista la actuación para llevar a cabo dicha diligencia, mediante auto del veintiuno (21) de julio del presente año se declaró incompetente para continuar

conociendo de la investigación. Luego de establecer que las circunstancias en las cuales fueron halladas las prendas militares indican su "conservación", conducta que no está tipificada en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988 y, por lo tanto, es atípica, advierte que el mismo reparo se le puede hacer a la "conservación" de la dinamita, aunque en este caso sí encuentra acomodo en el artículo 197 del C.P. Por consiguiente, dado que, además, las armas encontradas, de acuerdo con su calibre, no pueden considerarse como de uso privativo de las Fuerzas Militares, considera que la competencia para el presente asunto le corresponde al Juzgado Penal del Circuito de (Riosucio).

6. El Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), no aceptó la competencia por considerar que para el caso de autos es claro la incautación de material "explosivo" (la dinamita y la bomba casera), circunstancia suficiente para que la competencia sea retenida en los señores Jueces Regionales conforme se desprende del tenor literal de los artículos 71-4 del C. de P.P. y 1o. del Decreto 3664 de 1986.

A continuación centra su atención en el artículo 50 del Decreto 2535 de 1993, para establecer la calidad de explosivo que tiene la dinamita y la bomba casera incautadas, calidad que se encuentra confirmada por el dictamen pericial. Luego examina la Ley 81 de 1993, que modificara el artículo 71 del C. de P.P., la que en su artículo 9o. numeral 4o., establece, entre otros, como delitos de competencia de los Jueces Regionales las infracciones a las que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, la interceptación de correspondencia y los ilícitos contra el sufragio.

La Corte:

1. Trabada como en efecto se encuentra la colisión de competencia para concluir la investigación que dio cuenta de la incautación de varias armas de fuego, munición, explosivos y algunas prendas de uso exclusivo de las Fuerzas Militares en los alrededores del inmueble habitado por los hermanos ASBRUBAL, JOSE ALBEIRO y ALVARO SALAZAR SUAREZ, capturados en el operativo, debe la *Sala* señalar que es al Juzgado Regional de Medellín a quien compete adelantar el trámite pertinente que habrá de concluir la primera instancia en este proceso.

2. Están de acuerdo los colisionantes en que ninguna de las armas de fuego encontradas por la policía son en la actualidad de uso privativo de las Fuerzas Militares. Tampoco hay discusión sobre la atipicidad que envuelve la "conservación" de las prendas de vestir respecto del artículo 19 del Decreto 180 de 1988.

3. Distintos argumentos presentan los colisionantes sobre el punto de discordia. El Juez Regional basa su argumentación en el verbo rector "conservar" para negar su competencia. como quiera que éste no se encuentra prescrito en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988, pero sí en el artículo 197 del C.P., le corresponde su conocimiento a los Jueces Penales del Circuito. Este, en cambio, se refiere a la calidad de explosivos que ostentan la dinamita y la bomba casera para predicar su incompetencia, pues conforme a las previsiones del Decreto 2266 de 1991, los Juzgados Penales del Circuito conocen "única y exclusivamente" lo relacionado con el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y no tienen nada que ver con explosivos.

4. Para resolver lo pertinente primero debe hacerse un recuento de las normas que se han dictado sobre el particular. La primera fue el artículo 197 del C.P.:

> *"TENENCIA, FABRICACION Y TRÁFICO DE SUSTANCIAS U OBJETOS PELIGROSOS. El que sin facultad legal tenga en su poder, fabrique, adquiera, conserve o suministre sustancia u objeto explosivo, inflamable, asfixiante, tóxico, corrosivo o infeccioso, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años".*

Como se ve, únicamente bastaba cumplir con el verbo rector de la figura y no tener facultad legal, esto es, sin contar con la autorización de los organismos competentes, para que se tipificara la conducta. No obstante, con la alteración del orden público vino la declaratoria del Estado de Sitio y en ejercicio de los poderes por él conferidos, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 3664 de 1986 que, en su artículo 1o., dispuso:

> *"Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya,*

venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y el decomiso de dicho elemento".

Este supuesto penal –como era obvio– suspendía las normas que le fuesen contrarias. En tal sentido, como quiera que el artículo 197 también trataba el tema de los explosivos, se presentaba una dualidad que se resolvía con esta suspensión. Esta hipótesis asimismo se estructuró como de mera conducta. Bastaba simplemente con realizar uno de los verbos rectores del punible para consumar el ilícito, sin exigir, como lo haría después, que éstas tuvieran el ingrediente subjetivo del terrorismo.

Más adelante, para combatir específicamente las actividades terroristas, se dictó el artículo 11 del Decreto 180 de 1988, que adicionó los dos anteriores así como el artículo 201 del C.P. en los siguientes términos:

"Tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas. *El que favorezca la realización de actos terroristas mediante la fabricación, adquisición, sustracción, almacenamiento, porte o suministro de armas de fuego, municiones u objetos explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o cualquier otro elemento químico, incurrirá...".*

El tipo se convirtió, en este específico aspecto, en uno de resultado ya que, forzosamente, la comisión de cualquiera de las conductas debía realizarse con el objetivo teleológico de favorecer actos terroristas. No obstante, mediante Decreto 2266 de 1991, por el cual se adaptaron como legislación permanente algunas de las disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio, se acogió el Decreto 3664 de 1986, sin hacer lo propio con el artículo 11 citado anteriormente.

Las conductas por consiguiente, volvieron a su estado anterior, quedando suspendido permanentemente el artículo 197 por el artículo 1o. del Decreto 3664, encargándose del conocimiento de los comportamientos allí descritos a los Jueces Regionales, excepto en lo referente al porte de armas de fuego de defensa personal, adjudicada a los Jueces del Circuito, según lo previsto por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993.

5. De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se está en presencia de un concurso de hechos punibles (porte ilegal de armas de defensa personal y explosivos) su juzgamiento por conexidad corresponde al Juzgado Regional de Medellín a donde se remitirán las diligencias para que adelante el trámite pertinente, enviándosele igualmente copia de esta decisión al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), 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 al Juzgado Regional de Medellín a quien se le remitirá el expediente para lo de su cargo.

Copia de esta decisión envíese al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), para su información.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"*; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / REGIMEN DISCIPLINARIO

La competencia que el Código de Procedimiento Penal vigente otorga a la Corte Suprema de Justicia para conocer de la acción de revisión, lo es en relación con sentencias de única o segunda instancia proferidas por esta Corporación, el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito.

La acción de revisión a que refiere el capítulo IX título IV del Código de Procedimiento Penal, presupone la existencia de una sentencia de condena o una decisión que precluya o cese procedimiento por un comportamiento que la ley penal tipifique como delito, y tan es así que cuando el artículo 234 del C. de P.P. refiere a los requisitos formales de la demanda de revisión, señala que el actor debe precisar "el delito o delitos que motivaron la actuación procesal y decisión".

El régimen disciplinario aplicable a los abogados –Decreto 196 de 1971–, establece un procedimiento especial que no previó la "revisión" como recurso o acción en contra del fallo y tampoco es dable entenderlo así por la remisión que hace el artículo 90 de dicho Estatuto a las normas del Código de Procedimiento Penal, porque el punto alusivo a los –recursos– fue expresamente regulado en esa normatividad, en forma tal que no hay lugar por ese aspecto a la aplicación del susodicho principio de integración, máxime cuando el artículo 90 en cita establece claramente que las normas del Código de Procedimiento Penal, se "aplicarán en lo no previsto en el presente título".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado sustanciador: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*, Presidente.

Aprobado Acta número 120.

Vistos:

Resuelve la Corte sobre la admisibilidad de la acción de revisión que a nombre del abogado doctor WILLIAM OSORIO BUITRAGO, promueve su defensor en contra de los fallos de octubre 27 de 1992 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales (la instancia) y febrero 19 de 1993 proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que le impuso a aquél sanción de censura por infracción al artículo 54-6 del Decreto 196 de 1971 y lo absolvió por los cargos referidos a la infracción de los numerales 1o., 3o. y 4o. del mismo artículo del Estatuto de la abogacía.

La Corte:

1. Es improcedente la acción de revisión propuesta, por las siguientes razones:

1.1. La competencia que el Código de Procedimiento Penal vigente otorga a la Corte Suprema de Justicia para conocer de la acción de revisión, lo es en relación con sentencias de única o segunda instancia proferidas por esta Corporación, el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito.

1.2. La acción de revisión a que refiere el capítulo IX título IV del Código de Procedimiento Penal, presupone la existencia de una sentencia de condena o una decisión que precluya o cese procedimiento por un comportamiento que la ley penal tipifique como delito, y tan es así que cuando el artículo 234 del C.P.P. refiere a los requisitos formales de la demanda de revisión, señala que el actor debe precisar *"el delito o delitos que motivaron la actuación procesal y decisión"*.

1.3. El régimen disciplinario aplicable a los abogados –Decreto 196 de 1971–, establece un procedimiento especial que no previó la "revisión" como recurso o acción en contra del fallo y tampoco es dable entenderlo así por la remisión que hace el artículo 90 de dicho Estatuto a las normas del Código de Procedimiento Penal, porque el punto alusivo a los "recursos" fue expresamente regulado en esa normatividad, en forma tal que no hay lugar por ese aspecto a la aplicación del susodicho principio

de integración, máxime cuando el artículo 90 en cita establece claramente que las normas del Código de Procedimiento Penal, se *"aplicarán en lo no previsto en el presente título"*.

Como se ve, no existe la posibilidad legal de admitir la acción de revisión propuesta por el apoderado del abogado William Osorio Buitrago y carecen de razón los argumentos que trae el actor en apoyo de la tesis contraria, fundados en los principios de integración, equidad y favorabilidad, extraños estos últimos al objeto del debate, cuando como se ha visto, no se afronta acá un problema de tránsito legislativo o vacío en la normatividad daplicable, que reguló expresamente el punto referido a los recursos que proceden en contra del fallo con que culmina el proceso disciplinario.

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

Resuelve:

Declarar inadmisible la acción de revisión propuesta por el apoderado judicial del abogado doctor WILLIAM OSORIO BUITRAGO en contra del fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional disciplinaria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / PRUEBA / REFORMATIO IN PEJUS / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Al regular laparte probatoria del código, el legislador escogió la técnica de la libertad de los medios de convicción para probar cualquier hecho o circunstancia del proceso. Ello significa que la enumeración de pruebas que plasmó en el artículo 248 de la codificación, es enunciativa; de allí que un hecho se pueda probar con los medios allí enunciados, e igualmente con cualquier otro no previsto en esa preceptiva, como claramente lo estipula el inciso segundo del artículo que se comenta.

De esa manera, la libertad probatoria consagrada lleva a concluir que los hechos y circunstancias del proceso pueden ser demostrados con cualquier medio que tenga esa capacidad, quedando por fuera la hipótesis de que determinado hecho sólo se puede establecer a través de un especial medio de convicción. Lo que no obsta para admitir que existen elementos de juicio con mayor idoneidad probatoria que otros; por ejemplo, las pruebas ideales para demostrar la tipicidad en un homicidio, obviamente serían la necropsia, el acta del levantamiento del cadáver y la partida de defunción, pero lo anterior no imposibilitaría probar la muerte por otro medio de convicción.

Sin bien el medio idóneo para la demostración de un estado de embriaguez ha sido la prueba de alcoholemia, ello no quiere decir que esa demostración no se pueda obtener testimonialmente.

2. Este principio (legalidad) y el de la *reformatio in pejus* deben ser conciliados en su interpretación, en el sentido en que los jueces jerárquicamente superiores se encuentran impedidos para agravar la pena impuesta en primera instancia, pero siempre y cuando ella se haya ajustado al principio constitucional de la legalidad, porque es obvio que los jueces dentro del principio también constitucional de la independencia, según el cual sólo

están sometidos al imperio de la Constitución y de la Ley, al tasar las penas necesariamente debe cumplirse esta función dentro de los parámetros señalados por tal normatividad, es decir que teniendo en cuenta las diversas circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y es claro que bajo ninguna circunstancia se podrán deducir penas por debajo del mínimo legal o por encima del máximo legal.

Está sobreentendido que la *reformatio in pejus* como imposibilidad de agravar la sanción impuesta en primera instancia cuando se trate de apelante único, tiene aplicabilidad siempre y cuando el fallo se ajuste a la realidad constitucional y legal; lo contrario nos llevaría a la inaudita conclusión de que la fuerza de la sentencia de primera instancia sería de tal naturaleza que quedaría por encima de la Constitución y de la Ley, porque a pesar de imponer una pena desconociendo el mínimo legal, los superiores jerárquicos estarían imposibilitados para hacer los ajustes necesarios exigidos por el principio constitucional de la legalidad.

Es importante hacer un breve comentario al art. 34 de la Ley 81 de 1993, reformatorio del art. 217 del C. de P.P. que establece la competencia del superior, al disponerse en la parte pertinente que "Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta...".

Lo anterior porque la norma reformada decía "Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta...".

Es decir que el legislador le agregó "en caso alguno" y ello podría llegar a interpretarse por alguien que en ningún caso el superior puede agravar la pena impuesta por el inferior en caso de ser la defensa apelante único y es obvio que esta norma legal debe ser interpretada dentro de los parámetros constitucionales establecidos con anterioridad, ello quiere decir que si el inferior desconoce las precisiones constitucionales y legales en relación con las penas, el superior para hacer respetar el principio constitucional de legalidad y sin vulnerar los principios de la Carta Política de la *reformatio in pejus* podrá ajustar la pena a

esos límites legales, no importa que para ello deba incrementar la pena impuesta por el inferior. Lo anterior nos lleva a concluir que si la voluntad del legislador hubiese sido la de evitar la anterior posibilidad de incremento punitivo, por violar la sentencia de primera el principio de legalidad es claro que estaríamos en presencia de una norma inaplicable por clara inconstitucionalidad.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 120 de octubre 25 de 1994.

Vistos:

El 9 de febrero de 1993, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá condenó a Rodrigo Parra Alonso, como responsable del delito de homicidio culposo cometido en perjuicio de quien en vida respondió al nombre de Leopoldo Villabón Castillo. Sentencia que, el 25 de mayo de 1993, fuera confirmada con algunas modificaciones.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente, la respectiva demanda se declaró ajustada a las formalidades de ley.

Al rendir el concepto de rigor, el Procurador Tercero Delegado en lo penal solicitó no se casara el fallo protestado en cuanto a las pretensiones del demandante, pero solicitó se casara oficiosamente en cuanto a la pena de multa impuesta en segunda instancia.

Ahora, la Sala decide lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos:

Más o menos a las once de la noche del 4 de febrero de 1990, el procesado conducía en estado de embriaguez la motoniveladora

Bauquema Nro. 204, del Ministerio de Obras Públicas, frente a las instalaciones del Sena en la ciudada de Fusagasugá, cuando el automotor presentó una falla mecánica en la dirección y los frenos, que produjo el arrollamiento del vehículo de servicio público conducido por Leopoldo Villabón Castillo y ocupado por Jorge Triana Torres, Gladys Aida Hospital y Luis Vicente Muñoz Pardo. A consecuencia del accidente los ocupantes del automóvil resultaron lesionados y Villabón, el conductor, murió el 9 de febrero.

Actuación procesal:

El proceso penal se abrió por auto del 5 de febrero de 1990; dos días después se escuchó en indagatoria a Rodrigo Parra Alonso.

En proveído del 22 de junio de 1990 se admitió la constitución de parte civil.

Con fecha del 21 de marzo de 1991 se dictó resolución acusatoria y detención preventiva contra el sindicado, por los delitos de homicidio y lesiones culposas.

La diligencia de audiencia pública se realizó el 20 de enero de 1993. Las sentencias de primero y segundo grado se profirieron el 9 de febrerro y el 25 de mayo de 1993, respectivamente.

Los argumentos de la demanda:

Dos cargos dirige el recurrente contra la sentencia. El primero de ellos, porque al proferir fallo condenatorio se incurrió en una violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de un error de derecho, por falta de aplicación de la ley, porque si bien es cierto que existe libertad probatoria "El libro I título 5, capítulo I, art. 253 obliga al juzgador a tener en cuenta el medio probatorio exigido por la ley, para demostrar la responsabilidad del imputado, en este caso concreto el examen de alcoholemia con su respectivo diagnóstico clínico...".

Lo anterior por cuanto los juzgadores llegaron a concluir que hubo embriaguez por la declaración de la médica que atendió al procesado y

por los testimonios de oídas de los lesionados, siendo que la primera es inexacta y falaz, en razón de que el mismo día la deponente atendió varios heridos en accidente de tránsito.

Con tal argumentación el censor pide a la Corte case el fallo "y en su calidad de Tribunal de instancia proferir sentencia condenatoria de homicidio culposo con las rebajas legales de atenuación punitiva".

En el segundo cargo el actor también acusa una presunta violación indirecta de la ley sustancial, pero ésta por la existencia de un error de hecho, que hace consistir en que los juzgadores le dieron el carácter de plena prueba al testimonio de la médica que atendió al procesado el día de los hechos, pues a su manera de ver, después de siete meses de ocurridos los hechos, ella dio la filiación de una persona distinta a la del procesado, además de incurrir en imprecisiones y omisiones. Así, concluye que "con base en este testimonio los honorables juzgadores han incurrido en indebida aplicación de la ley, dándole el carácter de plena prueba al testimonio de dicha profesional de la medicina, que aún sin coincidir con la descripción morfológica, sin haber practicado ningún examen clínico y menos alcoholemia a Rodrigo Parra Alonso, con una vaga descripción de la sintomatología del segundo grado de embriaguez está plenamente probado el agravante de la embriaguez...".

Como en el cargo anterior, pero con carácter subsidiario el impugnante consigna su aspiración de obtener se case la sentencia y se dicte la de reemplazo para que al procesado se lo condene con los atenuantes consagrados en la ley,

Argumentos del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Luego de hacer algunas consideraciones de carácter general sobre las exigencias técnicas del recurso extraordinario, el Delegado se refiere concretamente al cargo primero, afirmando que el libelista parte de una errónea interpretación del artículo 253 del C. de P.P. pues la frase "a menos que la ley exija prueba especial" la entiende el censor como la excepción a la primera parte del artículo en todo caso en que disposiciones legales hayan establecido la mejor forma de probar un hecho.

En opinión del Procurador, la disposición no se ha de interpretar de tal manera, porque la expresión destacada se entiende como la referencia a pruebas especiales exigidas en otros ordenamientos legales. Ejemplifica su criterio con el caso de la prueba sobre la propiedad que se "obtiene a través de la certificación del registrador de instrumentos públicos y privados sobre el titular inscrito de la propiedad (el denominado comúnmente "certificado de libertad"), pues para que el acto que dio origen a la tradición del bien sea oponible a terceros, se requiere que el instrumento público correspondiente se encuentre inscrito en la oficina respectiva.

Sin que lo anterior, en su criterio, signifique que para demostrar el perjuicio en un delito patrimonial como la estafa, cuyo objeto sea un inmueble, sea necesario contar con la copia del folio de matrícula inmobiliaria, porque de todas maneras en la órbita del derecho penal rige la libertad probatoria. "La inscripción en el registro podría ser condicionante necesria de una decisión que tenga efectos en el campo civil (la restitución del inmueble, en nuestro caso), mas su inexistencia no impediría el declarar probado el ilícito aprovechamiento patrimonial".

De lo anterior concluye que "La prueba especial a que se refiere el artículo 253 del C. de P.P. es entonces, en nuestro criterio, aquella que está regulada de manera particular por cualquier ordenamiento y siempre y cuando la decisión que se debe fundamentar en ella tenga incidencia en los derechos y deberes regulados en aquél. En materia penal, como lo han reconocido pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia, rige el principio de libertad probatoria".

El colaborador del Ministerio Público observa que el impugnante invoca una norma que rige para el funcionamiento interno de Medicina Legal, sin demostrar cuál fue el marco normativo dentro del cual esa institución recomendó, como prueba idónea para determinar la embriaguez en el examinado, la conjunción de la prueba de alcoholemia con el examen clínico respectivo; como tampoco se ocupó de desvirtuar la validez de la prueba testimonial. Y le critica al censor no haber hecho esfuerzo alguno para demostrar la incidencia que el error tuvo en la sentencia que espera se case.

Finalmente advierte que ninguna norma sustancial fue mencionada por el impugnante como objeto de la violación de la sentencia, pues se limita mencionar el artículo 253 del Código procesal, pero que no relacionó en ningún momento con el artículo 330 del C.P. Estas conclusiones los conducen a solicitar se desestime el cargo formulado.

Al decir del Delegado el segundo reproche se ha debido presentar como cargo subsidiario, porque su argumento central es incompatible con la formulada en el cargo primero.

Por otra parte, comenta que la separación de los cargos lleva al libelista a reconocer la validez de lo que antes había negado, esto es que la embriaguez sí puede ser probada por cualquier medio probatorio.

También encuentra otro yerro del censor, cual es el de dedicar todo su esfuerzo a criticar la valoración que los juzgadores dieron a los medios de convicción, para aportar la propia con respecto al testimonio de la médica y de otros testigos que en su sentir no son dignos de crédito; y de esta manera plantea un falso juicio de convicción más propio del error de derecho. Al igual que en la censura anterior el Procurador concluye que ésta tampoco debe prosperar.

No obstante, el Delegado solicita se case parcialmente la sentencia de segunda instancia por haber agravado la situación punitiva del procesado, apelante único, y concretamente al aplicar el incremento en cuanto a la pena pecuniaria, previsto en el artículo 330 en este tipo de casos, que no había deducido el *a quo*.

El agente del Ministerio Público considera que las garantías procesales han sido concebidas como derechos fundamentales y que "Las concesiones constitucionales de poder y las restricciones en el ejercicio del poder punitivo del Estado, no son flexibles como no lo son las doctrinas de derecho común. El deber del juez, en consecuencia, es interpretar la Constitución, no enmendarla para establecer excepcions que ella no trae, pues como expresión de la voluntad del pueblo (el poder constituyente) obliga a los distintos operadores jurídicos a procurar la efectividad de estos valores superiores, acatándolos como normas, no restringiéndolas".

Prosigue con el tema de las garantías procesales afirmando que "tienen un origen común, cual es el derecho a que el castigo solamente se imponga por motivos previamente definidos en la ley y después de que se hayan agotado los procedimientos legalmente regulados, todo lo cual implica la fijación de límites al poder punitivo estatal. Preocupación básica de la Constitución, es entonces, establecer un equilibrio en la relación intervención del Estado-libertad del individuo, el cual se logra a través de las garantías fundamentales y los medios para hacer efectivos los derechos individuales. Bajo esta perspectiva, la Constitución colombiana se creó como una Constitución especialmente garantista, preocupada por tener el máximo de límites a la intervención del Estado y un número importante de garantías en favor del individuo".

Luego elabora una serie de reflexiones sobre la importancia política del principio de legalidad como límite al poder punitivo, para concluir que "Si al surtirse la segunda instancia le son cambiadas las reglas del juego al apelante único, quien acude a esa vía con la seguridad que le ha otorgado la Carta de que la pena que le fue impuesta no lo será agravada con el argumento de que fue una 'pena ilegal', se están superando los límites impuestos por el poder constituyente a la función punitiva del Estado. No puede entonces, en este caso ni en ninguno, desconocerse tal precepto en aras a preservar la 'legalidad' por encima de las garantías debidas a los ciudadanos".

Ante la conclusión de que se ha vulnerado el debido proceso al agravar en segunda instancia la pena al sentenciado, estima que se debe casar parcialmente la sentencia y anular la parte correspondiente al aumento punitivo.

Consideraciones de la Sala:

La demostración de la embriaguez a través de testimonios y no mediante la práctica de una prueba de alcoholemia es el primer cargo que formula el censor, enmarcándolo como una violación indirecta de la ley por la presunta existencia de un error de derecho.

Al regular la parte probatoria del código, el legislador escogió la técnica de la libertad de los medios de convicción para probar cualquier

hecho o circunstancia del proceso. Ello significa que la enumeración de pruebas que plasmó en el artículo 248 de la codificación, es enunciativa; de allí que un hecho se pueda probar con los medios allí enunciados, e igualmente con cualquier otro no previsto en esa preceptiva, como claramente lo estipula el inciso segundo del artículo que se comenta.

De esa manera, la libertad probatoria consagrada lleva a concluir que los hechos y circunstancias del proceso pueden ser demostrados con cualquier medio que tenga esa capacidad, quedando por fuera la hipótesis de que determinado hecho sólo se puede establecer a través de un especial medio de convicción. Lo que no obsta para admitir que existen elementos de juicio con mayor idoneidad probatoria que otros; por ejemplo, las pruebas ideales para demostrar la tipicidad en un homicidio, obviamente serían la necropsia, el acta de levantamiento del cadáver y la partida de defunción, pero lo anterior no imposibilitaría probar la muerte por otro medio de convicción.

En el caso que ahora es motivo de consideración, si bien el medio idóneo para la demostración de un estado de embriaguez habría sido la prueba de alcoholemia, ello no quiere decir que esa demostración no se pueda obtener testimonialmente; sobre todo cuando se cuenta con la declaración de un profesional médico, precisamente la misma persona que atendió al procesado de las heridas sufridas, y que por tales razones se encuentra en capacidad de determinar si una persona se encuentra o no afectada de embriaguez, teniendo en cuenta la serie de manifestaciones que son características de tal estado.

En relación con la temática probatoria que se enfrenta, resulta pertinente mencionar la disposición del artículo 41 del C. de P.P., de particular importancia cuando en el ejercicio de sus funciones el juez penal adquiere competencia extrapenal, caso en el cual "apreciará las pruebas de acuerdo con la correspondiente legislación".

Esta preceptiva sería aplicable, por ejemplo, en el evento de que un juez tuviera que fallar un caso donde fuera indispensable decretar la prejudicialidad civil, luego de transcurrido un año de haberse decretado, sin que se hubiera fallado el proceso civil que tenga efectos en el penal. En tal situación, el juez penal, obviamente con el fin

exclusivo de analizar la existencia del delito que juzga, puede tomar decisiones sobre el asunto civil, apreciando las pruebas relacionadas con éste, de conformidad con las reglas establecidas en el derecho civil y su fallo no tendrá otros efectos.

Sin embargo, aquí no se trata de un aspecto de competencia extrapenal, porque la embriaguez, en este tipo de casos, es un elemento para la demostración de la culpa o de la agravación del hecho ilícito y por tanto es de índole exclusivamente penal.

Otra preceptiva a la cual se debe aludir necesariamente es la que contiene el artículo 253 procesal y en la cual se establece que los elementos del hecho punible, la responsabilidad y la naturaleza y cuantía de los perjuicios "...podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial...".

Este mandato legal no se puede entender como, al parecer, lo comprende el censor, porque no es que en el primer inciso se consagre la libertad probatoria y en el segundo, una excepción, sino que esta norma debe ser concordada con la precedentemente analizada, en aquellos casos en los cuales el juez penal adquiere competencia extrapenal, para decidir asuntos ajenos a la naturaleza del proceso que maneja y en los cuales se debe someter a las exigencias legales indicadas en el otro ordenamiento.

El libelo presenta yerros técnicos evidentes, porque el censor no se preocupó por enumerar las normas presuntamente violadas, ni ligó las presuntas fallas probatorias con el caso del homicidio culposo y del agravante del mismo por la existencia de la embriaguez, de la misma manera que no hizo ningún esfuerzo por demostrar cuál había sido la incidencia del error en el fallo cuestionado.

En las condiciones precedentes y de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo penal se rechazará el cargo.

La segunda impugnación es igualmente por violación indirecta, por la existencia de un error de hecho, en el cual el actor manifiesta su inconformidad con el hecho de que se le hubiera dado el valor de plena

prueba al testimonio de la profesional médica que atendió al procesado y que habló de su estado de ebriedad.

El censor realiza una crítica testimonial sobre esta disposición por considerar que se equivoca al describir al sindicado y porque incurre en una serie de imprecisiones, pero en relación con este punto debe tenerse en cuenta que la declaración es rendida el 19 de septiembre de 1990, mientras que los hechos habían ocurrido varios meses atrás y concretamente el 5 de febrero del mismo.

Si en el primer caso cuestionó la validez legal de los hechos probados por considerar que se había hecho con prueba inidónea –la testimonial– y no con el examen de alcoholemia, en esta otra censura parece aceptar la validez de la prueba testimonial puesto que la critica en su contenido.

Es claro que el censor se adentra en lo que debe ser un error de derecho por falso juicio de convicción y no en uno de hecho como lo enuncia y en relación con el punto debe recordarse que al no existir tarifa legal respecto de los medios de convicción, el testimonio no es atacable en cuanto al grado de credibilidad que le hayan otorgado los juzgadores, como de manera reiterada e inmodificable lo ha sostenido esta Corporación.

En las condiciones anteriore y tal como lo solicita el Procurador Delegado debe rechazarse el cargo.

El representante del Ministerio Público plantea una casación oficiosa, que considera se da, cuando en segunda instancia a pesar de tratarse de apelante único se aumento la pena de multa.

Es cierto que la Constitución establece una serie de garantías en favor del ciudadano sometido a proceso y que al mismo tiempo con el principio de legalidad se impone una serie de limitaciones al ejercicio del poder punitivo del Estado, en cuanto a que sólo puede ser ejercido en relación a las conductas específicamente contempladas como prohibidas, que sólo puede imponer las penas legalmente previstas (algunas de

imposible imposición por expresa prohibición constitucional) y dentro de los límites mínimos y máximos para ellas previstas.

Se ha dicho con razón que no pueden darse normas contradictorias de carácter constitucional, y por lo mismo no puede existir jerarquía entre ellas, es decir que se diesen normas más importantes que las otras; es por ello que cuando se llegare a presentar un aparente conflicto de normas constitucionales, el aplicador de la ley debe interpretarlas de tal manera que les dé la justa y armoniosa apreciación que necesita el texto de la Carta Política para mantener su integridad ideológica y su unidad.

El texto constitucional se convierte así, por el principio de legalidad en una garantía para el ciudadano en cuando a que el legislador no podrá imponer penas de las que han sido excluidas por el texto constitucional y para los funcionarios judiciales que ejercen la represión la garantía al ciudadano que no se le podrán imponer penas por fuera de los límites temporales establecidos en la ley.

Es por ello que este principio y el de la *reformatio in pejus* deben ser conciliados en su interpretación, en el sentido de que los jueces jerárquicamente superiores se encuentran impedidos para agravar la pena impuesta en primera instancia, pero siempre y cuando ella se haya ajustado al principio constitucional de la legalidad, porque es obvio que los jueces dentro del principio también constitucional de la independencia, según el cual sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, al tasar las penas necesariamente debe cumplirse esta función dentro de los parámetros señalados por tal normatividad, es decir que teniendo en cuenta las diversas circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y es claro que bajo ninguna circunstancia se podrán deducir penas por debajo del mínimo legal o por encima del máximo legal.

Por ello, cuando el superior jerárquico advierte que se impuso una pena inexistente, se dedujo una de las prohibidas constitucionalmente, se dejó de aplicar la legalmente prevista, o se tasó por fuera de los límites previstos en la ley, se encuentra en la obligación constitucional de adecuar el fallo a la normatividad existente; deber que ha de cumplir el juez de segunda instancia y con mayor celo el de casación, por cuanto una de sus finalidades fundamentales es garantizar la legalidad del proceso.

No existe contradicción, ni puede darse entre los principios constitucionales que se estudian porque, está sobreentendido que la *reformatio in pejus* como imposibilidad de agravar la sanción impuesta en primera instancia cuando se trate de apelante único, tiene aplicabilidad siempre y cuando el fallo se ajuste a la realidad constitucional y legal; lo contrario nos llevaría a la inaudita conclusión de que la fuerza de la sentencia de primera instancia sería de tal naturaleza que quedaría por encima de la Constitución y de la ley, porque a pesar de imponer una pena desconociendo el mínimo legal, los superiores jerárquicos estarían imposibilitados para hacer los ajustes necesarios exigidos por el principio constitucional de la legalidad.

No comparte la Sala la afirmacióon de su Delegado en el sentido de que se desconoció el principio del debido proceso, precisamente porque el primer fundamento de éste es la legalidad de los delitos y de las penas y mal podría estimarse violatoria del principio, la decisión de un superior que corrige los yerros inconstitucionales e ilegales en que pudiera haber incurrido el funcionario de primera instancia.

Es importante hacer un breve comentario al art. 34 de la Ley 81 de 1993, reformatorio del art. 217 del C. de P.P. que establece la competencia del superior, al disponerse en la parte pertinente que: "Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta...".

Lo anterior porque la norma reformada decía "Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta...".

Es decir que el legislador le agregó "*en caso alguno*" y ello podría llegar a interpretarse por alguien que en ningún caso el superior puede agravar la pena impuesta por el inferior en caso de ser la defensa apelante único y es obvio que esta norma legal debe ser interpretada dentro de los parámetros constitucionales establecidos con anterioridad, ello quiere decir que si el inferior desconoce las precisiones constitucionales y legales en relación con las penas, el superior para hacer respetar el principio constitucional de legalidad y sin vulnerar el principio de la Carta Política de la *reformatio in pejus* podrá ajustar la pena a esos límites legales, no importa que para ello deba incrementar la pena impuesta por el inferior.

Lo anterior nos lleva a concluir que si la voluntad del legislador hubiese sido la de evitar la anterior posibilidad de incremento punitivo, por violar la sentencia de primera el principio de legalidad es claro que estaríamos en presencia de una norma inaplicable por clara inconstitucionalidad.

Ya en anteriores ocasiones la Sala ha tenido oportunidad de emitir pronunciamientos al respecto; así con ponencia del Dr. Dídimo Páez se dijo:

> *"El señor Procurador Delegado demanda la casación oficiosa del fallo del Tribunal en forma parcial, bajo la consideración de ser contrario a la prohibición de reforma que consagra el artículo 31 de la Constitución –no vigente cuando surgió a la vida jurídica el fallo impugnado– porque agravó la pena deducida por el juez de primera instancia en situación que, en su sentir, no era posible porque la apelación fue interpretada exclusivamente por el procesado.*
>
> *"Encuentra la Corte que no obstante existir objetivamente un incremento punitivo, el Tribunal en sentido estricto no agravó la pena impuesta por el Juzgado Superior* a-quo, *sino que ajustó la tasación punitiva a la normatividad aplicable según el fallo recurrido, en acatamiento al principio de la legalidad de la pena que forma parte principal de la garantía fundamental del debido proceso, consagrada en forma expresa y reiterativa en la Carta (arts. 29 y 230).*
>
> *"En efecto, la Juez 11 Superior de la Capital teniendo en cuenta que el delito por el cual hacía responsable al procesado era el de homicidio agravado con la circunstancia 1a. del artículo 324 del C.P. consciente del límite mínimo de la sanción prevista allí, con total desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 67* ibídem, *según el cual el mínimo de una sanción prevista en la ley sólo es aplicable cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación, sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 61 de la misma obra, optó por reducir, a partir de los 16 años de pena mínima para el delito, de un año de prisión por cada atenuante genérico que halló*

probado en el acusado. El Tribunal Superior de Cundinamarca, ante semejante dislate, se limitó a restablecer el orden jurídico señalando –que no agravando– la pena en los 16 años por ser la sanción mínima señalada en la ley, que como criterio vinculante en forma imperativa para dosificar la pena señala el artículo 61 C.P. con la expresión "Dentro de los límites señalados por la ley".

"La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorando por el Juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

"Cuando la Constitución en su artículo 230 consagra la independencia del Juez al disponer inequívocamente que 'Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley', no les da una independencia tal que los coloque por encima o al margen de la misma. Es evidente que el juez debe aplicar el mandato legal, por ser la expresión de la voluntad soberana del Estado, tal como objetivamente lo reconoce él en el caso concreto, y no según su discrecionalidad.

"Tratadistas connotados se han pronunciado en tal sentido, Manzini, por ejemplo, al comentar en su Tratado de Derecho Procesal Penal precisamente la 'reformatio in pejus', dice: 'Pero la prohibición de la reformatio in pejus tiene como presupuesto que la pena inflingida por el primer juez sea legal, mientras que, si no lo es (ejemplo: aplicación de la reclusión en medida inferior al mínimo consentido), no puede valer como término de comparación'. (Manzini, Vicenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal. T.V. Buenos Aires, 1954, Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, pág. 1439.

"Resulta claro entonces que el artículo 31 C.N. al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad. La pena cuya agravación se proscribe en esta disposición es la que resulta de una computación que consulte los principios elementales de graduación que suministra el legislador. La norma superior no puede indiscriminadamente cobijar todo evento de incrementación de pena cuando el apelante único sea el procesado, pues conservando el mismo rango de la que consagra la legalidad del delito y de la pena, principios universalmente reconocidos, ha de atemperarse para dejar a salvo tan esencial presupuesto de la justicia.

"Casar el fallo como lo sugiere la Delegada, sería colocar la casación, que es control de legalidad por excelencia, al servicio de una causa ilegal pues se reviviría el fallo de primera instancia que es objetivamente contrario a la ley reguladora del caso. Así pues, no se accederá a tal solicitud". (Casación 6304. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

En otra ocasión también se expresó:

"...si en el fallo del juzgado se había dado cumplimiento al principio de la legalidad del delito y de la pena, porque teniendo también este precepto arraigo en la Carta Constitucional (artículo 29), mal podría admitirse supeditado de algún modo a otro canon de ese mismo rango, si, como tradicionalmente lo sostuvo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, inexisten dentro de la Constitución Política disposiciones entre sí opuestas o contradictorias, exigiéndose en la interpretación de unas y otras armonía.

"Así, pues, si bien es cierto que la Corte de manera pacífica y reiterada ha dado aplicación inmediata al principio consagrado en el artículo 31 constitucional, regresando a la pena impuesta

en la primera instancia cuando descubre la presencia de incrementos a ella decretados por el tribunal *ad-quem* contra la iniciativa de los procesados que han actuado como apelantes exclusivos, invariablemente ha dejado también a salvo como principios superiores los de la legalidad y del debido proceso, pues lejos de hallarse estos instituidos en exclusiva guarda o favor del procesado, constituyen garantía de igualdad dentro de un Estado de Derecho, y a manera de columna vertebral el de legalidad se erige como amparo para el ciudadano de bien que da por cierto que no será perseguido ni penado por la comisión de hechos no descritos previamente en la ley como delitos, y para el transgresor en la certeza que sólo se le procesará de conformidad con la ley preexistente, ante el juez competente y con la plenitud de las garantías y derechos, y que de llegarse a la postre a su sanción, jamás se le afectará con una medida distinta de aquellas que en clase y duración ha fijado la ley de modo expreso y antelado.

Y en otro aparte del mismo proveído se advierte que:

"...si el Tribunal Superior de Cali se limitó al desatar el recurso de alzada interpuesto contra la sentencia de primera instancia, a rectificar esa discordancia entre la parte motiva y la resolutiva del fallo del juzgado, imponiendo al acusado 'la pena mínima legal prevista en el artículo 329 del Código Penal', mal puede interpretarse su actuación como una transgresión al artículo 31 constitucional o determinante de un incremento punitivo, pues ese error contenido en la resolutiva de la decisión del Juzgado, no podía generar para el recurrente derechos superiores al propio mandato constitucional de la legalidad del proceso y de la pena.

"Tampoco el incremento decretado en la segunda instancia respecto del quantum de los perjuicios morales materia de resarcimiento permite inferir la violación que del canon 31 de la Carta Política pretenda la censura. No huelga sobre este aspecto recordar, y como ya con reiteración lo ha venido sosteniendo esta Sala, que si el precepto superior invocado veda con exclusividad el incremento de la pena, mal puede extenderse

por simple interpretación su alcance al ámbito del restablecimiento del derecho, pues una y otra decisión tienen naturaleza bien distinta como apuntan a fines diferentes, orientada la pena como consecuencia del poder punitivo del Estado a cumplir objetivos de retribución, protección y resocialización directamente orientados hacia el delincuente, en tanto que con el resarcimiento del daño se pretende restablecer el equilibrio quebrantado con el hecho punible, apuntando hacia el reconocimiento y satisfacción de los derechos del ofendido o perjudicado, cuya tutela ha encomendado la ley a las autoridades". (Casación Nro. 6906. M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

En otra oportunidad más se pregonó que:

"Como lo ha dicho la Sala en varias oportunidades, la prohibición del artículo 31 de la Constitución, reproducida por el artículo 217 del estatuto procesal, no impide, cuando el sentenciador ha violado el principio de legalidad de la pena, norma también de rango máximo, que el superior proceda a hacer el ajuste que corresponde, así la corrección implique un incremento punitivo". (Segunda instancia Nro. 8092. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

De conformidad con el criterio que ha venido sosteniendo la Sala en diferentes decisiones, como las que se acaban de citar, la petición del Delegado resulta inadmisible e inaplicable.

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,

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / HABEAS CORPUS / LIBERTAD INMEDIATA POR CAPTURA ILEGAL

Así tenga visos de ilegalidad esas capturas (sin orden de autoridad competente), es obvio que no es la nulidad la llamada a encarar la misma. Nada al respecto se lograría anulando el proceso o parte de éste.

En cambio si pudo haber cabido el derecho de habeas corpus previsto de la siguiente manera en el artículo 454 del código precitado (C. de P.P.): "El habeas corpus es un derecho que procede en amparo de la libertad personal contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla". Los artículos siguientes trazan su procedencia y trámite.

También, frente al juez, operaba la "libertad inmediata por captura ilegal" consagrada en el artículo 409 *ibídem*.

Dejando pasar esos momentos procesales sin acudir a las mencionadas normas garantistas, la nulidad de ninguna manera puede corregir esa irregularidad.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 121.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 15 de julio de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó a los procesados ADRIANO CALCETERO ROJAS y GREGORIO VELASQUEZ PEREZ por los delitos de homicidio y hurto imputados en la resolución de acusación.

Antecedentes:

1. Juan Antonio Meneses Miranda, de 73 años de edad, y Consuelo Rojas Páez; de 33 años, vivían en la finca "Villa del Rosario", ubicada en el municipio cundinamarqués de Agua de Dios. El 17 de junio de 1991 fueron a dicho predio los hermanos Adriano y Santos Calcetero Rojas, sobrinos de Consuelo, en cuya presencia Meneses Miranda comentó que ese día Consuelo recibiría 3 millones de pesos, entendiendo los Calcetero que serían 13 millones.

Ese día Santos se quedó en una habitación de la finca en compañía de un individuo a quien llamaban "Juan", a donde regresó Adriano al día siguiente (18) en compañía de Gregorio Velásquez Pérez. Santos les abrió la puerta en cumplimiento de un plan que tenían para hurtarle los bienes a la pareja citada. Gregorio sujeto a Consuelo cogiéndola del cabello mientras Adriano le propinaba dos puñaladas que le causaron la muerte, escondiendo los delincuentes el cuerpo de la víctima debajo una de las camas. El día 19 Meneses Miranda avisó a la policía la desaparición de su "compañera permanente", cuyo cadáver posteriormente halló mientras barría el piso, en el mismo lugar donde lo habían escondido los autores del hecho, de lo cual informó inmediatamente a las autoridades.

Los referidos sujetos, que hurtaron además dinero y joyas, fueron vistos cuando se dirigían a la finca y al salir de la misma luego de consumados los hechos.

2. El 28 del citado mes fueron capturados Adriano Calcetero Rojas y Gregorio Velásquez Pérez en el parque principal del barrio Juan Rey de Girardot, quienes ante las autoridades de policía admitieron su participación en lo acontecido (fls. 15 y 127) tal como lo habían hecho cuatro días atrás, cuando pidieron alojamiento a Víctor Ruiz Olmos (fls. 16).

En sus indagatorias (fls. 31 y ss.-1), los aprehendidos se retractaron de su inicial confesión y negaron rotundamente ser los autores de los delitos en cuestión, sosteniendo incluso que se encontraban en municipio distinto de Agua de Dios.

Practicadas otras pruebas se decidió la detención preventiva de los implicados (fls. 57 y ss.-1), declarándose luego reo ausente a Santos Calcetero y dictándosele igualmente medida de aseguramiento (fls. 136 y ss.).

Gladys María Arias, vecina del lugar, sostuvo haber visto allí a los sindicados el día anterior a los hechos (fls. 80 y ss.-1) y los agentes de policía afirmaron que éstos al momento de su aprehensión aceptaron ser los autores de la delincuencia (fls. 127). También se recibieron varias declaraciones de parientes y conocidos de los detenidos (cuaderno 2), quienes corroborando lo expuesto por éstos en su indagatoria, manifestaron que los procesados se encontraban en sitio diverso al de los hechos.

3. Cerrada la investigación, se la calificó mediante auto de 22 de noviembre de 1991 (fls. 163 y ss.-1) con resolución acusatoria por los delitos de homicidio y hurto. El primero de ellos se consideró agravado por tres circunstancias: la indefensión de la víctima, el propósito de cometer el hurto y el parentesco, este último con respecto a los procesados Calcetero. Se expidieron copias para lo referente al mencionado "Juan".

El defensor de los procesados interpuso reposición contra dicho auto y subsidiariamente apelación. No se aceptó el recurso principal pero se concedió la alzada, y el Tribunal de Cundinamarca, mediante auto de 5 de mayo de 1992 (fls. 21 y ss.-3), al desatarla, confirmó el proveído impugnado, del cual eliminó la agravante del parentesco, por estimar que ésta no concurría (fls. 26-3).

El Juzgado Primero Superior de Girardot asumió la causa, practicó varias pruebas y ya como Juzgado Cuarto Penal del Circuito, por virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, inició audiencia pública el 6 de noviembre de 1992 (fls. 282 y ss.-1), y dictó sentencia el 26 de abril de 1993 (fls. 338 y ss.-1), por medio de la cual, en armonía con la acusación, condenó a los procesados Calcetero Rojas y Velásquez Pérez a la pena principal de 18 y 17 años de prisión, respectivamente, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones

públicas por el término de 10 años y al pago de perjuicios. Por muerte se declaró extinguida la acción penal en cuanto a Santos Calcetero Rojas.

Del fallo apelaron defensor y procesados, y el Tribunal, por medio del suyo que recurrió en casación el primero de ellos, confirmó la sentencia modificando las penas así: Calcetero fue condenado a 16 años y 7 meses de prisión, y Velásquez a 16 años y 6 meses. También hizo una variación respecto del monto de los perjuicios.

La demanda:

Cargo primero:

Dice el actor (que es defensor de los procesados desde la causa): "Acuso la sentencia recurrida por la causal primera de casación, cuerpo segundo, prevista en el artículo 220 del C. de P.P., por violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323, 324 y 349, en concordancia con el artículo 23 consagratoria de la autoría, todas normas del Código Penal, que condujeron al sentenciador a dejar de aplicar el precepto final del artículo 445 del C. de P.P. (Decreto 2700 de 1991), como consecuencia de errores de hecho manifiesto y evidentes generados en la defectuosa apreciación de algunas pruebas (falsos juicios de identidad), y, en falta de apreciación de otras (falsos juicios de existencia)..." –fls. 120-3–.

Dice que el fallador "no dio por demostrado estándolo":

–Que los procesados "no habían participado en el cruel e indolente hecho criminoso".

–Que los testimonios contentivos de los contraindicios "no fueron declarados falsos ni tachados de sospechosos".

–Que pese a existir duda razonable se profirió sentencia de condena.

Añade que dio por probado, no estándolo, "que se configuraban patentemente los indicios de presencia en el lugar de los hechos, indicio

de móvil delictivo e indicio de manifestaciones posteriores a los sucesos" (fls. 121-3).

Como "pruebas no apreciadas" señala "el conjunto de contraindicios que desvirtuaban los indicios de presencia en el lugar de los hechos, manifestaciones posteriores al delito y móvil para delinquir" (fl. cit.).

Tilda de "defectuosamente apreciados" los indicios, 17 testimonios (individualizando cada declarante), "las declaraciones no juradas" de los procesados y "el protocolo de necropsia y el acta de levantamiento del cadáver", agregando que el testimonio de la vecina Gladys María Arias no es prueba de la presencia de los procesados en el lugar de los hechos "por cuanto el sentenciador amplía los alcances en los aspectos desfavorables para los procesados y los recorta en lo favorable..." (fls. 123-3), y dice que esta declarante manifiesta que los procesados Calceteros llevaban trabajando en la finca de su tía 15 días, pero que Juan Meneses "expone que los sobrinos habían laborado en la finca, pero de ninguna forma que llevaban trabajando 15 días".

Indica que con relación a Juan Meneses el fallador incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, ya que de su declaración "no se puede establecer la presencia en su finca para el día de los hechos de los procesados Adriano Calcetero y Gregorio Velásquez. Naturalmente si consciente (*sic*) y permite establecer irrefragablemente la presencia de otro sindicado, que luego fue cobijado por la cesación de procedimiento, Santos Calcetero. Amplía el fallo el alcance de esta declaración, en perjuicio de los procesados recurrentes, para construir la presencia en la escena y, de contera, validar su condena. La afirmación de que probablemente el tipo que se encontraba en el potrero junto al ganado podría ser Gregorio Velásquez, no constituye hecho corroborativo ni concluyente, pues nunca lo reconoció en fila de presos, nunca lo ha visto, como él mismo lo asevera y su afirmación parte de una suposición" (fls. 123-3).

Anota que tampoco se puede dar credibilidad a los trabajadores Arturo Mellizo y Carlos Julio Sastoque, pues éstos en sus declaraciones no dijeron haber visto a los procesados en la escena de los hechos, sino solamente a "Santos y Juan N." (fls. 124-3 supra), razón por la cual aquí también

incurre el sentenciador en "un falso juicio de identidad, por cuanto amplía el alcance de esa dos versiones, yerros fácticos con incidencia directa en la conclusión del litigio ocntra los procesados" (fls. cit.); tergiversación que igualmente le enrostra al fallador en torno a la indagatoria de Calcetero y a los testimonios de Meneses Miranda y Víctor Ruiz Olmos.

Acerca de Adriano Calcetero dice que no tenía necesidad de dinero y que por lo mismo de él no cabe predicar el móvil delictivo, como lo hizo el Tribunal, aparte de que nunca se probó si los sobrinos Calcetero oyeron cuando Meneses Miranda comentó que su tía iba a recibir millones de pesos, además de que existe diferencia en cuanto al monto de dicha suma de dinero.

En cuanto al indicio de manifestaciones posteriores a la delincuencia considera que el fallador "amplía los alcances" de las iniciales manifestaciones dadas por el procesado Adriano Calcetero "y omite las manifestaciones del mismo Adriano en la diligencia de indagatoria" (fls. cit. infra).

El casacionista teoriza sobre el indicio como prueba y dice que "hubo en desfase epistemológico, es decir, del razonamiento indiciario, por abierta infracción al principio de causalidad, que en esencia más bien, nos pone en este evento, ante una negación de la relación de causalidad, fallando entonces, el sentenciador en su juicio de adecuación o de identidad" (fls. 126-3).

Dice que el testimonio de Víctor Ruiz Olmos es "de oídas porque uno de los procesados se lo comentó".

Reitera que las "fuentes indiciarias" no se encuentran plenamente probadas, y como contraindicios señala que según las declaraciones que obran en el expediente "para el 18 de junio de 1991 y en general durante todo ese mes los procesados detenidos vivían y laboraban en Bogotá, D.C." (fls. 126-3). Luego de su apreciación personal de lo que dichos testigos dijeron (y que se encuentra en el cuaderno 2 del expediente), estima que éstos descartan la autoría de los procesados por lo cual considera que también en este caso "se ampliaron los alcances" de esos testimonios. Sostiene que "frente a los indicios de cargo se yergue un

cúmulo de pruebas no desvirtuadas, asistidas de presunción de legalidad y no tachadas de falsas, generantes de duda razonable, que sólo pueden resolverse a favor de la parte recurrente imputada en el fallo atacado" (fls. 128-3).

Pide entonces que se case el fallo y se absuelva a los procesados.

Cargo segundo:

Afirma que hay nulidad de acuerdo al artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal, ya que se violaron el derecho de defensa y el debido proceso.

Considera al respecto que la caputra de los procesados "fue manifiestamente ilegal, a más de que no existe prueba que demuestre que se les reconocieron los derechos a los procesados. La entidad de la falta no puede ser óbice jamás de la burla de las garantías fundamentales y constitucionales, porque hace del Estado de Derecho una falacia" (fls. 130-3). A continuación agrega: "Es protuberante que no se había abierto la investigación, no se contaba con mandamiento escrito y los presuntos implicados no estaban bajo la figura jurídica de la flagrancia. Tampoco correspondía la situación a una de las denominadas figuras de 'captura públicamente requerida'" (fls. 130-3).

Anota que tal cosa comporta un "manifiesto error de derecho" y solicita que se decrete la nulidad del proceso y la Corte "declare en qué estado queda el mismo" (fls. 131-3).

Concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Sala:

Cargo segundo:

1. Acertadamente el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal examina primero el cargo de nulidad (que el actor aduce en segundo orden), ya que si éste prospera, por sustracción de materia no cabría estudiar el primer ataque.

Así, dice la Delegada, el debido proceso "no puede entenderse tan ampliamente como todo aquel cúmulo de garantías previstas en la Constitución Política, tendientes a la preservación de todos los derechos consagrados en ella, sino como el conjunto de principios, derechos y garantías fundamentales que están consagradas en la Carta como de forzosa observancia en las particulares actuaciones procesales de las autoridades, interpretando este conjunto con los demás mandatos de la misma Constitución" (fls. 7 cuaderno de la Corte). Anota que "una adecuada interpretación de los preceptos constitucionales frente al caso que se estudia, impone armonizar el contenido del citado artículo 28 con el mandato del artículo 30 de la misma Constitución Política, que establece la garantía del habeas corpus para quien creyere estar privado de la libertad ilegalmente y con el Código de Procedimiento Penal que ante otras eventualidades en las que se pueda afectar el derecho consagrado constitucionalmente, al lado de la regulación procesal de *habeas corpus*, legisla sobre las situaciones de captura ilegal (art. 409 del Decreto 050 de 1987, aplicable al caso controvertido), norma ésta que es una garantía más para el sometido a proceso, quien deberá obtener su libertad en forma inmediata siempre que haya sido afectada en ella de manera ilegal" (fls. 17 y 18).

Luego indica la Delegada que, así, "como el derecho fundamental violado es el de la libertad personal, su restablecimiento no se logra con la anulación de lo actuado sino con la inmediata puesta en libertad de quien fue ilegalmente privado de ella y a tal consecuencia apunta el amparo del *habeas corpus* y la norma 409 del Código de Procedimiento Penal" (fls. 18). Agrega a renglón seguido:

> "En tanto que las normas que fijan los marcos posibles de acción del imputado, la regulación del *habeas corpus* le permite acudir ante cualquier autoridad judicial para que ésta, previo análisis de la cuestión, decida a la brevedad posible sobre la legalidad de la medida, y la norma sobre captura ilegal le permite acudir ante el mismo funcionario para que éste restablezca el derecho afectado sin necesidad de procedimiento previo".

Precisa luego que en el presente caso "las autoridades de Policía Nacional (actuando también como Policía Judicial) adelantaron alguna

investigación que no está detalladamente descrita en los informes que posteriormente se rindieran, y a partir de ella obtuvieron la aprehensión de los presuntos responsables del delito el día 28 de junio de 1992, a quienes pusieron a disposición de la autoridad judicial competente al día siguiente" (fls. 19 infra y 20).

Señala que hasta el día 2 de julio de 1991 –fecha en la cual el Juzgado avocó conocimiento del caso, dispuso las indagatorias de los aprehendidos y libró las correspondientes boletas de encarcelación– "los señores Calcetero y Velásquez Pérez se hallaban ilegalmente capturados y por tal motivo habían podido interponer al amparo del *habeas corpus* o solicitar al Juzgado 57 de Instrucción Criminal, cuando fueron puestos a su disposición, que ordenara su libertad con fundamento en el artículo 409 del Decreto 050 de 1987. No lo hicieron así ni el Juez procedió como estaba ordenado en la ley, de manera que permaneció el estado de captura con violación de las garantías constitucionales y legales, lo que implica que la Corte, si tiene a bien hacerlo, deberá disponer lo conducente para que a través de los cauces legales, se establezca la posible responsabilidad penal o disciplinaria de los agentes de la policía nacional que aprehendieron a los inculpados y del Juez 57 de Instrucción Criminal que no obró de conformidad con las normas procesales por entonces en vigencia" (fls. 20).

Concluye la Delegada: "La ilegal privación de la libertad, como se dijo, no afecta la validez del proceso en tanto que las diligencias practicadas dentro de él se ciñeron a las formalidades legalmente previstas, pues en las indagatorias que permitieron la vinculación procesal de los inculpados se respetaron los derechos de los sometidos a ellas, quienes estuvieron asistidos de un defensor, fueron interrogados de conformidad con los cargos que efectivamente aparecían en su contra y se resolvió su situación jurídica con sujeción a los requerimientos sustanciales y formales de la medida" (fls. 21).

En su sentir, pues el cargo no debe prosperar.

2. Una primera cosa: la Delegada se equivoca al apoyarse en disposiciones de la nueva Constitución Nacional, ya que ésta empezó a

regir el 7 de julio de 1991, o sea después de la captura de los procesados, que tuvo lugar el 28 de junio de dicho año.

Entonces la Carta Política vigente para esa fecha era la de 1886, cuyo artículo 23 decía: "Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competetente, con las formalidades legales y por motivos previamente definido en las leyes".

Y el artículo 24 *ibídem* disponía: "El delincuente cogido *in flagranti* podrá ser aprehendido y llevado ante el Juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren, y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él para el acto de la aprehensión; y si se cogiere a domicilio ajeno, deberá proceder requerimiento al dueño o morador".

En desarrollo de dichos postulados, decía el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), que estaba vigente para la época que aquí interesa: "Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura".

A su turno el artículo 394 *ibídem* indicaba: "Captura en flagrancia. Quien sea sorprendido en flagrancia será capturado por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial o por cualquier otra autoridad o persona y conducido en el acto, o a más tardar en el término de la distancia, ante el Juez competente para iniciar la investigación, a quien deberá rendir informe sobre las causas de la captura. De este informe se dejará constancia en un acta que suscribirán el Juez y quien haya realizado la captura".

En el presente caso resulta claro que no se dio flagrancia ni captura públicamente requerida, de donde, en principio, los procesados Velásquez Pérez y Calcetero Rojas no podían ser aprehendidos por la policía de la

forma como lo fueron, es decir, sin mandamiento de autoridad competente.

Cuando fueron capturados, habían transcurrido 10 días de cometida la delincuencia, y los referidos procesados no revelaban fundadamente haber participado en dichos delitos de homicidio y hurto.

Sin embargo, así tengan visos de ilegalidad esas capturas, también es obvio que no es la nulidad la llamada a encarar la misma. Nada al respecto se lograría anulando el proceso o parte de éste. El casacionista no cumple con la obligación de señalar desde qué parte en su sentir el proceso es nulo. Tampoco menciona la incidencia de esta irregularidad en el fallo impugnado.

En cambio sí pudo haber cabido el derecho de *habeas corpus* previsto de la siguiente manera en el artículo 454 del Código precitado: "El *habeas corpus* es un derecho que procede en amparo de la libertad personal contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla". Los artículos siguientes trazan su procedencia y trámite.

También, frente al Juez, operaba la "libertad inmediata por captura ilegal" consagrada en el artículo 409 *ibídem*.

Pero se dejaron pasar esos momentos procesales sin acudir a las mencionadas normas garantistas, y la nulidad invocada de ninguna manera puede corregir esta irregularidad.

Sobre este aspecto que se trata dijo el sentenciador de primer grado:

> "Ahora bien, le asiste razón al señor defensor al sostener que cuando fueron capturados Adriano Calcetero Rojas y Gregorio Velásquez Pérez, no coexistía la situación de flagrancia y por lo tanto era imperiosa la orden judicial para capturarlos, produciéndose una captura ilegal; sin embargo, la solución a un estado de naturaleza no es por la vía de la nulidad o de la ineficacia de los actos procesales, sino por la senda del *habeas corpus* o la libertad inmediata por captura ilegal, medio al cual no se recurrió por la parte defendida y que a esas alturas aquellas

actuaciones están convalidadas, por no haberse reclamado oportunamente" (fls. 341-1).

No existiendo, pues la nulidad aducida, el cargo no prospera, pero de cara a la comentada captura ilegal se expedirán las copias respectivas con destino a la Procuraduría.

Cargo primero:

1. Dice en primer lugar la Delegada que a las declaraciones referidas en la demanda como mal apreciadas "se aunó el examen de la declaración rendida por el señor Víctor Olmos Ruiz, eje fundamental del estudio que sobre el punto realizó el juzgado de primera instancia" (fls. 22 cuaderno Corte). Lo que sucede es, agrega, que "el demandante, buscando prosperidad en su ataque, fraccionó consideraciones del sentenciador dejando de lado muy importantes elementos de juicio que, integrados, revelan la inexistencia del error de hecho enunciado" (fls. cit.).

En cuanto al indicio de móvil para delinquir opina que el censor "se limitó a esgrimir algunos argumentos relativos a la forma como él hubiera interpretado condiciones particulares de uno de los procesados para arribar a conclusiones diversas a las del juzgador, con lo que evidencia la proposición de un falso juicio de convicción, que no solamente resulta indemostrado, sino que no es de recibo en esta sede extraordinaria".

Con relación al indicio de manifestaciones posteriores a la delincuencia estima que "fue también indebidamente atacado, en la medida en que el censor pretende destruirlo a partir de razonamientos que no acreditan en modo alguno la tergiversación de las pruebas base de la inferencia, ni demuestre error en la conclusión que de ella derivó el juzgador..." (fls. 22 infra y-23).

Concluye así la Delegada:

"Finalmente, puédese anotar que, cuando el casacionista se ocupa de los 'contraindicios' que obran a favor de sus defendidos,

en realidad se alza contra la valoración que los sentenciadores de instancia dieron a las declaraciones rendidas por los parientes de los encausados, sin poner de presente en modo alguno en qué medida sus contenidos fueron tergiversados por el Juzgador.

"Más adelante alude a los testimonios de los policiales, pero entonces reclama porque éstos no fueron estimados como pruebas dignas de poca credibilidad atendida su condición de ser versiones de oídas (según lo dice), lo que en su entender debe restarles mérito de convicción.

"Esos dos argumentos, como se ve, abandonan el marco del error de hecho inicialmente planteado por el libelista y constituyen simplemente criterios valorativos de la prueba que no pueden esgrimirse válidamente en casación, como tantas veces se ha dicho por la jurisprudencia" (fls. 23).

De esta manera, conceptúa que no se debe casar el fallo.

2. Repasando este cargo de violación indirecta de la ley, aprecia la Sala que el mismo se erige fundamentalmente y de manera reiterartiva en los reparos referentes a que el sentenciador "dio por demostrado (el respectivo indicio) no estándolo" y "amplió el alcance" de unas pruebas.

Empero, tanto una como otra protesta se quedan en el simple enunciado, ya que por parte alguna el casacionista siquiera dice en qué consistió el correspondiente error. Por ejemplo, cuando afirma como error de existencia el no haber tenido en cuenta los "contraindicios", aparte de que es una afirmación general y abstracta, lo que se puede inferir es que no está de acuerdo con la valoración que de las declaraciones de parientes y conocidos de los procesados hizo al fallador. Dijo éste el respecto (fls. 81 infra y 82-3): "En relación con el valor probatorio dado por el *a quo* a las declaraciones de los parientes conocidos de los procesados Calcetero y Velásquez, criticado por el censor, estima la colegiatura que, en efecto, dichas versiones, a la luz de la crítica del testimonio, se tornan inconsistentes, confusas y vacilantes y son desmentidas en un todo por las declaraciones de Gladys Arias (81), quien afirma haber visto a los

hermanos Calcetero en compañía de otros dos individuos desconocidos en Agua de Dios, el día anterior a la muerte de Consuelo. Juan Antonio Meneses (17 y 48) dice que Santos llegó con un amigo de nombre Juan y permaneció durante la noche y el día de la muerte de su compañera permanente, corroborado por los obreros que laboraron ese día en predios de Meneses y para la madre y hermanos de Calcetero (fls. 51 cd. 2, 55-70 *ibídem*) y para los parientes de Velásquez (78-85 cd. 2), éstos se encontraban en sus respectivas casas el día 16 hasta el 20 de junio y no salieron. Pero profundizando en el interrogatorio, se entra en la confusión por parte de los testigos, todos ellos con el claro y entendible ánimo de favorecer a los implicados en este asunto, resultando así las pruebas de cargo mas responsivas y contundentes. El mismo Rito Rojas Páez (fls. 83) preguntó a su hermana Exclavación el día del entierro de Consuelo la razón por la cual si Santos estuvo en casa de la occisa no comentó lo ocurrido a su llegada a Bogotá, sino que precisamente se enteraron por la llamada de Juan Meneses. Albeiro Calcetero aceptó haberse enterado el día del entierro de su tía Consuelo que su hemano Santos había estado en la finca de ella por esos días (63), pero como vemos Exclavación Rojas no hace mención a este hecho y caprichosamente ubica a su hijo en su casa, como también lo hicieron los demás deponentes".

Ahora bien: el mismo 29 de junio siguiente a la captura de los procesados, Víctor Olmos Ruiz declaró en la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá que los cuatro implicados llegaron adonde él se encontraba, en esta ciudad, para solicitarle alojamiento, contándole que se encontraban en "un problema familiar" ya que, según le dijo Adriano, habían matado la tía que vivía en Agua de Dios (fls. 16).

Los agentes que participaron en la aprehensión de los procesados, Segundo Rojas Parrado y León Lizarazo, dijeron que "una vez entraron en confianza" los procesados "nos comentaron que iban por la suma de trece millones de pesos producto de la venta de una casa de propiedad del esposo de la finada, pero que se habían equivocado ya que el señor Juan, esposo de la hoy occisa, en una visita que habían hecho a la finca les había comentado a Santos y Adriano de la plata que iba a recibir por la venta de la casa, pero que ellos habían llegado muy rápido y no encontraron ninguna plata sino sólo como ciento cuarenta y siete

mil pesos que ellos tenían encaletados, lo mismo que unas joyas, un reloj y no recuerdo de más y le preguntamos qué actitud habían tomado los esposos cuando notaron la presencia de ellos y manifestaron que habían llegado de día pero esperaron dos afuera y dos en la casa, cuando tuvieron el papayaso proceder a matarla y cumplir su cometido, pero que se habían escondido dos de ellos fuera de la casa y dos dentro de la casa y cuando Juan se había ido para el pueblo se encondieron uno detrás de la puerta de la casa y el otro en una pieza y que Gregorio como era el que estaba escondido detrás de la puerta, entonces la señora le había preguntado con una sonrisa quién estaba detrás de la puerta y procedió con el pie a empujar la puerta entonces Gregorio salió la cogió del pelo y con la mano la cogió del pelo y con la otra le tapó la boca y que Adriano le había pegado dos puñaladas y la había matado".

Ninguna argumentación hace el casacionista con miras a rebatir seriamente esas pruebas de cargo, de por sí contundentes y por tanto de recibo. Se limita, como antes se dijo a disentir de forma general de la credibilidad que el sentenciador les otorgó a las mismas, desplazándose, como observa la Delegada, a un falso juicio de convicción, error de derecho que no alegó y que en principio no es de recibo al quedar eliminado hace ya bastante tiempo el sistema de la prueba tasada o tarifa legal.

En fin, se aprecia claro que el cargo no prospera y que por ello la sentencia no sufrirá ninguna modificación.

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, expídanse las copias indicadas en la parte considerativa.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS / JUEZ DEL CIRCUITO / COLISION DE COMPETENCIA

En esta materia (porte ilegal de armas) el conocimiento del Juez del Circuito está restringido al "simple porte de armas de fuego de defensa personal", según se desprende de los distintos preceptos que en forma sucesiva han establecido la competencia de los ahora denominados jueces regionales, es decir los Decretos 2790 de 1990 (artículo 9o.), 99 de 1991, 2700 de 1991 (art. 71-4) y la Ley 81 de 1993 (art. 9o.) que modificó el anterior precisando que ese conocimiento comprendería:

"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...".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 121.

Vistos:

De plano dirime la Sala el conflicto negativo de competencia que enfrenta a un Juzgado Regional de Medellín con el Juzgado Penal del Circuito de Apartadó, respecto del conocimiento del proceso adelantado contra ARNULFO GRAJALES VALLEJO por infracción al Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente mediante Decreto 2266 de 1991.

Antecedentes:

Con base en información sobre la venta de municiones en el establecimiento comercial "Purina" de ARNULFO GRAJALES VALLEJO,

localizado en el perímetro urbano del municipio de Chigorodó, el 7 de mayo de 1993 agentes de la policía presenciaron la venta de dos cartuchos calibre 22 al informante Eladio Agualimpia Mena y, previa orden judicial, registraron el almacén y su casa de habitación e incautaron: 47 cartuchos calibre 38 largo, 12 cartuchos calibre 9 m.m., 2 cartuchos calibre 22, un revólver hechizo calibre 38, dos uniformes (uno camuflado y otro de paño), una gorra y una camisa de la fuerza pública.

El Fiscal Regional radicado en Apartadó ordenó la apertura de investigación penal y posteriormente la Fiscalía Regional de Medellín asumió el conocimiento del asunto, profiriendo mediante decisión del 3 de febrero de 1994 resolución de acusación en contra de Grajales Vallejo por concurso de hechos punibles consistente en:

> "violación al art. 1o. del Decreto 3664 de 1986, consistente el cargo en haber vendido munición empleada para armas de defensa personal y transgreción de la misma normatividad en su artículo 2o., al saberse que conservaba municiones de uso privativo de las fuerzas militares, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar ya descritas".

Correspondió iniciar la fase de juzgamiento a uno de los Juzgados Regionales de Medellín que después de ordenar la apertura del proceso a pruebas resolvió remitir el expediente al reparto de los Jueces Penales del Cirucito de dicha ciudad por competencia, tras considerar que de acuerdo con las previsiones del artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, las municiones incautadas no eran de guerra, pues su calibre no superaba los 9.652 m.m., quedando por lo tanto catalogadas como de defensa personal. En cuanto a las prendas del ejército ordenó la expedición de copias para investigación por separado, en vista del mutismo de la resolución acusatoria a ese respecto.

Pero, como los hechos no ocurrieron en la jurisdicción de los Circuitos de Medellín, el asunto fue devuelto al despacho de origen y de allí al Juzgado Penal del Circuito de Apartadó, que asumió su conocimiento el 19 de julio último. Sin embargo, dos días después el Despacho resolvió manifestar su incompetencia y proponer a los

Juzgados Regionales de Medellín colisión negativa por cuanto: la experticia técnica demuestra que doce de los cartuchos 9 m.m. examinados son de los utilizados para pistolas y *subametralladoras* (texto subrayado en el original); elementos éstos que según el concepto precalificatorio del Ministerio Público son de uso privativo de las fuerzas militares. Además, porque de conformidad con los literales d y j del artículo 8o. del Decreto 2535 de 1993, las armas automáticas sin importar el calibre, son de uso privativo de la fuerza pública lo mismo que las correspondientes municiones.

Opuesto a las razones anteriores, el Juzgado Regional motivó las suyas en los siguientes términos:

> "La munición 9 milímetros, *por su calibre* es de defensa personal ya que comúnmente es disparada en pistola calibre 9 mm. (lo que está permitido como defensa personal según el artículo 11 del Decreto 2335/93), además tal munición al momento de los hechos no estaba destinada a arma de fuego de uso privativo; y *por uso* es también de defensa personal por no haberse encontrado en una arma de guerra al momento de los hechos".

Consecuente con su criterio, se declaró renuente a aceptar la competencia y ordenó la remisión del expediente a la Corte para resolver la colisión negativa de competencias.

Consideraciones de la Corte:

En medio de la discrepancia sobre la clasificación de doce de los cartuchos incautados, pasó inadvertido para los Despachos enfrentados el contenido de la resolución acusatoria que siendo ley del proceso fija el marco de referencia para el juzgamiento de las conductas reprochadas con exclusión de aquellas que no estén expresamente relacionadas. En este caso, mediante proveído del 3 de febrero de 1994 la Fiscalía Regional le hizo cargos al procesado Arnulfo Grajales Vallejo únicamente por "haber vendido" municiones empleadas para armas de defensa personal (dos cartuchos calibre 22) y "conservar" otras de uso privativo de las

fuerzas militares, según lo expresado en el siguiente aparte de los considerandos que corresponde perfectamente a la parte resolutiva ya conocida:

> "Así las cosas, resulta indudable el compromiso penal de quien ahora figura procesado. En su comportamiento, resulta fácil destacar que los tres elementos integrantes del hecho punible hallan suficiente eco, pues de un lado, con relación a lo típico de la conducta, observemos que la norma legal, Decreto 3664 de 1986, penaliza a quien venda municiones empleadas en las armas para la defensa personal y conserve aquéllas de uso privativo de las FUERZAS MILITARES, como realmente aconteció con los 12 cartuchos calibre 9 m.m., ya que pueden ser utilizados en subametralladoras. Y la venta, exclusiva del EJERCITO, también resulta punible".

Luego, la resolución no solamente ignoró lo relacionado con las prendas de uso privativo incautadas, sino que excluyó de la adecuación típica el revólver de confección artesanal y los cartuchos calibre 38.

Frente a los únicos reproches penalmente relevantes asoma nítida la competencia del Juez Regional, si se tiene en cuenta que en esta materia el conocimiento del Juez del Circuito está restringido al *"simple porte de armas de fuego de defensa personal"*, según se desprende de los distintos preceptos que en forma sucesiva han establecido la competencia de los ahora denominados jueces regionales, es decir los Decreto 2790 de 1990 (artículo 9o.), 99 de 1991, 2700 de 1991 (artículo 71-4) y la Ley 81 de 1993 (artículo 9o.) que modificó el anterior precisando que ese conocimiento comprendería:

> "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...".

Por tanto, como en este caso no existe acusación alguna relacionada con la única conducta legalmente marginada de la competencia de los jueces regionales, corresponde a esa especialidad asumir el conocimiento

de este proceso, teniendo en cuenta que la discusión sobre la naturaleza de los cartuchos 9 m.m. será trascendental para la graduación de la pena, pero no para delimitar una competencia que según la ley se asigna por la conducta alternativa seleccionada en la acusación y no por el carácter restrictivo o no de la munición, quedando en claro que el reproche concretó la venta de cartuchos calibre 22 admitidos para armas de defensa personal.

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

Resuelve:

Primero. Declarar que por competencia corresponde al Juzgado Regional de Medellín conocer de este prceso, que con tal finalidad le será remitido en forma inmediata.

Segundo. Dése noticia de esta decisión al Juez Penal del Circuito de Apartadó.

Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojàs, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

El recurso excepcional de casación para su admisibilidad debe reunir los requisitos formales y sustanciales que la misma ley ha establecido y sin los cuales, la Corte deberá rechazarlo, pues es claro que por tratarse de una impugnación extraordinaria está sometida a los principios que la rigen.

Una de las exigencias formales es que el ataque se dirija contra sentencia de segunda instancia, en general, impugnación que ha de intentarse dentro de los quince días siguientes a la última notificación y por los sujetos procesales legitimados para su tacha, entre los que se encuentran el Procurador General de la Nación, su Delegado y el Defensor del procesado.

La casación *per saltum* no forma parte de la legislación procesal penal, habida cuenta que este instituto es propio de la civil, que también para su procedencia requiere del pleno cumplimiento de requisitos formales como es que la sentencia la haya proferido un Juzgado Civil del Circuito y en las partes exista el común acuerdo de prescindir de la apelación.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 121 de 26 de octubre de 1994.

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre la petición elevada por el señor apoderado de la parte civil, para que, con base en el inciso 3o. del artículo 218 del C. de P.P., se le conceda el recurso excepcional de casación "*per-saltum*" contra la sentencia proferida por el Juzgado 55 Penal Municipal de esta

ciudad capital, de fecha 22 de julio de 1994, en la que se condenó a LUIS HUMBERTO AGUILAR LAGON a la pena principal de cuatro (4) meses y veinticuatro (24) días de prisión como autor del delito de lesiones personales culposas.

Antecedentes:

Los hechos los relató el Juzgado 55 Penal Municipal en los siguientes términos:

El día 2 de abril de 1992, siendo aproximadamente las cinco y quince de la mañana (5 y 15 a.m.), cuando se desplazaba el señor Luis Humberto Aguilar Malagón en el vehículo automotor de servicio público con placas SFH-915, por la carrera 10a. con calle 2a. sur de esta ciudad capital, arrolló a la transeúnte Martha Lorena Gómez Duque, ocasionándole varias heridas en el cuerpo lo que le ameritó una incapacidad definitiva de noventa (90) días, por una deformidad física de carácter permanente.

Con base en el informe que rindió la Unidad Especializada de Tránsito de la SIJIN, el Juzgado 55 Penal Municipal de Santafé de Bogotá declaró abierta la investigación con auto del 3 de abril de 1992.

Indagado el procesado y allegadas otras pruebas, el Juzgado le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de caución prendaria como responsable del delito de lesiones personales culposas, decisión que lleva fecha del día 23 de septiembre del mismo año.

Perfeccionada al máximo la investigación se declaró formalmente cerrada con auto del 4 de febrero de 1993 y el 10 de marzo siguiente, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el procesado por el delito de lesiones personales culposas.

Ejecutoriado el pliego acusatorio, se aceptó la demanda de constitución de parte civil con proveído del día 3 de agosto de 1993.

Después de varias contingencias, se celebró la audiencia de juzgamiento y al término de ella, se profirió la sentencia de primera instancia en la que se condenó al procesado, Luis Humberto Aguilar

Malagón, a la pena principal de 4 meses y 24 días de prisión y a las accesorias de rigor como autor responsable del delito de lesiones personales culposas.

Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte civil interpuso el recurso de casación "*PER-SALTUM*, ...de conformidad con el art. 241 de la C.N. en concordancia con el inciso 3o. del art. 218 del C. de P.P...".

El Juzgado de primera instancia con auto del día 8 de agosto de 1994, el Juez 55 Penal Municipal denegó el recurso interpuesto, lo que motivó al impugnane para recurrir de hecho.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de hecho con la declaratoria de nulidad del auto que negó el recurso extraordinario y dispuso la remisión del expediente a esta Corporación, para que la Sala se pronuncie sobre la admisibilidad del recurso excepcional de casación interpuesto.

La impugnación:

Varios escritos presentó el impugnante con el fin de que la Corte case el fallo proferido por el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Penal Municipal, los cuales se pueden sintetizar así:

En el primer escrito aduce que en repetidas ocasiones la jurisprudencia de la Corte ha reiterado que la violación de normas sustanciales acarrea la nulidad de los procesos. Es así que el Código de Procedimiento Penal establece como una causal de nulidad, cuando la sentencia se haya dictado en un proceso viciado de nulidad.

Asegura que como representante de la parte civil sus derechos se conculcaron por cuanto que la acción civil también va dirigida contra las personas más cercanas a la lesionada, "y ésta no puede ser otra diferente a su compañero padre de sus tres (3) niños y a quien en este proceso se le sancionó en una acción administativa que considero abuso de autoridad".

Luego de citar los artículos 228, 230 y 241 de la Constitución Nacional y el 1614 y 2347 del Código Civil y confrontarlos con los hechos del proceso, le solicita al Magistrado Sustanciador de esta Corporación casar la sentencia para que se ordene reabrir el proceso teniendo en cuenta la calidad de los daños y la cuantía de los derechos.

En otro escrito solicita a la Sala que decrete la nulidad del proceso, toda vez que el Juzgado Penal Municipal no era el competente para conocer de las diligencias, por cuanto existe constancias en el proceso que su mandante "perdió funcionalmente el miembro inferior", sufrió fractura del fémur y luxación en la clavícula, lo que resulta claro que el conocimiento recae en el Juzgado Penal del Circuito.

En el tercer escrito reconoce que los recursos deben interponerse de manera gradual, es decir, "de: Municipal a Circuito; de Circuito, a Tribunal; del Honorable Tribunal, a la Corte. Y en forma extraordinaria a: Circuito a la Honorable Corte Suprema de Justicia". Sin embargo esa costumbre no debe prevalecer ante la ley.

Sostiene que al interponer el recurso extraordinario de casación "desde un Juzgado Municipal hacia la mismísima Corte Suprema de Justicia", lo hizo con apego a los mandatos legales.

Como quiera que el recurso de casación procede cuando la sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial, recuerda que el proceso está viciado de nulidad al vulnerarse el debido proceso conforme lo ha expueto en sus escritos anteriormente citados.

En los acápites que denominó "DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE", "DOLOR SUBJETIVO O *PRETIUM DOLORIS*", "PERJUICIO MATERIAL", "CONDENA Y SENTENCIA" y "CONDENA Y LA LEY" le reitera a la Sala sus planteamientos en torno a la nulidad que a su juicio socava la estructura del proceso.

Consideraciones de la Corte:

El recurso excepcional de casación para su admisibilidad debe reunir requisitos formales y sustanciales que la misma ley ha establecido y sin los cuales, la Corte deberá rechazarlo, pues es claro que por tratarse de una impugnación extraordinaria está sometida a los principios que la rigen.

Una de las exigencias formales es que el ataque se dirija contra sentencia de segunda instancia, en general, impugnación que ha de intentarse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación y por los sujetos procesales legitimados para su tacha, entre los que se encuentran el Procurador General de la Nación, su Delegado y el Defensor del procesado.

En lo que se refiere a las sustanciales, la Corte ha dicho que:

> "...teniendo en cuenta la excepcionalidad de esta nueva vía de controversia, así como sus motivos específicos '...y su integración en frente a los fines, que señala para esta sede el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal...', se hace necesario, también, que el recurrente fundamente con claridad las causas que lo guían para acudir a este remedio procesal, única manera de examinar si le asiste la razón y, en consecuencia, emitir fundadamente la respuesta consiguiente. De otra parte, deberá indicar la necesidad del pronunciamiento de la Sala, cuando persiga fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas contrapuestas. Todo ello con el fin de demostrar, palmariamente, la utilidad deseada que no es otra cosa que de servir de pauta a la actividad judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta fundamental. Ello excluye la reiteración de criterios ampliamente debatidos y sólo procederá en el caso de vacíos conceptuales o de unificación de la jurisprudencia, siempre que los pronunciamientos hechos sobre el tema escogido sean insuficientes, vacilantes o contradictorios. Finalmente, en lo que hace a la efectividad de un derecho, también el actor deberá indicarlo en forma específica, fijando su alcance como garantía primordial, amén de precisar su

vulneración en la actuación procesal". (Auto del 2 de diciembre de 1992, M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.).

Reunidos los precedente requisitos, podrá la Corte pronunciarse sore la admisibilidad del recurso y en caso de ser afirmativo se procederá conforme a lo estipulado en el artículo 224 del Código de Procedimiento penal, para lo cual se ordenará la devolución del expediente al sentenciador de segunda instancia.

De lo anterior resulta claro que el recurso de casación discrecional interpuesto es improcedente, pues demostrado se encuentra que el impugnante no agotó el trámite procesal en las instancias al recurrir una vez que se profirió la sentencia de primera instancia a esta sede extraordinaria.

Es evidente el desconocimiento del impugnante de la ley procesal, pues, si a su juicio la sentencia de primera instancia era lesiva a sus intereses, debió, entonces, interponer el recurso de apelación para que una vez desatado y si el perjuicio persistía, recurrir a la Corte de manera excpecional con el previo lleno de los requisitos anteriormente reseñados.

La casación *per saltum* no forma parte de la legislación procesal penal, habida cuenta que este instituto es propio de la civil, que también para su procedencia requiere del pleno cumplimiento de requisitos formales como es que la sentencia la haya proferido un Juzgado Civil del Circuito y en las partes exista el común acuerdo de prescindir de la apelación.

Por otra parte, el actor carece de legitimidad para interponer el recurso extraordinario de casación discrecional, pues ésta recae en el Procurador, su Delegado o el Defensor del procesado y no en la parte civil que es al sujeto procesal que representa el impugnante.

Vistas así las cosas, habrá de declarrse que el recurso extraordinario de casación excepcional es inadmisible.

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

Resuelve:

No admitir el recurso excepcional de casación formulado por el representante de la parte civil dentro del proceso que se siguió contra Luis Humberto Aguilar Lagón.

Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION / RECUSACION

Si el procesado considera que el Magistrado ponente en segunda instancia no guarda la serenidad suficiente para juzgar de manera imparcial, la herramienta jurídica a la cual tiene que acudir es a la recusación, mas no pretender que el proceso se sustraiga a su lugar normal de juzgamiento.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 121 de octubre 26 de 1994.

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de cambio de radicación de este proceso seguido contra FAUSTINO RAFAEL PEÑA FAJARDO, por el delito de homicidio, en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha, Departamento de Boyacá.

Antecedentes:

1. Faustino Rafael Peña Fajardo se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de Sácama (Boyacá), juzgado en el cual laboraba como auxiliar Wildy del Socorro Mejía Amaya. Entre estas dos personas surgieron relaciones amorosas. El proceso logró establecer que Peña Fajardo celaba a Wildy y la maltrataba con frecuencia. En las primeras horas de la mañana del lunes 11 de abril de 1983, Peña Fajardo la golpeó con tal dureza que le produjo un trauma cráneo-encefálico que le causó la muerte.

2. Por esos hechos el Juzgado Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio del auto de 13 de junio de 1985 (fls. 416 y ss.-1), llamó a juicio a Peña Fajardo por homicidio preterintencional, providencia

que, apelada, fue enteramente confirmada por el Tribunal del Distrito Judicial (fls. 45 y ss.-5).

3. Pendiente la celebración de la audiencia pública, ésta no ha podido celebrarse, debido especialmente a peticiones de la defensa en el sentido de que se practiquen pruebas, se cese procedimiento y se decreten nulidades. Además, se han dado varios impedimentos –que no han sido aceptados– y se ha recusado al juzgador.

4. El 7 de septiembre último, el procesado Peña Fajardo envió un escrito al Tribunal de Santa Rosa de Viterbo (donde se estaba tramitando una solicitud de cambio de radicación dentro de dicho Distrito), en el cual pide "el cambio de radicación de este Distrito Judicial a otro que asigne la Corte Suprema de Justicia" (fls. 15-9), argumentando que "este protocolo penal, hay que reconocerlo señores Magistrados, ha nacido con múltiples como protuberantes errores tanto de orden probatorio como de orden procedimental, que menoscaban la credibilidad de futuras decisiones y que ineluctablemente hacen presumir poco éxito a esta investigación edificada fundamentalmente sobre las inconsistentes bases del rumor público, el chisme y la conjetura" (fls. 16). Agrega el solicitante:

> "1. Ha sido notoria la negativa del Magistrado Jaime Rubiano para aceptar y decretar otras pruebas que muestren diferente enfoque a la conclusión de las causas de la muerte de Wildy, y mantiene la fijación en las vertidas por el ebrio legista, dictamen que resultó errado.
>
> "2. El Magistrado Jaime Rubiano, dictó el auto de proceder de ese entonces, y enceguecido sin más, quiere mantener como axiomáticos los puntos de vista e ideas que desde un principio plasmó.
>
> "Procesos como éstos, es que se nota que juega la intriga, la política, y en el que se filtran los comentarios. Fue así como llegó a este ciudadano el decir del Magistrado Jaime Rubiano, 'que su auto de proceder tiene que triunfar, tiene que hacerse valer y que por nada acepta que se lo 'tumben'.

"3. Para lo anterior, a pesar del deber de declararse impedido, pues fue el Juez que dictó el auto de proceder, hoy resolución de acusación, no lo ha hecho. Luego de dictado el auto de proceder a (*sic*) dictado como Magistrado un buen número de providencias. Inicialmente se argumentaba que como eran de mero trámite, de pruebas, no había problema. Luego se solicitó una de fondo, la aplicación del artículo 36 del C. de P.P. pero la situación siguió igual.

"4. El Tribunal Superior Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Sala Penal, conoció en su totalidad, la situación del Juez Promiscuo del Circuito de Socha, doctor Rafael Humberto Aguirre Acevedo, su relación y obervación directa del ebrio legista, los errores cometidos por éste y la embriaguez y seguida –atención agape por los familiares de Wildy– el día del sepelio, la influencia ejercida por este perito médico legista por la familia y pese a que manifestó su impedimento, por amistad con el procesado, por ser testigo de hechos, que la parte civil también pidió y esgrimió ese impedimento, sin embargo todos los Magistrados han sido solidarios a lo largo delproceso con el ponente doctor Jaime Rubiano y aceptan sin un salvamento, todo lo que se dice. Tocan en un solo tono sin que haya notas discordantes. Como los personajes de DUMAS, 'uno para todos y todos para uno'.

"5. En medios como el pequeño terruño mío, Santa Rosa de Viterbo, los señores Magistrados imponen su criterio, y el séquito de funcionarios, auxiliares así esté manifiestamente contraria dicha apreciación, deben mantenerla, despierta solidaridad, hasta el punto que los colegas de Sala, se comprometen y en futuras decisiones se va a reflejar el hecho y los resultados adversos, a la parte rebelde para con sus puntos de vista.

"Así tenemos como conclusión:

"A. Dictó el auto de proceder el doctor Jaime Rubiano como Juez Superior.

"B. El mismo doctor Rubiano como Magistrado ha seguido conociendo del proceso en más de 5 providencias. Ningún pronunciamiento hizo respecto al Decreto 1888 de 1989 literal y art. 103 C. de P.P., art. 15, Ley 81-93. Esto lo han compartido los demás Magistrados integrantes de la Sala Penal, y así tenemos que el camino es que el mismo funcionario que dictó el auto de proceder, va a dictar la sentencia, remitiéndome al punto 2), haciendo entonces valer sus puntos de vista, pese a la prueba que ha llegado.

"C. El señor Juan Valcárcel Monroy, quien es el Auxiliar del Magistrado Jaime Rubiano, es la misma persona que actuó como Auxiliar del entonces Magistrado doctor Pablo Díaz Bernal, quien confirmó el auto de proceder. Magistrado que supuestamente fue destituido dentro del mismo proceso y que al irse, pasó el Magistrado Rubiano, quedando entonces el mencionado señor Juan Valcárcel Monroy.

"D. El doctor Jairo Valcárcel Monroy, quien como Magistrado virtió igualmente declaración dentro del proceso.

"E. El señor Gustavo Vargas, quien es Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, persona que también virió (*sic*) declaración como consta dentro del encuadernamiento.

"PORQUE CAMBIO DE RADICACION Y NO IMPEDIMENTOS.

"1. El invocar causales de impedimentos que se dan dentro del proceso, conllevaría a continuar con el mismo manejo que han compartido los integrantes de la Sala, siempre solidarizados entre sí con el ponente que no se a (*sic*) apartado del negocio. Además, como se anotó en el punto anterior, gran parte de los funcionarios componentes, han actuado de una u otra forma, tanto en la etapa investigativa, luego el auto de proceder y ahora apuntan directamente a lo que ha querido el Magistrado Rubiano, la sentencia.

"2. El cambio de radicación, llegaría a funcionarios desprevenidos para con el proceso y procesado, y además que no han sufrido las contingencias en este asunto, lo que garantizaría las actuaciones procesales de una manera más independiente" (fls. 16, 17 y 18).

Finalmente el peticionario del cambio de radicación demanda la práctica de algunas pruebas.

El referido Tribunal, apoyándose en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, remitió el proceso a esta Sala para que resuelva lo que sea del caso.

Se considera:

Dígase de entrada, que luego de leer la anterior solicitud de cambio de radicación, se constata sin esfuerzo de ninguna naturaleza que ésta no demuestra por parte alguna que en este proceso haya duda seria de que en el mismo no se aplique una recta justicia, es decir, no se establece de qué manera situaciones de orden público o circunstancias atañaderas a la seguridad o integridad personal del procesado Faustino Rafael Peña Fajardo, hagan imposible o siquiera dificulten el normal desarrollo de la justicia (art. 83 C. de P.P.).

Por el contrario, el referido escrito, aparte de contener apreciaciones de tipo probatorio, al modo de un alegato donde se sostiene la inocencia del acusado (apreciaciones del todo ajenas al cambio de radicación que se pide), está plagado de consideraciones literalmente personales y subjetivas acerca del temor de que en todo el Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo no se juzgue imparcialmente al procesado. Desde luego que esas conjeturas no se exhiben sustentadas.

Y las "irregularidades" que destaca Peña Fajardo al solicitar el cambio de radicación, se corresponden todas con actuaciones que darían lugar –en el evento de ser ciertas– a impedimento o recusación de los respectivos funcionarios, pero sin que ninguna de ellas permita establecer que en todo el nombrado territorio exista duda razonable sobre la aplicación de una recta justicia.

Si el procesado considera que el Magistrado ponente en segunda instancia no guarda la serenidad suficiente para juzgar de manera imparcial, la herramienta jurídica a la cual tiene que acudir es a la recusación, mas no pretender que el proceso se sustraiga a su lugar normal de juzgamiento, que lo es la jurisdicción del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, pretensión que por todo lo expuesto negará esta Corte.

El juzgador que conoce de este proceso debe tomar las medidas del caso para que las actuaciones manifiestamente dilatorias de la defensa no paralicen o demoren en demasía la marcha del presente proceso, en el cual la acusación data de 1989, sin que hasta el momento se haya celebrado audiencia pública.

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

Resuelve:

Negar el cambio de radicación solicitado por el procesado Faustino Rafael Peña Fajardo.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TERMINO / RECURSO DE HECHO

Esta Sala ha sostenido que el término de tres (3) días previsto por el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal para la sustentación del recurso de hecho, debe contarse a partir del día hábil siguiente de aquél en que las copias lleguen físicamente a la Secretaria correspondiente al Despacho del funcionario que debe resolver el asunto (auto de dic. 13/91).

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 121 de octubre 26 de 1994.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de hecho interpuesto contra el auto de 9 de septiembre del año en curso, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja negó el recurso de casación formulado por el defensor del procesado JAIME ZAPATA GONZALEZ.

Antecedentes:

Contra la sentencia de 21 de julio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja condenó al procesado Jaime Zapata González a tres (3) meses de prisión por el delito de peculado de uso, interpuso oportunamente su defensor recurso extraordinario de casación (fls. 21 del anexo).

El Tribunal, por auto de 9 de septiembre, negó el referido recurso, porque la pena máxima privativa de la libertad señalada para el delito resultaba ser inferior a seis años (fls. 25 y ss. *ibídem*).

Inconforme el defensor, recurrió ese proveído de hecho, para cuyo efecto solicitó copias de la actuación de segunda instancia, las cuales fueron remitidas a la Corte.

Se considera:

Esta Sala ha sostenido que el término de tres (3) días previsto por el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal para la sustentación del recurso de hecho, debe contarse a partir del día hábil siguiente de aquel en que las copias lleguen físicamente a la Secretaría correspondiente al despacho del funcionario que debe resolver el asunto (auto de dic. 13/93).

Dichas copias, en el presente caso, se recibieron en la Secretaría de esta Sala el día 27 de septiembre; por tanto, el término de sustentación empezó a correr el día 28 y venció el 30 siguiente, tal como lo certifica dicha oficina en sus informes (fls. 1 y 2).

El escrito de sustentación del recurso, por su parte, se recibió el día 6 de octubre (fls. 5), es decir, de manerra extemporánea. De allí que no haya lugar a su consideración y que la impugnación deba desecharse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *desecha* el recurso de hecho interpuesto contra la providencia de origen y fecha indicados.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / FISCAL REGIONAL / JUEZ REGIONAL

Entre una Fiscalía Delegada Regional y un Juzgado Regional jamás puede trabarse un conflicto de competencia negativa o positiva, por cuanto la naturaleza acusatoria del procedimiento asigna funciones específicas, esto es de entidad diferente, a cada uno de estos funcionarios judiciales. Mientras el primero tiene la misión de investigar, calificar y acusar, el segundo, como Juez de Conocimiento, asume la tarea del juzgamiento sobre la base de la acusación que aquél ha formulado previamente.

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

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número 121 de 26 de octubre de 1994.

Vistos:

La Sala decide si es del caso dirimir la colisión negativa de competencia que se suscitó entre un Fiscal Regional y un Juzgado Regional de Medellín para no conocer de la instrucción, el primero, y del juzgamiento el segundo, respecto del proceso que por los delitos de concierto para delinquir y violación del artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, se adelanta contra WILSON PALACIO RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ.

Hechos:

El 14 de septiembre de 1992, alrededor de las once de la mañana, en el caserío "Los Córdobas", cerca a la finca "Casa Verde", municipio de Arboletes (Ant.), la Policía capturó a YEN OLIER PARIAS MENA (1),

GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ (2), WILSON PALACIO RIVERA (3), JORGE ROMERO HIDALGO (4), MARIELA SANCHEZ RUIZ (5), SUGEY DEL CARMEN SARMIENTO BERRIO (6) y GLEYDIS SARMIENTO BARRIOS(7), a quienes se les decomisó un revólver marca "Llama", calibre 32 largo, con 6 proyectiles para el mismo, y dos (2) escopetas de fabricación artesanal, calibres 16 y 20, con dos y cinco cartuchos, respectivamente, para las mismas.

Los aprehendidos hacía poco se habían apeado de un bus de servicio público, afiliado a la empresa Sotracor, el cual cumplía la ruta Montería (Córdoba)-Arboletes, en cuyo interior se vieron precisados a dejar como garantía de pago de los pasajes, dos colchonetas contentivas de 7 uniformes de la Policía Nacional, uno del Ejército Nacional y dos costales con otras prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Actuación procesal:

Por los anteriores hechos, la Fiscalía Regional de Medellín dictó resolución de apertura de instrucción el 16 de septiembre de 1992; recibió indagatoria a los retenidos y les resolvió la situación jurídica el 6 de octubre siguiente con medida de aseguramiento de *detención preventiva*, bajo la imputación de "utilización ilegal de uniformes de las Fuerzas Militares", contra GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ, WILSON PALACIOS RIVERA, MARIELA SANCHEZ RUIZ, GLEYDIS SARMIENTO BARRIOS, SUGEY DEL CARMEN SARMIENTO BERRIO y JORGE ROMERO HIDALGO.

Igual medida de aseguramiento fue dispuesta contra YEN OLIER PARIAS MENA, por el concurso de hechos punibles de "Utilización ilegal de uniformes" y "Fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones", en la modalidad de porte (artículo 201 C.P. Modificado D.L. 3664 de 1986, art. 1o.).

Luego fueron desvinculados del proceso, por ser menores de edad, y puestos a disposición de la autoridad competente, Jorge Romero Hidalgo, Mariela Sánchez Ruiz, Sugey del Carmen Sarmiento Berrío y Gleydis Sarmiento Barrios.

Los tres restantes procesados, YEN OLIER PARIAS MENA, GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ y WILSON PALACIO RIVERA, en la etapa de instrucción y antes de la clausura de la investigación, por iniciativa propia solicitaron se les profiriera sentencia anticipada (artículo 37 C.P.P., modificado Ley 81 de 1993, artículo 3o.).

Al *petitum* se le imprimió el trámite de rigor por el Fiscal Regional de Medellín. De suerte que el 16 de julio de 1993 se celebró la *audiencia especial* de que trata el artículo 37A del C.P.P., en la que se acordó con el procesado YEN OLIER PARIAS MENA la imputación de los delitos de Concierto para delinquir (art. 186C .P.); utilización de uniformes de uso privativo de los organismos de seguridad del Estado (art. 19, Decreto 180 de 1988) y artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986. La pena imponible se fijó en 70 meses de prisión.

Los restantes incriminados (WILSON PALACIOS RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ) *no se acogieron* al acuerdo y por ende, respecto de ellos, en la misma acta contentativa del acuerdo se dispuso proseguir por separado el trámite ordinario.

Mas sucedió que el Juzgado Regional de Medellín, en providencia del 23 de julio de 1993 (fls. 299-310), *desaprobó el acuerdo*, al considerar elevada la pena impuesta y por no haber hallado respaldo probatorio en torno del delito de concierto para delinquir, pues la evidencia se reducía al simple decomiso de las prendas militares y de las armas.

Dispuso, en consecuencia, que una vez en firme su decisión se enviara el proceso a la Dirección Secional de Fiscalías de Medellín para que un nuevo Fiscal y Juez se apersonaran del asunto, con arreglo a las previsiones del artículo 37 C.P.P.

Inconforme el Fiscal Regional con la decisión del Juez Regional, oportunamente la *apeló* el 25 de agosto de 1993 (fls. 318-323 y 324). El recurso fue concedido para ante el Tribunal Nacional en el cuaderno original (fl. 397).

El 17 de noviembre de 1993 tal corporación, al desatar el citado recurso, *decretó la nulidad* de lo actuado "en este proceso, a partir

inclusive de la providencia fechada el 6 de octubre de 1992, mediante la cual se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra los sindicados YEN OLIER PARIAS MENA, GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ y WILSON PALACIOS RIVERA, por los delitos de utilización ilegal de uniformes de las Fuerzas Militares y porte ilegal de armas de fuego y municiones de defensa personal, conforme a lo indicado en el numeral 3o. del artículo 304 del Código Procesal Penal".

Tal nulidad fue decretada por el Tribunal Nacional en el proceso contra YEN OLIER PARIAS MENA, por "...la ausencia de una defensa técnica para los implicados durante la mayor parte del presente diligenciamiento, así como la actitud de pasivos protagonistas del devenir procesal asumida por los profesionales del derecho que a última hora fueron encargados de tan delicada misión..." (fl. 418 cdno. ppal.), disponiendo en consecuencia remitir "el proceso a la oficina de origen, para que el señor Fiscal Regional de Medellín proceda a reponer conforme a derecho la actuación invalidada, preservando la garantía constitucional que tienen los sindicados de contar en la etapa instructiva con la debida defensa técnica" (fl. 419 cdno. ppal.).

Advirtió, *además*, que los procesados no se hacían acreedores a la libertad provisional (parágrafo transitorio del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, modificatorio de los artículos 415 del C.P.P.; 59 del Decreto 2790 de 1990 y Decretos 099 y 2271 de 1991).

Como la providencia de segunda instancia del Tribunal Nacional se produjo en el cuaderno original del proceso que unitariamente se estaba adelantando contra los tres procesados YEN OLIER PARIAS MENA, WILSON PALACIOS RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ, al haberse presentado la *ruptura de la unidad procesal* con motivo del acuerdo a que llegó el primero de los sindicados y el no acogimiento al mismo por parte de los dos últimos, al cuaderno de copias en el que se prosiguió el trámite ordinario respecto de éstos, se trajo fotocopia de aquella decisión (fl. 427 cuaderno principal).

A consecuencia de la declaratoria de nulidad decretada por el Tribunal Nacional en el proceso contra YEN OLIER PARIAS MENA, el mismo

le fue reasignado a otra Fiscalía Delegada Regional el 15 de febrero del año en curso, la cual dispuso rehacer la actuación *"en lo que atañe a Yen Olier Parias Mena"*, por cuanto los otros dos procesados se hallan por cuenta de un Juez Regional de la ciudad, habida consideración que se calificó el mérito del sumario..." (fl. 424, cuaderno original).

Ciertamente, la investigación respecto de los procesados WILSON PALACIO RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ fue *clausurada* el 30 de agosto de 1993 (fl. 339), utilizándose el cuaderno de copias.

Por reasignación del proceso, otra Fiscalía Regional *calificó* el mérito del sumario, mediante resolución de fecha dos de diciembre de 1993 (fls. 357 - 373), así:

1. Profirió *resolución de acusación* contra WILSON PALACIO RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ. El primero como probable coautor responsabble del delito de "concierto para delinquir", en concurso con "infracción agravada del artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986" (acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991). Y el segundo, únicamente respecto de éste último hecho punible, en coautoría.

2. *Precluyó* la investigación a favor de los procesados WILSON PALACIO RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ respecto de la conducta prevista en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988, por *atipicidad*, ordenando la correspondiente consulta, que ya se surtió.

3. Dispuso igualmente la Fiscalía que una vez quedara en firme la preclusión, el proceso pasara al Juez Regional para el trámite del juicio en lo demás.

4. Por *rompimiento de la unidad procesal*, ordenó compulsar doble copia de este expediente "para que en ella se siga adelantando la instrucción en contra de YEN OLIER PARIAS MENA" (fls. 357-373), quien desde un principio se acogió al acuerdo.

El Juzgado Regional que estaba conociendo de este proceso contra los procesados WILSON PALACIOS RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ

ORTIZ, en el cual ya se había abierto el juicio a pruebas y se estaba surtiendo la notificación del respectivo auto (fl. 437), en acatamiento de la citada providencia del Tribunal Nacional, el 21 de febrero último ordenó la remisión del expediente a la Fiscalía Delegada Regional de Medellín "para que prosiga su curso legal" (fl. 430).

Como la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional revocó la preclusión de la investigación, proferida en favor de los procesados WILSON PALACIO RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ respecto de la conducta prevista en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988 (resolución del 23 de febrero de 1994), y en su lugar profirió *resolución de acusación* en su contra por tal hecho punible (fl. 12 cdno. 2a. instancia), la Fiscalía Regional que para entonces venía conociendo de la investigación contra tales implicados por el hecho punible objeto de preclusión, mediante resolución del 14 de abril último dispuso la remisión del proceso al Juez Regional (fls. 48, cdno. 2a. instancia y 439, cdno. ppal.), reservándose la instrucción relacionada con el sindicado YEN OLIER PARIAS MENA.

El Juez Regional en auto del 13 de mayo último, con reiteración en auto del 16 de junio siguiente, devolvió el proceso que ya estaba en etapa de juicio al Fiscal Regional, por competencia, tras considerar, con apoyo en la providencia del Tribunal Nacional, que el proceso había degradado a la etapa de instrucción (fls. 454).

La Fiscalía Regional de Medellín, por su parte, en providencia del 18 de julio último, consideró que la competencia radicaba en el Juzgado Regional de la misma ciudad en consideración al *estado de juicio* en que se encontraba el proceso seguido contra WILSON PALACIOS RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ, en tanto que el adelantado contra YEN OLIER PARIAS MENA seguía siendo de su competencia por hallarse en etapa de *instrucción*, y por lo mismo la libertad solicitada por aquéllos no era de su incumbencia (fls. 459-462).

El Juzgado Regional, por auto del 26 del mismo mes de julio, *no aceptó* la propuesta de colisión negativa de competencia, tras considerar que primaba frente a cualquier otra estimativa la *nulidad decretada*

por el Tribunal Nacional a partir del auto que resolvió la situación jurídica de todos los procesados, por violación del derecho a la defensa.

Al negarse a conocer de tal proceso, el Juez Regional remitió el cuaderno original a la Sala de Casación Penal de la Corte a efecto de dirimir el conflicto negativo de competencia provocada por la Fiscalía Regional y desestimada por el Juez de conocimiento.

En proveído adicional, el Juez Regional se abstuvo de considerar la libertad provisional impetrada por los procesados WILSON PALACIOS RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ, dada la contingencia de la situación jurídica que la colisión de competencias implicaba, pues si la Fiscalía Regional resultaba tener la razón, el proceso tendría resolución de acusación ejecutoriada, y de tenerla el Juez, el proceso quedaría ciertamente en etapa de instrucción y entonces se entraría a considerar si los peticionarios reúnen los requisitos del artículo 415-4 del C.P.P.

Consideraciones de la Corte:

La negativa de los dos funcionarios judiciales para conocer del proceso contra los acusados WILSON PALACIOS RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ, desmembrado del proceso matriz o unitario que originalmente se instruía contra éstos y YEN OLIER PARIAS MENA, presenta, en principio, todos los visos de un conflicto de competencia negativa, pero éste es más aparente que real, y por lo mismo la Sala tempranamente debe manifestar que en tales condiciones carece de la competencia funcional para dirimir lo que no existe.

En efecto:

1. El caso bajo examen se relaciona con un proceso penal en el que el Fiscal Regional cumplió su función acusatoria, al haber dictado la Resolución de acusación contra los dos procesados que no se acogieron al acuerdo para suscitar la sentencia anticipada.

2. Entre una Fiscalía Delegada Regional y un Juzgado Regional jamás puede trabarse un conflicto de competencia negativa o positiva, por cuanto la naturaleza acusatoria del procedimiento asigna funciones específicas, esto es de entidad diferente, a cada uno de estos funcionarios judiciales. Mientras el primero tiene la misión de investigar, calificr y acusar, el segundo, como Juez de Conocimiento, asume la tarea del juzgamiento sobre la base de la acusación que aquél ha formulado previamente.

Lo anterior significa que uno y otro cumplen actividades judiciales que se excluyen entre sí, lo que de paso descarta cualesquiera posibilidad de que en su ejercicio estos dos funcionarios –Fiscal y Juez– concurran a disputar o a rehusar el conocimiento de un determinado asunto, sabiendo de antemano que sus competencias son regladas y que por lo mismo el uno no puede arrogarse la función que legal y privativamente tiene asignada el otro.

3. Como quiera que con la ejecutoria formal de tal providencia calificatoria *precluye* la función del Fiscal en la dirección de la instrucción del proceso, y a partir de este acto procesal *se inicia* la función juzgadora que por ministerio de la ley le es ajena, puesto que le corresponde desarrollarla al Juez de conocimiento, éste sólo adquiere su competencia a partir de aquel momento procesal.

4. La existencia de desniveles de competencia funcional impide *per se* que pueda suscitarse un conflicto de esta laya, bajo el entendido de que éste sólo es posible entre funcionarios judiciales que tienen asignada la misma función, bien de conocimiento, ora de instrucción.

5. Mal puede el Juez de conocimiento discutirle su competencia al Fiscal que hizo la investigación, o éste discutirla frente al juzgador, ya que esto sólo es posible frente a su par.

6. Eso explica por qué el estatuto procesal penal no contempla entre las funciones taxativamente señaladas a la Corte, como órgano encargado de solución de conflictos de competencia (artículo 68), el que aparentemente se suscite entre un Fiscal y un Juez, como tampoco se la asigna al Tribunal Nacional (art. 69).

7. La Sala, al resolver un caso similar, sostuvo lo siguiente, que encaja perfectamente en esta casuística:

> "..., sólo quien tiene la capacidad para ejercer la función que le corresponde al colisionante puede discutir la competencia, pues, carece de razón que quien debe asumir el juzgamiento debata su potestad frente a quien cumple un encargo distinto. Si se controvierte la facultad de asumir o ejercer una función determinada, no podrá ser jamás frente a quien no pueda cumplir con ella.
>
> "..., de la estructura propia del proceso penal se deduce la imposibilidad de que surjan válidamente conflictos de competencia positivos o negativos entre una fiscalía que ha adelantado una investigación y el juzgado que debe conocer de la acusación que aquella ha formulado. Ella la razón por la cual la ley no consagra disposición alguna que reglamente una incidente de tal naturaleza, ni haya señalado una autoridad que lo resuelva" (Auto, 16 de abril de 1993. Magistrado ponente: Doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS).

Vistas así las cosas, desde el punto de vista procesal no existe conflicto de competencia que la Sala deba dirimir y por ende se impone el regreso del proceso al Juzgado Regional de Medellín, de donde provino, pero para que allí se refrende la nulidad de lo actuado en ese proceso desmembrado, en concordancia con lo dispuesto por el Tribunal Nacional desde una etapa común, pues el proceso para entonces era único y en consecuencia afecta a todo lo posterior, incluído lo disgregado, máxime si de por medio está el derecho de defensa de quienes se fueron a otra cuerda.

De alegarse la autonomía del proceso disgregado la conclusión a que se llegue será igual, pues si el Juez Regional considera, con el Tribunal Ncional, que en el que tramita contra WILSON PALACIOS RIVERA y GUSTAVO CHAVEZ ORTIZ gravita el mismo vicio de nulidad, entonces en ejercicio de su competencia debe declararla, siguiendo el conocido principio de que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.

Así resultará reunificado el proceso, al ser también el segundo devuelto a instrucción.

Por las consideraciones en precedencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1o. *Abstenerse* de asumir alguna decisión con respecto al problema de competencia que surgió entre un Juez Regional de Medellín y una Fiscalía Delegada Regional de la misma ciudad, por las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia.

2o. Devuélvase la actuación recibida al Juzgado Regional de Medellín, de donde provino, para que proceda en consecuencia.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / FALSEDAD MATERIAL DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO

1. Dentro de la violación directa lo que se va a demostrar es un error de selección del precepto sustancial porque se aplica uno inadecuado al caso en conflicto, o se deja de considerar el que verdaderamente corresponde, cuando no, pese al acierto en la escogencia se yerra respecto del alcance o interpretación, pero sin discutir que los hechos son los mismos bajo la consideración de los jueces como del casacionista.

2. Quien posee un estado civil pero carece de su prueba en el registro, tendrá que acreditarlo ante el juez competente mediante los elementos de acreditación irrefragables que la ley señala y autoriza, como ocurre con la posición notoria de hijo o de esposo, donde el sujeto en quien radica ese hecho relevante recibe el respectivo tratamiento social de la familia y la comunidad, pero carece del medio legalmente idóneo para demostrarlo.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 121.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de la acusada MARTHA HELENA RIAÑO MARQUEZ, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida el 12 de noviembre de 1992 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Con esta decisión, le impartió confirmación a la de condena que a la pena principal de 30 meses de prisión, y las accesorias de interdicción de derechos y

funciones públicas por el mismo término impusiera el Juzgado Trece Penal del Circuito de la misma ciudada a la acusada, al considerarla coautora de un delito de falsedad material de particular en documento público, agravado por el uso.

Hechos y actuación procesal:

1. Los hechos que suscitaron la iniciación de este proceso se concretan en la falsificación del acta de matrimonio supuestamente celebrado entre José Fabio Martínez Ramírez y MARTA ELENA RIAÑO MARQUEZ ante el Jugado 10 Civil Municipal de Bogotá, así como a su posterior protocolización ante la Notaría 15 del mismo Círculo, actos que jamás se realizaron dentro ni fuera de las fechas que en los documentos que los contienen se indica (septiembre de 1983 y agosto de 1985), pero que obtenidos de manera espúria por MARIA ELENA hacia el año de 1986 se utilizaron ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín para acreditar su irreal calidad de cónyuge en el proceso de sucesión allí tramitado respecto del causante José Fabio Martínez.

2. Con base en la denuncia formulada por Luz Dary Martínez de Trillos le correspondió iniciar la investigación al Juzgado 71 de Instrucción Criminal, despacho que vinculó en indagatoria a Manuel Enrique Iglesias, Efraín Méndez Rodríguez, Carlos Alberto Lozano Montaña, Jairo Arturo Ruiz Garzón y Libardo Bahamón Aguirre, y mediante declaratoria de ausentes a: MARTHA ELENA RIAÑO MARQUEZ, Luz Mélida del Socorro Riaño de Vélez y Hernando Vélez Forero.

La primera calificación sumarial dispuso la reapertura de la instrucción por el término de 60 días, al tiempo que la expedición de copias para investigar por separado a MARTHA RIAÑO por los punibles de hurto y fraude procesal. Tal determinación fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, que en septiembre 23 de 1988 declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre instructivo.

Subsanada la irregularidad y proferida de nuevo la calificación de fondo, volvieron las diligencias al Tribunal, donde se profirió resolución de acusación en contra de MARTHA ELENA RIAÑO MARQUEZ, Luz

Mélida del Socorro Riaño Vélez, Fernando Vélez Forero, Carlos Alberto Lozano Montaña, Libardo Bahamón Aguirre, Manuel Enrique Iglesias y Efraín Méndez Rodríguez, como copartícipes del punible de falsedad en documento público, siendo igualmente afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva. En favor de Jairo Arturo Ruiz Garzón se ordenó la reapertura de la investigación (mayo 16 de 1989).

3. Para el trámite de la causa las diligencias pasaron por reparto al Juzgado Trece Penal del Circuito dando pie a la práctica de algunas pruebas, entre ellas la indagatoria de la RIAÑO MARQUEZ y Hernando Vélez Forero. Culminada la diligencia de audiencia, el 14 de agosto de 1992 se produjo el fallo conocido en contra de la acusada ahora impugnante, a quien se impuso la pena principal de 30 meses de prisión, medida extensiva a Luz Mélida del Socorro Riaño de Vélez, Hernando Vélez Forero, Carlos Alberto Lozano Montaña, Libardo Bahamón Aguirre, Manuel Enrique Iglesias y Efraín Méndez Rodríguez con prisión de 24 meses como coautores de la infracción.

Todos los condenados lo fueron a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y al pago solidario de la suma de $37.688.432.50 por concepto de perjuicios materiales y morales. Inconformes con la determinación, el acusado Efraín Méndez Rodríguez en su propio nombre, y MARTHA ELENA RIAÑO, Luz Mélida Riaño de Vélez y Hernando Vélez por intermedio de sus defensores interpusieron el recurso de apelación, que al ser resuelto por el Tribunal dio lugar a modificar el monto de los perjuicios para fijarlos definitivamente en el equivalente a 500 gramos oro, y ordenar la expedición de copias para investigar por separado la falsedad en los libros y registros del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá en lo relacionado con las anotaciones del supuesto matrimonio motivo del proceso.

En contra de la anterior determinación, el defensor de MARTHA ELENA RIAÑO MARQUEZ y el acusado Efraín Méndez Rodríguez a título personal interpusieron el recurso extraordinario de Casación. La Sala encontró ajustada a derecho la demanda presentada por el apoderado de la nombrada, y al no cumplir con los requisitos formales rechazó *in limine* la suscrita por Méndez Rodríguez.

La demanda:

Con invocación de la causal primera de casación artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, formula el recurrente un cargo principal por violación directa de la ley sustancial, al considerar que el fallo interpretó erróneamente el artículo 4o. del Decreto 100 de 1980 respecto de la antijuridicidad material; el Decreto 1260 de 1970 artículo 1o., artículos 396 y 398 (modificado por la Ley 75 de 1968 artículo 9) y 399 del Código Civil y la Ley 54 de 1990 artículos 1o. y 6o. De manera subsidiaria y por la misma vía, propone la aplicación indebida de los artículos 220, 222 y falta de aplicación del 228 del C.P.

En el primer cargo la argumentación se inicia transcribiendo apartes del fallo impugnado en lo atinente a la antijuridicidad material, aludiendo a las normas del Código Civil que estima violadas y a la Ley 54 de 1990. Con apoyo en los conceptos de algunos tratadistas y fallos de la Sala de Casación Civil pasa a referirse a la figura de la posesión notoria del Estado Civil de las personas, el cual en su sentir, se reconoce a través de tres elementos: el nombre, el trato y la publicidad; y a su vez sirve para probar: a) el estado civil de hijo, padre y madre extramatrimoniales (Ley 45 de 1936, art. 4o. ordinal 5); b) el estado civil de hijo legítimo artículo 397 del Código Civil y, c) el estado civil del matrimonio artículo 396 *ibídem.*

Considera y enumera una pluralidad de pruebas que reposan en el informativo, para reconocer que fueron debidamente apreciadas por los juzgadores, ya que permitían demostrar de manera notoria que ante el grupo social la acusada y Fabio Martínez Ramírez eran considerados como marido y mujer. De otra parte, aunque el fallo de segunda instancia contempló el concepto de antijuridicidad formal y material, su interpretación se hizo de manera equivocada,

> "al igual que interpreta erróneamente las normas civiles, al afirmar que, el argumento y las normas que contiene el instituto de la Posesión Notoria del Estado Civil, son un sofisma de distracción".

El casacionista se pregunta si puede existir un sofisma de distracción basado en la existencia de un derecho sustancial, probado, existente y de reconocimiento legal; cuya verdad fue demostrada con fundamento en los artículos: 396, 398, 399 del Código Civil y el decreto 1260 de 1970 en su artículo 1o., contenido que precisara con anterioridad. Sostiene además, que los juzgadores interpretaron erróneamente las normas de este instituto. El delito de falsedad para el libelista consiste:

> "en dañar el tráfico jurídico, quebrantar la verdad. Por el contrario, la existencia de la posesión notoria del Estado civil hace imposible jurídica y naturalísticamente, la existencia de tal quebranto, como lo demostramos. Se confunde, el derecho con la prueba, la sustancia con la formalidad de una de las maneras de demostración, por lo que equivoca el Juzgador el sentido de las normas mencionadas como violadas. Por último, si en verdad existe el derecho sustancial –la calidad fáctica de cónyuge es lo formal o su prueba sacramental no puede por sí misma constituir delito, pues contraría el art. 228 de la Constitución Nacional...".

Y planteándose los siguientes interrogantes inquieta sobre si la supuesta alteración de la prueba hizo cambiar el hecho que se trata de probar; si ello afectó la verdad verdadera como lo eran las relaciones de la pareja; o si acaso la comunidad llegó a verse afectada por la alteración de la prueba cuestionada; pues la verdad verdadera quedó indemne, y aún añade si sería mejor afirmar que la prueba es inane frente a la verdad verdadera, pues para él, el Juzgador pudo confundir "el derecho sustancial, con la formalidad, creando un delito de falsedad, en donde la verdad no se afectó"; y de ser así, cuál sería la afección al bien jurídico?

Luego se refiere a los artículos 1o. y 6o. de la ley 54 de 1990 para descalificar las apreciaciones del fallador cuando afirmó que esas disposiciones no le eran aplicables al caso concreto, por cuanto para el momento de la ocurrencia de los hechos no se encontraban vigentes. Para el libelista la cuestión tiene otro enfoque, pues "una situación es la creación de la categoría denominada unión marital de hecho, que es la que se crea a partir de la vigencia de la ley y, otro evento diverso y

atendible, el desconocimiento de lapso para el reconocimiento, que genera relaciones interpersonales y de carácter económico".

Lo acotado continúa, equivale a asegurar que el contenido primordial no tenía respaldo legal, con lo cual se contradice la tradición civilista y se confunde el derecho con la prueba. Negar la existencia de la sociedad de hecho, o la unión marital de hecho, viene a constituir una errada interpretación de las disposiciones en comento.

Basándose en el criterio de algunos tratadistas nacionales y extranjeros, el censor se refiere al principio de vulneración, antijuridicidad material (o de conducta inocua) para afirmar que la antijuridicidad no es la protección a la abstracta descripción de la fe pública, sino al tráfico jurídico; aunque no de manera genérica sino con respecto al contenido de verdad de dicha relación.

En esas condiciones insiste, el comportamiento que vulnera el bien jurídico de la fe pública es aquel que rompe con el contenido de verdad a nivel estrictamente legal y penal, el de la relación sustancial, o el del derecho sustancial según el artículo 228 de la nueva Constitución, por ello,

> "Si en un evento la relación material, la relación sustancial no ha sido variada, mermada o vulnerada, no puede existir delito de falsedad. No es la forma, no es la prueba formal lo que de por sí constituye un delito, es la variación en la relación jurídico material lo que constituye delito y en lo que confía la sociedad. Lo contrario, si lo que se protege es el medio de prueba directamente y no la relación sustancial, se estaría patrocinando que el derecho se encuentra en ella y no en el contenido del mismo. La prueba es un elemento del tipo penal, pero en manera alguna la vértebra del bien juridico que es la relación material." (...) y concluye con la siguiente afirmación:
>
> "Frente a la hipótesis en estudio nos encontramos dentro de una clásica ausencia de vulneración, ausencia de la antijuridicidad material, por la realidad de los hechos, por el

contenido de la posesión notoria del estado civil, en fin por la interpretación de las figuras e institutos de Derecho Civil, que anteriormente examinamos; es pues una conducta no vulnerante por la potísima razón de no variar la relación jurídica sustancial."

En *el segundo cargo, presentado como subsidiario*, el casacionista asegura que la sentencia aplicó indebidamente la ley 54 de 1990 y para fundamentar su apreciación transcribe aquellos apartes del fallo en los que se hace mención al estado civil de casada de la inculpada y a los cinco años continuos de convivencia; lo que según el artículo 396 del Código Civil y la ley 75 de 1968 art. 9o. conforman la posesión del estado civil del matrimonio. Sin embargo para el *ad-quem*, los efectos civiles no podían hacerse operantes sino a partir de la vigencia de la ley 54, por cuanto para la fecha de ocurrencia del hecho año de 1986 no existía la precitada disposición.

Agrega que la Providencia habla de la supuesta calidad de esposa que no posee, pero al mismo tiempo acepta los hechos y las pruebas que sirven para fundamentar "la existencia de dicha calidad de carácter 'irregular' (formalmente no era la esposa, aunque el contenido de realidad del derecho sustancial si se poseía), lo que indica que el tipo penal más próximo a la determinación es el contenido en el art. 228 del C.P. "Falsedad para obtener prueba de hecho verdadero".

Lo anterior para el censor, amerita el análisis del concurso aparente de tipos el cual según lo expuesto por diferentes tratadistas sirve para desarrollar la ubicación, nomenclatura, reglas de solución (precisión, especialidad, subsidaridad, consunción, alternatividad) y figuras afines: Fraude Colectivo, unidad de acción, delitos habituales, permanentes y tipicidad forzada. Después de dedicarle algún espacio al análisis de los puntos citados, insiste en aseverar que la conducta de la acusada se encuadra en el tipo penal especial del artículo 228 del Código Penal –Falsedad para obtener prueba de hecho verdadero–, y no en el que el Juzgador seleccionara de manera indebida.

La alegación culmina proponiéndole a la Corte que case el fallo oficiosamente para reconocer la indebida aplicación del tipo penal acusado, tal como lo hiciera en el fallo del 12 de diciembre de 1991,

reiterando su solicitud a fin de que se case la sentencia y se proceda de conformidad con el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal vigente, 228 del anterior.

Concepto del Ministerio Público:

Para el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el eje central del *primer cargo* es la violación directa de los artículos 220 y 4o. del Código Penal por errónea interpretación, ya que a juicio del casacionista la conducta desplegada por su defendida no causó lesión alguna al bien jurídico protegido. El documento falsificado a juicio del recurrente, recoge la prueba de un hecho verdadero (aspecto que vuelve a tocar en el segundo de los ataques), por lo cual la conducta no podría considerarse como antijurídica.

De esa manera el Tribunal llegó al inadecuado entendimiento de los artículos 1o. del Decreto 1260 de 1970, 396, 398 y 399 del Código Civil, 1o. y 6o. de la Ley 54 de 1990. Para la Delegada, el énfasis que el casacionista pone en las normas de contenido civil resulta inadecuado, si se tiene en cuenta que el hecho motivo de Juzgamiento se ajustó al tipo penal del artículo 220 del Código Penal; sin que en ello incidiera la condición que como socia de una comunidad patrimonial de hecho pudiera tener la acusada con el desaparecido José Fabio Martínez Ramírez.

La sanción, más allá del contenido patrimonial, se impuso en razón a la falsificación de documentos públicos que alteraron el estado civil de ella y su presunto cónyuge. En consecuencia, la sociedad marital de hecho es el factum que determinaría la condición de veracidad del documento:

> "empero, el acta civil de matrimonio no recoge esa mencionada situación, sino que la altera al convertir una sociedad de hecho en una que tuvo como origen el derecho. Es aquí, por consiguiente, en donde debe determinarse si existió la contrariedad material del comportamiento con el ordenamiento jurídico.
>
> En efecto, la RIAÑO MARQUEZ no estaba legalmente casada con José Fabio Martínez Ramírez y cualquier prueba

> confeccionada dolosamente a probar lo contrario, es necesariamente falsa en tanto que contradice la realidad material de la relación. El examen de la antijuridicidad del hecho, entonces, debe radicarse en la afectación que pudo sufrir la fe pública con la introducción en el tráfico jurídico de los documentos oficiales que acreditan el estado civil de las personas: no la existencia de similares derechos patrimoniales radicados en cabeza de la procesada".

Para la Delegada, el actor en su libelo confunde las instituciones jurídicas del estado civil de casado, la posesión notoria del estado civil de casado y la sociedad marital de hecho, que son situaciones claramente diferenciables. Del análisis de los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1260 de 1970 relacionados con el Estado Civil de las personas, puede concluirse que estos se derivan de hechos concretos, actos o providencias reales; pero que a la vez requieren de su calificación legal. Esta a su vez, sirve para concretar el conjunto de derechos y obligaciones frente a las autoridades y a los miembros de la sociedad.

La institución del matrimonio por su parte es una situación de tipo social con una regulación legal, "categoría jurídica trascendente que debe ser observada cabalmente como garantía para los ciudadanos que deciden establecer ese tipo de relaciones y para los que con ellos tienen tratos". Por el contrario, la vida en común de un hombre y una mujer desprovista de los ritos y las exigencias jurídicas de la institución del matrimonio; aunque si bien socialmente puede verse y entenderse como idénticas a él, carece de fuerza jurídica vinculante y por lo tanto no genera los mismos derechos, ni puede probarse de la misma manera.

De acuerdo al artículo 396 del Código Civil continúa, la posesión notoria del estado civil de casados es:

> "una forma de probar un hecho jurídico existente sobre el cual se carece de la prueba solamente prevista por la ley para el mismo; es una manera de demostrar ante las autoridades del estado, la existencia de una relación jurídica real, que permitirá la creación del registro civil, que, por diversas razones, puede faltar en un momento determinado. No se trata por esta vía,

entonces, de convertir en jurídico (matrimonio) lo que es simplemente fáctico (unión marital de hecho), sino de probar que el matrimonio entre un hombre y una mujer determinados, como institución jurídica que los afecta, existe y que por tal virtud, permite ordenar la creación o reconstrucción del documento público que así lo diga"; tal como lo expusiera la Sala de Casación Civil, en sentencia del 13 de diciembre de 1972.

La posesión notoria en consecuencia,

"no es más que una de las formas de llegar a la confección del instrumento público necesario para comprobarlo, cuando falta el documento, con lo que obviamente debe concluirse que esa posesión notoria no puede alterar la realidad de la situación jurídica. Una cosa es el estado civil de casado y otra muy diferente la unión marital de hecho. Aquél, se puede demostrar a través de la posesión notoria de ese estado, en particulares circunstancias en las que se carezca del folio de registro correspondiente; ésta jamás podrá alterar el estado civil y su demostración, si bien hará surgir precisos derechos para quienes mantienen esa relación, no podrá alcanzar en manera alguna los mismos efectos y consecuencias de aquél.

"La verdad verdadera a la que tantas veces hace alusión el libelista, es una sola: la procesada y el señor José Fabio Martínez Ramírez hacían vida marital, pero no eran cónyuges porque no se había producido el acto jurídico constitutivo del estado civil de casados y, por consiguiente, la adulteración de los archivos judiciales para que éstos dieran cuenta de un matrimonio existente, y la inscripción en el registro civil de ese ficticio acto, son maniobras que afectan la fe pública al crear condiciones que tienen relevancia en el tráfico jurídico y los derechos de terceros".

De otro lado, la unión marital de hecho no es matrimonio ni constituye un estado civil determinado; tan solo corresponde a:

"una relación fáctica que permite el reconocimiento de unos derechos particulares independientes de los del estado civil, que si bien en algunas ocasiones –la generalidad de ellas– son de contenido patrimonial, no por ello permiten su equiparación, en todo caso, a las consecuenciasa de la comunidad de bienes que se establece a través del matrimonio." (...)

El que la mujer que ha hecho vida marital con un hombre tenga derechos sobre el patrimonio común, es explicable en la medida en que haya contribuido a su integración; estos derechos, sin embargo, son diferentes de aquellos surgidos del matrimonio; a tal punto, que la sociedad patrimonial irregularmente constituida no puede ser considerada como generadora de derechos sino a condición de que no exista jurídicamente una de similar naturaleza surgida del matrimonio, como claramente puede verse del contenido del artículo 2o. de la ley 54 de 1990."

El Procurador Delegado no comparte la tesis expuesta por el recurrente, cuando afirma que ante la existencia de la unión marital de hecho la falsificación del registro civil de matrimonio no llegó a afectar el bien jurídico tutelado de la fe pública. En otras palabras, que ese comportamiento penalmente relevante no sería antijurídico ya que:

"independientemente de que respecto de él existan causas justificantes de la conducta, lo que lo lleva a un cuestionamiento abierto del contenido de la ley, en argumento que implicaría una crítica a la Política Criminal del Estado al consagrar como delictivas algunas acciones individuales, pero que no pueden servir de sustento para el desconocimiento de su contenido por parte del juez, como al parecer lo reclama.

La no lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, dentro de la normatividad actual, debe tratarse en sede de las causales de justificación sean ellas de orden penal mismo, como el resultado de una vivencia social, pues es la norma jurídica la que permite el reconocimiento de los actos contrarios a derecho dentro de un orden específico".

Contrario a lo afirmado por el recurrente, para el colaborador del Ministerio Público los funcionarios judiciales dentro de los estrictos marcos jurídicos reconocieron la existencia de la unión patrimonial de hecho y sus efectos. De otra parte, las referencias del actor a una situación fáctica que, como hecho social es indudablemente igual a la generadora de un estado civil, difiere de la institución jurídica. Una y otra unión aunque de manera diversa se encuentran reguladas por la ley, incluso en lo relacionado con los derechos que de ellas surgen. Por ello advierte que:

> "la falsificación del registro civil de matrimonio, con todo y que también hubiera podido obtenerse a través de la prueba del estado civil de casado (que sería también fraudulenta por la inexistencia de la relación jurídica que acreditaría esta forma de comprobación), alteró la verdad verdadera, pues acredita una situación jurídica inexistente: el matrimonio.
>
> El derecho, la relación sustancial, la relación material a los que hace referencia el censor, son diametralmente opuestos a lo probado con el instrumento público. La fe que los conciudadanos depositan en las actuaciones judiciales y en las de los funcionarios encargados del registro del estado civil, se vió en consecuencia afectada al haberse adulterado su real contenido material. La antijuridicidad, en el caso específico, no es meramente formal".

Sin embargo, admite que la sentencia del Tribunal contiene algunas imprecisiones que le sirvieron al recurrente para buscar a través de ellas la ruptura del fallo; pero, estas no son tan relevantes ni tienen la virtualidad de modificar el contenido de la decisión. Su fundamento se hizo con base en que al alterar la situación de hecho dio origen al documento público falsificado con lo cual se vulneró el bien jurídico de la fe pública; siendo esta una potísima razón para que el cargo sea desestimado.

A juicio de la Delegada *el segundo cargo* es igualmente improcedente. El demandante omitió su demostración dedicándose a

exponer un trabajo teórico sobre el llamado concurso de hechos punibles que nada le reportan a la situación concreta materia de juzgamiento. Su inconsistencia radica en aceptar que su defendida MARTHA ELENA RIAÑO MARQUEZ no era la esposa de José Fabio Martínez Ramírez y pese a ello aseguró que la conducta por ella desplegada correspondía a la descripción del tipo penal de la falsedad para obtener la prueba de un hecho verdadero. El actor inadvirtió que el documento falsificado está probando un hecho inexistente: el estado civil de casados de los antes nombrados; quienes mantenían una relación –unión marital de hecho– sin haber contraído matrimonio.

La Delegada, critica igualmente al censor por que habiendo formulado el cargo por la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida; discutiera los hechos que el sentenciador de segunda instancia estimó probados. La alegación la basó respecto a "la existencia de un hecho cierto (¿el matrimonio, quizás?) que no fue admitido como tal por el juzgador, desplazando de esta forma su proposición de violación de la ley de la vía directa a la indirecta". Ante la carencia de base real del reproche, la falta de demostración de la censura y la utilización de argumentos inconexos –la referencia al concurso aparente de tipos–, con el asunto debatido; se permite sugerirle a la Corte la desestimación del libelo y que no case la sentencia materia de impugnación.

Consideraciones de la Corte:

Una crítica común convoca desde un inicio la demanda en cada uno de los dos cargos enunciados, pues formulados ambos dentro de la causal primera de casación y la violación directa de la ley sustancial, no de manera meramente accidental cuestionan el análisis que de los hechos hacen los fallos impugnados, abandonando irremediablemente la vía de la confrontación jurídica para enfocar una crítica de los medios probatorios y su estimación, olvidando que dentro de la violación directa lo que se va a demostrar es un error de selección del precepto sustancial porque se aplica uno inadecuado al caso en conflicto, o se deja de considerar el que verdaderamente corresponde, cuando no, pese al acierto en la escogencia se yerra respecto del alcance o interpretación,

pero sin discutir que los hechos son los mismos bajo la consideración de los jueces como del casacionista.

> En el evento del examen se descubre, sin embargo, que en el cargo primero el censor se ocupa por invocar toda prueba relacionada con el trato prolongado y abierto de esposos que medió entre la pareja conformada por MARTHA ELENA RIAÑO y José Fabio Ramírez en orden a pretender que siendo esa la verdad verdadera, ella no se alteró con el documento que se tacha, cuando el fallo partió precisamente de la inexistencia del vínculo matrimonial que con el documento falaz trataba de probarse. En el cargo segundo pareja situación se enfrenta, porque invocando por la misma vía una equivocación en cuanto a la adecuación de la falsedad, diciendo que no era la material de particular en documento público la que se enfrentaba, sino aquella encaminada a demostrar un hecho verdadero, volvió a olvidar que para el fallador el matrimonio entre la acusada y el señor Martínez nunca llegó a realizarse, aspecto que varía los presupuestos fácticos sobre los cuales se anunciaba la discrepancia en derecho.

La defectuosa presentación de cada cargo no inhibe, sin embargo, una aproximación a otras razones bajo las cuales se pretende la prosperidad de la censura:

1. En el *cargo primero* el casacionista acusa la equivocada interpretación de los artículos 4o. del Código Penal consagratorio del principio de la antijuridicidad material, 1o. del Decreto 1260 de 1970 y 396, 398 y 399 del Código Civil relacionados con la posesión notoria del estado civil y 1o. y 6o. de la Ley 54 de 1990 que regula la unión marital de hecho.

Como quiera que la vía escogida concentra la discusión sobre aspectos meramente de derecho, vale la pena recordar cuanto se precisó en la sentencia con relación a los hechos demostrados, ya que ese extremo fáctico es el que se constituye en presupuesto alrededor del cual ha de recaer la discusión jurídica.

Como primer hecho demostrado se tuvo el de la inexistencia de relación matrimonial (civil o canónica) entre José Fabio Martínez y MARTHA HELENA RIAÑO, pues sin llegar a acreditarse que entre a pareja se hubiese celebrado una unión válida, lo que cabalmente se probó fué la falsedad del acta supuestamente expedida por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, lo mismo que la protocolización de ese acto irreal ante la Notaría 15 del Círculo de Bogotá.

El documento espúrio tenía como fín su empleo dentro del proceso sucesorio de José Fabio Martínez impulsado ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, donde la acusada se presentó con él como esposa del causante, pretendiendo el reconocimiento de ese estado civil y los derechos patrimoniales de allí derivados.

De los anteriores hechos se desprende que ni el acto solemne que trataba de probarse (matrimonio) resultaba cierto, ni los medios creados para su acreditación (acta de matrimonio y su protocolización) eran veraces, de donde se infiere la mendacidad del hecho como de su pretendida prueba, recayendo el falso sobre un documento llamado expresamente por la ley como insustituíble medio probatorio merecedor de la mayor credibilidad dentro del ámbito jurídico.

Siendo esta la realidad sentada en autos, equivocado resulta pretender como en la demanda se propone que la conducta no resulta antijurídica, dado que por encima de una simple desobediencia formal no llega a deformarse la reconocida cohabitación de MARTHA HELENA y José Fabio con su trato de mujer y de marido, relevante por notoria frente a la legislación civil.

Con una afirmación de ésta laya pretende ignorarse la clara diferencia existente entre el matrimonio y la unión marital de hecho frente a la ley colombiana, mucho más allá de la sola discusión de si la ley 54 de 1990 que reglamentó la unión de hecho resultaba aplicable o no para relaciones surgidas y concluidas antes de su expedición, cual sería el caso de la controversia.

Para marcar debidamente estas diferencias y por lo mismo la imposibilidad de asimilar las dos instituciones como si entre ellas

existiese identidad o cuando menos fuese posible la prescriptibilidad del estado civil de las personas, cuando la ley colombiana sienta el principio contrario, conviene resaltar que desde su definición legal las disparidades entre estas dos fuentes generadoras del núcleo familiar asoman, proyectándose hacia su naturaleza, régimen y efectos, sin que se trate de normas convencionales o sujetas a las variaciones que quisieran introducirse entre partes o por la voluntad de terceros, pues tanto los relativos a la familia como al estado civil de las personas con preceptos de orden público que afianzan precisamente su estabilidad, respeto y confianza en la comunidad por su origen legal y obligatoriedad.

Se tiene así que mientras la unión marital de hecho se describe en el artículo 1o. de la ley 54 de 1990 como aquella "formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular" a quienes se da la denominación de compañero y compañera permanentes, al matrimonio se refiere el artículo 113 del Código Civil describiéndolo como un "contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fín de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente".

De estas definiciones y las regulaciones normativas subsiguientes surge que mientras la unión marital constituye tan solo un hecho de naturaleza familiar, el matrimonio integra un negocio jurídico dentro del mismo ámbito, casi en su integridad reglado, del cual surgen como efectos las obligaciones recíprocas de los esposos de cohabitación, fidelidad, socorro (con los deberes anejos de alimentos y aportes a los gastos comunes), ayuda mutua, un régimen de bienes de sociedad conyugal, la legitimidad de la prole y el estado civil de casados para cada uno de los cónyuges, en tanto que en la unión marital de hecho, cuyo inicio y conclusión asoman por vías de facto, ni existe una normatividad explícita que fije sus efectos personales, ni una equiparación igualitaria de las obligaciones mutuas y sus consecuencias (téngase en cuenta por vía de ejemplo la consecuencia de la infidelidad como causa de divorcio en la relación matrimonial), ni un régimen patrimonial exactamente equiparable porque –entre otras diferencias–, la sociedad patrimonial marital exige su declaración judicial. Mucho menos se da la legitimidad de la prole, ni la adquisición o modificación del estado civil, como que la unión de

facto ni destruye el anterior de cada uno de los compañeros permanentes, ni crea para ellos uno nuevo.

Siendo lo anterior ya suficiente para distanciar la aspiración del impugnante pretensiosa de una equiparación exacta de las dos instituciones, ha de añadirse que la trascendencia de la falsedad a la afectación de la fe pública documental y en particular la incidencia y la capacidad de daño de los escritos espúrios como medios de prueba dentro del tráfico jurídico en el cual se circularon para demostrar un estado civil inexistente, se hace tanto más notoria en cuanto esa materia (estado civil) tiene una regulación mucho más estricta y consecuente con el derecho e interés que a la comunidad asisten para el conocimiento de la situación jurídica del individuo "en la familia y en la sociedad que determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones", trascendencia que justamente repercute en la imposibilidad de su demostración por libre prueba.

Es razonable, entonces, que la ley señale como así ocurre en el Decreto 1260 de 1970 (artículo 106), cómo

> "Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro".

Y que aún se añada que

> "Por regla general, ningún hecho, acto o providencia relativos al estado civil o a la capacidad de las personas, y sujeto a registro, surtirá efecto respecto de terceros, sino desde la fecha de registro o inscripción".

Consecuentemente el artículo 68 del mismo estatuto advierte que no se procederá al registro del matrimonio sino con vista de la copia

fidedigna del acta de partida parroquial en el matrimonio católico o de la protocolización de las diligencias judiciales o administrativas correspondientes en el matrimonio civil, requisitos que reflejan para que quien consulte o conozca un acta de esta naturaleza, incluído el funcionario judicial, haga fé de la existencia y realidad del estado civil que en ella consta y proceda como consecuencia a reconocerle y hacerle derivar todos sus efectos, derechos y obligaciones a quien de ese estado resulte titular, trascendencia suficientemente ilustrativa como para indicar el desacierto del casacionista, para quien, contrariando todo este claro y expreso ordenamiento positivo, sería la prueba testimonial e indiciaria recaudada suficiente para acreditar un estado civil que no cumplió la formalidad de ese registro.

La confusión que el censor acusa parece derivar de la interpretación equivocada del artículo 105 del Decreto 2185 de 1970 que infructuosamente le propone a la Sala, al pretender que pueda darse la modificación de un estado civil por el transcurso del tiempo, cuando conforme ya se ha dicho, una de las características del mismo es su imprescriptibidad, pues la disposición que se trae a memoria indica que solo a *falta de las respectivas partidas o los folios* de registro, el funcionario, previa comprobación sumaria, procederá a la inscripción con fundamento en instrumentos públicos o en "decisión judicial basada en declaraciones de testigos presenciales o actos constitutivos o en posesión notoria del estado civil".

De ese precepto notoriamente emerge que quien posee un estado civil, pero carece de su prueba en el registro, tendrá que acreditarlo ante el juez competente mediante los elementos de acreditación irrefragables que la ley señala y autoriza, como ocurre con la posesión notoria de hijo o de esposo, donde el sujeto en quien radica ese hecho relevante recibe el respectivo tratamiento social de la familia y la comunidad, pero carece del medio legalmente idóneo para demostrarlo.

No era esa, sin embargo, la situación de la acusada, quien a pesar de alcanzar el reconocimiento por parte de algunos de sus allegados como cónyuge de José Fabio Martínez, jamás contrajo con él un matrimonio válido.

Y es que si su situación hubiese sido tan cierta y clara como se pretende, nada le hubiese impedido a la acusada el intentar el reconocimiento judicial y luego su registro como en derecho le correspondía. La realidad acreditada sin embargo fue muy otra, pues a sabiendas de la carencia de ese estado de casada, apenas aparente, MARTHA HELENA RIAÑO recurrió como queda demostrado a la creación espúria de un acta de matrimonio civil, para de ella luego hacer empleo consciente e ilegítimo en el proceso sucesorio, con definido propósito de obtener el reconocimiento de unos derechos que solo a la cónyuge supérstite correspondían.

Siendo la situación real que ligaba a la pareja la de una unión marital de hecho, frente a la cual podía tener ciertamente la acusada otros derechos de índole patrimonial, debió ser esa condición la que probara en el sucesorio y no otra mentirosa como la de esposa, de la cual, como se ha visto, surgían intereses y derechos diferentes.

No se dá, entonces, con la sentencia acusada, ni la violación del principio de antijuridicidad material que se alega, probada la lesividad del documento falaz dentro del tráfico jurídico; tampoco el desconocimiento o equivocada interpretacion de los preceptos reguladores del estado civil de las personas, de su posesión notoria, ni de la unión marital de hecho, pues de todos ellos guarda el fallo una aplicación adecuada, coherente y exacta.

El cargo no prospera.

Por lo antes dicho, tampoco tiene vocación de prosperidad el segundo cargo formulado como subsidiario y bajo el cual se aspira a que la Corte readecúe la conducta del artículo 228 del Código Penal, pues además de las razones dadas por la Delegada y que la Sala en su integridad acoge, basta con resaltar que si de acuerdo con los fallos el verdadero estado civil de la acusada no era el de casada con el causante José Fabio Martínez, la creación y utilizáción de un acta de matrimonio y su protocolización jamás podían constituir la pretendida prueba de un hecho que no tuvo existencia.

Sustancial resulta aquí el yerro del actor, según quedó anticipado, al intentar su ataque por la vía de la violación directa, si no estaba de acuerdo con las conclusiones asumidas en los fallos de instancia, donde de modo radical se advierte que si el matrimonio entre MARTHA ELENA RIAÑO y José Fabio Martínez jamás tuvo ocurrencia, mal podía pretender acreditarse mediante una prueba espúria que exhibiera como cierto ese contrato solemne.

Tampoco el segundo cargo puede prosperar.

Adicionalmente a la decisión sobre la demanda, encuentra la Corte ineludible extender su pronunciamiento sobre el aspecto que subsigue:

Según se dejó expuesto, el cargo por el cual se convocó a responder en juicio a la acusada MARTHA ELENA RIAÑO fué el de la falsedad de particular en documento público agravado por el uso, infracción de la cual se ocupa el inciso segundo del artículo 222 del Código Penal, previendo una sanción cuyo máximo alcanza los doce años de prisión.

Pese a que de este presupuesto se desprende que la conducta irrogada cobra frente a ella plena perseguibilidad, llegado el momento de adoptar la decisión que se anuncia capta la Sala que en relación con los restantes acusados tal situación difiere, pues en su caso la imputación se limitó al delito de falsedad (artículo 220 C.P.) sin comprender el uso, lo que restringe el máximo de pena a ocho años.

Como una nueva revisión del expediente enseña que la resolución de acusación quedó en firme al comenzar el mes de septiembre de 1989, el cotejo de esa fecha con los preceptos de los artículos 80 y 84 del Código Penal indica que antes de aprobar la Sala el presente fallo, transcurrió un tiempo superior a los cinco años requerido para que la extinción de la acción penal opere en relación con los coacusados LUZ MELIDA DEL SOCORRO RIAÑO DE VELEZ, HERNANDO VELEZ FORERO, CARLOS ALBERTO LOZANO MONTAÑA, LIBARDO BAHAMON AGUIRRE, MANUEL ENRIQUE IGLESIAS y EFRAIN MENDEZ RODRIGUEZ lo que impone la pertinente y oficiosa

declaración respecto de cada uno de ellos, y al tiempo entrar a disponer la cesación de toda actuación a su favor.

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: No casar la sentencia impugnada respecto de la acusada MARTHA ELENA RIAÑO MARQUEZ, y

Segundo: Declarar que la acción penal se ha extinguido por prescripción respecto de los co-enjuiciados LUZ MELIDA DEL SOCORRO RIAÑO DE VELEZ, FERNANDO VELEZ FORERO, CARLOS ALBERTO LOZANO MONTAÑA, LIBARDO BAHAMON AGUIRRE, MANUEL ENRIQUE IGLESIAS y EFRAIN MENDEZ RODRIGUEZ, disponiendo como consecuencia la cesación de todo procedimiento en su favor.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Wilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA

La prueba es conducente cuando por su particular relación con el hecho delictivo y/o la responsabilidad del procesado, puede servir al juez como elemento de convicción para formarse el juico de valor, positivo o negativo, respecto a éste o aquel aspecto.

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

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número 121 de 26 de octubre de 1994.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por la procesada doctora LUZ DEL ROSARIO REDONDO JIMENEZ, actual Jues 6o. Penal del Circuito de Valledupar, contra el auto del 27 de mayo último, en virtud del cual el Tribunal Superior de la misma ciudad le negó la práctica de algunas pruebas solicitadas en oportunidad procesal.

Hechos:

La doctora LUZ DEL ROSARIO REDONDO JIMENEZ, Juez 6a. Penal del Circuito (antes 1o. Superior) de Valledupar, fue acusada formalmente por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de aquella ciudad, como autora presuntamente culpable del delito de "Prevaricato por omisión", en concurso material, homogéneo y sucesivo.

La investigación había sido solicitada el 26 de noviembre de 1992 por la Procuraduría 175 Judicial para Asuntos Penales, a efecto de

establecer el motivo por el cual no se había proferido el fallo de rigor en nueve (9) procesos que ya contaban con audencia pública, hasta con un año de haberse celebrado.

Igualmente soporta imputación por no haber dictado para la fecha de la denuncia, la providencia de segunda instancia respecto de una medida de aseguramiento recurrida en un proceso que entró a despacho el 4 de noviembre de 1992.

El Tribunal Superior de Valledupar, al decidir sobre la consulta o apelación de cuatro (4) sentencias proferidas por la acusada, también ordenó compulsar copias de tales decisiones, por considerarla tardías en su emisión, con el fin de que se le investigara penalmente, si a ello había lugar, lo cual también es motivo de este proceso.

Actuación procesal:

Por los anteriores hechos, la Fiscalía 1a. Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar, de acuerdo con el concepto del Agente del Ministerio Público, profirió el 26 de julio de 1993 resolución de acusación contra la Juez 6o. Penal del Circuito de la misma ciudad, doctora LUZ DEL ROSARIO REDONDO JIMENEZ, como autora presuntamente responsable de delito de Prevaricato por omisión, en concurso homogéneo y sucesivo.

Recurrida en reposición y subsidiariamente en apelación la anterior decisión tanto por el defensor como por la procesada, fue concedida la apelación y la Fiscalía Delegada ante la Corte al desatar el recurso la confirmó íntegramente, en providencia del 23 de diciembre de 1993.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el conocimiento del proceso le correspondió al Tribunal Superior de Valledupar, que le ha imprimido al juicio el trámite de rigor.

Dentro del término legal (Artículo 446 del C.P.P.), la acusada solicitó la práctica de pruebas (Fls. 13-17, Cdno. Tribunal). El Juez colegiado accedió a la mayoría, pero denegó las siguientes:

1. La elaboración de una relación de las actuaciones de la procesada en el Juzgado 6o. Penal del Circuito, para acreditar su actividad judicial, con lo cual demostraría que durante 1992 la diferencia cuantitativa era mínima frente a otros juzgados de la misma categoría;

2. Verificar en el inventario del Juzgado 6o. Penal del Circuito de Valledupar el número de procesos allí recibidos desde la fecha de su posesión como titular, y la forma de terminación de los mismos, que establecería que su trabajo fue arduo desde entonces y contrarrestaría el contenido de los oficios que le envió el señor Fiscal José Calixto Quintero Corrales desde el año 1990, requiriéndole la toma de decisión en varios asuntos bajo su conocimiento.

3. Inspeccionar la providencia de la Procuraduría Regional del Cesar y el acta de visita que se practicó en el proceso disciplinario seguido en su contra, el cual fue archivado, a pesar de que abarcaba el mismo tiempo examinado en este asunto y el mismo "record" de trabajo, donde se advierte la ausencia de dolo. Con esto busca demostrar que sí mostró interés en las peticiones contenidas en los oficios que le enviara el Fiscal José Calixto Quintero Corrales.

4. Incorporar a este proceso, como prueba trasladada del que se adelantó en la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar contra la doctora Jamiles Ibarra Herrera, Juez 9o. Penal del Circuito de la misma ciudad por el delito de prevaricato por omisión, fotocopias de la resolución de preclusión de primera y segunda instancia; de la sustentación del recurso de apelación y de la diligencia de inspección. Como fundamento se anota que "El record de trabajo es menor que el considerado en el Juzgado a cargo de la Suscrita".

5. Establecer en la Procuraduría Regional de Valledupar el fundamento del permiso concedido al señor Fiscal José Calixto Quintero Corrales el 20 de sepetiembre de 1991, según oficio No. 050 del 19 anterior.

Fundamento del acto impugnado:

El Tribunal denegó el acopio de los medios de prueba enumerados, que la procesada había solicitado, por no ser necesario el primero y no tener relación con el *thema probandum* los demás.

De aquél se dijo que ya obraba en el proceso el "record" de trabajo de la funcionaria acusada, y de éstos, que nada tenía que ver la mora que se le atribuye a la imputada con el arduo trabajo que ésta buscaba acreditar con anterioridad; ni con la absolución que recibió en el proceso disciplinario que a ella paralelamente se le adelantó por estos mismos hechos, toda vez que las decisiones que se adoptan en éste no determinan las que deben proferirse en el proceso penal, dada la independencia de que goza uno y otro; ni con el "record" de trabajo que registró otro titular de despacho judicial, y porque además tal constancia ya obra en el expediente, ni con el permiso que se le concedió al Fiscal José Calixto Quintero Corrales (entonces Agente del Ministerio Público) en el año 1991.

Recurrida en reposición y subsidiariamente en apelación la anterior decisión, el a quo denegó el primero pero concedió el segundo.

Fundamentos del recurso de reposición:

En esta oportunidad la procesada abandona gran parte de su pretensión inicial, para insistir tan sólo en que se acredite el "record" de su trabajo integral en la judicatura (período 1990-1992), en busca de equilibrio con la acusación, ya que ésta tuvo en cuenta ese mismo período en lo que le era desfavorable.

Argumentos del auto que denegó la reposición:

De acuerdo con la determinación del Tribunal, la relación de trabajo a que se refiere la procesada debe limitarse al lapso en que se presentó la mora constitutiva del delito imputado, esto es el comprendido en el oficio 080 del 26 de noviembre de 1992 librado por la Procuradora 175 Judicial en lo Penal –del 21 de noviembre de 1991 al 26 de noviembre de 1992–, "y no a un período precedente o subsiguiente a éste que no tiene nada que ver con el meollo del proceso, ni puede conducir esto a establecer la verdad sobre los hechos investigados..."(Fl. 66).

Además, señala que en el proceso milita la prueba cuyo decreto se pretende. El *a quo* cita, al efecto, los folios 18-27 del Cdno. Orig., en

los cuales también se incluyen varias diligencias de inspección complementarias del asunto que interesa a la acusada y que hacen "innecesaria o superflua" su repetición.

Se consideró que "la práctica de una prueba sobre el record de trabajo integral", que ya existe en el proceso, no va a conducir a hacer más claridad sobre los hechos ni tampoco sobre la responsabilidad de la procesada..." (Fl. 66, Cdno. Tribunal).

Sustentación del recurso de apelación:

Insiste la procesada en la solicitud de que se decrete la práctica de la cuestionada prueba, puesto que en la providencia que resolvió su situacion jurídica (Fl. 168); la que calificó el mérito del sumario con resolución de acusación (Fl. 408 infra) y la de segunda instancia confirmándola, cuyos apartes pertinentes reproduce (Fls. 17-18 y 22-23, Cdno. 2a. instancia), se hace hincapié en "los oficios anexados por el Fiscal de la época, que van del folio 42 al 94, siendo que, de constatarse mediante inspección para establecer el record integral, se probaría todo lo contrario..." y el "record" acreditado en el proceso "corresponde solo a un año, cercenando el derecho a que se valore la actuación correspondiente al período 1990-1992, para estar en igualdad de condiciones" frente a tal prueba de cargo.

Cree así dejar demostrado que los oficios del Agente del Ministerio Público fueron efectivamente valorados de manera adversa a su causa, respecto de un periodo comprendido entre los años 1990-1992 y por lo mismo reclama que la relación laboral en este lapso sea traída al proceso, pues con ella se podría concluir la ausencia del elemento subjetivo del delito que se le atribuye.

Agrega que si no se le atiende esta petición, el debido proceso saldría mal librado por la vía del quebranto del derecho que le asiste de controvertir las pruebas que gravitan en su contra. También menciona que se quebrantaría su derecho a la defensa, y cita, al efecto, un segmento jurisprudencial de esta Sala, el cual reproduce (Fl. 76, Cdno. Tribunal).

Termina solicitando la revocatoria de la providencia impugnada, de fecha 27 de mayo de 1994.

Consideraciones de la Corte:

Frente a las pruebas denegadas por el Tribunal Superior de Valledupar, la actora recurrió la decisión, tanto su reposición como en subsidiaria apelación. En ambas sustentaciones el foco de inconformidad radica en la negativa del juzgador a elaborar, como medio probatorio favorable a su defensa, una relación de todas las actividades judiciales que ella realizó durante el período laboral 1990-1992, pues el que se le ha tenido en cuenta (1991-1992) no comprende todas sus ejecutorias, lo que considera desventajoso frente a la prueba de incriminación.

El artículo 250 del C.P.P., en desarrollo del principio de condudencia probatoria, preceptúa que la prueba inconducente, vale decir aquella que no sirva para establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso, debe ser rechazada, de manera que la conducencia de la prueba viene dada por la íntima relación que exista entre los hechos imputados y el medio probatorio que se reclama.

Dicho de otra manera, la prueba es conducente cuando por su particular relación con el hecho delictivo y/o la responsabilidad del procesado, puede servir al juez como elemento de convicción para formarse el juicio de valor, positivo o negativo, respecto a éste o aquel aspecto.

La corporación de primera instancia rechazó la pretensión del recurrente tras considerar innecesaria e inconducente o superflua la relación de actividades jurisdiccionales como medio probatorio, porque ella obra en el proceso por el período noviembre 1991-10 diciembre de 1992, al cual "se concreta el retardo o la mora generante del probable delito de Prevaricato Omisivo...".

Sin embargo, al examen integral del proceso la Sala encuentra que a la recurrente le asiste algo de razón en su inconformidad con la

decisión censurada, según surge de confrontar la realidad procesal, con la posición que asume el *a quo* y lo que en contravía afirma la censora.

En efecto, en las tres providencias que cita la procesada y cuyos apartes pertinentes transcribe, se hace hincapié, como elemento de prueba incriminador, en la tardanza de la funcionaria para producir el acto procesal subsiguiente en determinadas oportunidades, comportamiento advertido y recriminado de manera reiterada por el Agente del Ministerio Público en los múltiples oficios que desde el 15 de marzo de 1990 empezó a dirigirle, sin eco en la mayoría, los cuales conforman los folios 42 al 98 del Cdno. Original.

Además, al examinar los folios 18-27 del mismo cuaderno, se encuentra que la relación laboral que allí se acredita no abarca desde el mes de marzo de 1990, sino que inicia a partir del mes de noviembre de 1991, y se hace referencia a los actos de omisión denunciados por la Procuradora 175 Judicial en lo Penal ante el Tribunal de Valledupar y no a los procesos a que aludía en insistentes reclamos el entonces Fiscal colaborador del Juzgado 1o. Superior.

De otra parte, acreditar el rendimiento laboral de la acusada por un período un poco más amplio, redundará en un mejor conocimiento de su personalidad respecto de la asunción y desarrollo de la actividad judicial, como aspecto especial integrante del objeto de la investigación penal (Art. 334.5, C.P.P.).

Siendo así las cosas, resulta conveniente que se produzca la única prueba que echa de menos la procesada recurrente, pues tiene relación con una parte del objeto de la acusación.

Entonces la Sala revocará parcialmente el auto recurrido y en su lugar accederá a la pretensión de la impugnante, en el único elemento de prueba en que ella insiste y que es, además, conducente.

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

Resuelve:

1. *Revocar* parcialmente el auto de fecha, naturaleza y procedencia indicadas.

2. *Decretar* la práctica de la prueba solicitada por la procesada, doctora LUZ DEL ROSARIO REDONDO JIMENEZ, consistente en una relación de las actividades judiciales que ella realizó, inicialmente como Juez 1o. Superior y después en su calidad de Juez 1o. Penal del Circuito de Valledupar, durante el período comprendido entre el mes de marzo de mil novecientos noventa (1990) y el 21 de noviembre de 1991 (f.65, cdno. Tribunal).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, no firma; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.V.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

EXTRADICION / PRUEBA

Tanto la admisión como la orden de práctica de pruebas se hallan sometidas a los principios de legalidad, necesidad, libertad, oportunidad, publicidad, contradicción y conducencia que rigen en general para las actuaciones procesales, y en particular para el recaudo en materia penal, lo que deriva en la necesidad de su admisión cuando la aportación no lleve a la verdad sobre los hechos motivo del debate, o simplemente se intente la aducción o práctica de medios ileales, prohibidos, ineficaces, impertinentes o superfluos.

En el ámbito específico del trámite de extradición, ese objeto de la prueba se concreta a los temas que los tratados públicos hagan relevantes, y en su defecto o complemento a los demás aspectos que determine el Código de Procedimiento Penal, a los cuales se circunscribirá el análisis de su viabilidad o rechazo.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.

Aprobado Acta número 123.

Vistos:

Decide la Sala sobre la admisibilidad de las pruebas solicitadas en tiempo por el defensor de los reclamados en extradición HECTOR GONZALEZ DE ARMAS o HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA y EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ, y de manera directa por el propio señor GONZALEZ GORRONDONA, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Antecedentes:

1o. El 1o. de noviembre de 1993 el Juzgado 22 de primera instancia en lo penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la circunscripción judicial del área Metropolitana de Caracas Venezuela decretó la detención judicial del súbdito Venezolano HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDOLA, decisión confirmada por el respectivo Tribunal Superior el 29 de marzo de 1994, haciéndola extensiva en contra de la ciudadana de esa nacionalidad EDILIA DE LA ROSA DE GONZALEZ.

Recibida la primera solicitud de intervención con fines de extradición, la Fiscalía Geñeral de la Nación expidió el 14 de junio del año que transcurre la respectiva orden de aseguramiento en contra de los requeridos señores GONZALEZ y DE LA ROSA, librando al Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– comunicación para el cumplimiento de la aprehensión, medida que esta entidad da por cumplida en la misma fecha.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia comunicó al día siguiente a la Embajada de la República de Venezuela en Santafé de Bogotá sobre la aprehensión de los ciudadanos venezolanos citados, folio 178 del cuaderno de Anexo No. 1, iniciándose el trámite formal del requerimiento de extradición agregado ahora en los folios 180/181, 185, 179 y 130 a 172 *ibídem*. Incluida en el legajo la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela favorable a la solicitud, el Ministerio de Relaciones Exteriores del vecino país suscribió la nota del 28 de julio de 1994 dirigida a la Cancillería colombiana, documentos que por el conducto diplomático llegaron al Ministerio de Justicia y de allí ahora a la Corte para el trámite de rigor.

2. Recibida la solicitud en esta Sala y formalizada la representación de los dos aprehendidos que recayó en un mismo defensor, el asunto se abrió a pruebas presentando el apoderado común de los reclamados GONZALEZ DE ARMAS o GONZALEZ GORRONDONA y EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ, la siguiente pormenorizada solicitud:

1. Que se oiga en versión a los aprehendidos con el fin de establecer la fecha exacta de su retención, hecho que estima trascendente para determinar en su momento la procedencia de su libertad, y demostrar que la documentación mediante la cual se solicita la extradición se presentó de manera extemporánea. Así mismo, para que se explique la manera como se llevó a cabo el allanamiento de la vivienda ubicada en la carrera 7a. No. 92-A-80 apartamento 203, y que los hechos por los cuales están siendo procesados en Venezuela no constituyen delito en la legislación colombiana.

También para que aporten datos sobre los graves atentados y amenazas que han sufrido con ocasión de estos hechos, y para que HECTOR GONZALEZ hable sobre su fuga.

2. Bajo los numerales 3, 4, 13 y 14 se solicita la recepción de las declaraciones de la periodista Astri Legarda, Mauricio Gutiérrez y Gonzalo Gutiérrez, Ricardo Koeslin, Bertha González y Miguel de la Rosa para que se determine en qué día y forma se llevó a cabo el allanamiento y la aprehensión de los GONZALEZ, y nuevamente con relación a las amenazas de muerte que existen en su contra.

3. El punto 5o. del escrito se orienta a que los documentos y piezas procesales, declaraciones y demás elementos del expediente procedente de Caracas estén autenticados, tal como lo dispone el artículo VII del Tratado de 1913.

4. Quiere también la defensa –punto 6o.– que el Juzgado 22 de Salvaguarda del Patrimonio Público de Caracas remita en copia la versión de Juan Ramón Verges Peña, la cual permitirá establecer si la infracción que se imputa cabe dentro del principo de la doble incriminación que exige la extradición para que prospere.

5. Para probar que el hecho por el cual se ha decretado la detención en Venezuela no se hallaba configurado como delito a la época en que se suscribió el tratado, y que además en la legislación colombiana la sanción para esa clase de conductas resulta inferior a los seis meses de privación de libertad, bajo el punto 7 se invoca la declaración de Charo Ciciola.

6. Que la Corte Suprema de Justicia de Venezuela envíe copia de las disposiciones Constitucionales y legales que prohíban la aplicación de la analogía –punto 8–.

7. Que el funcionario de Extranjería del DAS doctor Nelo Armando Cañón T. declare sobre la intervención de la Policía Técnica Judicial Venezolana en el presente asunto, e informe desde qué momento los reclamados en extradición fueron capturados –prueba 9–.

8. Que se oficie a la Dijin para que informe si los señores GONZALEZ fueron privados de su libertad, en qué fecha, por qué delitos y por orden de qué autoridad –prueba 10–.

9. En el mismo sentido del punto anterior el punto 10 del escrito petitorio reclama que la Dijin y el GOES informen si hubo o no allanamiento, quién lo ordenó, y si en tal hecho participaron miembros de la Policía Judicial Venezolana. En tal caso, donde reposan las diligencias relacionadas con estos hechos.

10. Bajo el punto 12 finalmente se demanda la adjunción a este expediente de la actuación relacionada con el allanamiento y la privación de libertad de los ciudadanos reclamados en extradición.

3. En escrito que suscribe directamente HECTOR GONZALEZ GORRONDONA se insiste en la práctica de la mayoría de las pruebas reclamadas por su defensor, y más exactamente en las enunciadas en los puntos 1., 3., 4., 9., 11., 13. y 14.

Adicionalmente en los puntos 1o. y 9o., orienta la solicitud a que se oigan las declaraciones de Gladis Ladino y Adolfo Florez sobre las circunstncias que rodearon su aprehensión y la de doña EDILIA ISABEL, y en el 10o. la extiende al recaudo de la versión del señor Cónsul de Venezuela en Colombia para que diga si hubo intervención en ese operativo por parte de la Policía Técnica Judicial de Venezuela y de la Dijin desde el día 9 de junio de 1994.

Por último y en el punto 11. se invoca la declaración del señor Ambrosio Niño Córdoba, Jefe de la División de Migración y

Documentación del DAS para que aclare las circunstancias de expedición del Salvonconducto expedido a su nombre que acompaña y reposa en el folio 27 del cuaderno de la Corte.

4. Vencido el término del traslado para solicitud de pruebas se recibió un nuevo memorial del retenido HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA, insistiendo en la declaración del señor Cónsul de Venezuela en Santafé de Bogotá para que se esclarezca lo relacionado con las capturas.

Consideraciones de la Corte:

1. Tanto la admisión como la orden de práctica de pruebas se hallan sometidas a los principios de legalidad, necesidad, libertad, oportunidad, publicidad, contradicción y conducencia que rigen en general para las actuaciones procesales, y en particular para el recaudo en materia penal, lo que deriva en la necesidad de su inadmisión cuando la aportación no lleve a la verdad sobre los hechos motivo del debate, o simplemente se intente la aducción o práctica de medios ilegales, prohibidos, ineficaces, impertinentes y superfluos.

En el ámbito específico del trámite de extradición, ese objeto de la prueba se concreta a los temas que los tratados públicos hagan relevantes, y en su defecto o complemento a los demás aspectos que determine el Código de Procedimiento Penal, a los cuales se circunscribirá el análisis de su viabilidad o su rechazo.

Si lo anterior resulta exacto, es de advertir que por regir entre las Repúblicas de Colombia y Venezuela, según lo certifica el Ministerio de Relaciones Exteriores el tratado suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, aprobado entre nosotros mediante ley 26 de octubre 8 de 1913, los aspectos para esta controversia relevantes se concretan en demostrar:

a) Que los solicitados en extradición se encuentren procesados o condenados por alguno de los delitos establecidos en el artículo segundo del tratado, y que no correspondan a los denominados delitos políticos o conexos con estos.

b) Que con arreglo a las leyes de uno u otro Estado, el máximo de la pena de privación de libertad sea superior a los seis meses, sin que haya operado aún la prescripción.

c) Que la solicitud se haga por la vía diplomática, acompañando la sentencia o el auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito, la fecha de su perpetración y las pruebas en virtud de las cuales se emitió, haciendo aporte de las providencias en originales, o en su defecto en copia debidamente autenticada, y duplicados del texto de la ley que al caso sea aplicable, y

d) Que opere el principio de la doble incriminación.

De modo complementario se ha de precaver que el extraditable esté debidamente identificado, y que no se trate de un colombiano por nacimiento (artículos 35 de la Constitución Política, 17 del Código Penal y 546 y siguientes del Código de Procedimiento Penal).

2. Como el concepto que a esta Corporación incumbe emitir de acuerdo con el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, ha de versar tan solo en estos temas, para el caso de la controversia ello significa la ausencia de interés para la aducción de todo ese cúmulo de medios bajo los cuales se pretende establecer si los retenidos HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA o DE ARMAS Y DILIA ISABEL DE LA ROSA habían sido aprehendidos por las autoridades policivas ya antes de que la Fiscalía General de la Nación librara la orden del 14 de junio del año que avanza, y si, de haber ello sucedido, lo fueron por hechos diferentes de los que suscitan la extradición. E incluso, si en la realización de la captura recibió o no la Policía colombiana la colaboración de la Interpol o de autoridades extranjeras para facilitar, por vía de ejemplo, la plena identificación de las personas requeridas o su ubicación.

Si como aquí parece se busca demostrarlo, llegaron a mediar en la aprehensión actos de exceso, de arbitrariedad o de abuso, claro debe quedar que su instrucción tendrá que hacerse por cuerda separada y por la autoridad que sea competente, mas no dentro de éstas diligencias, pues lejos de pretender ocultamiento o impunidad para cualquier acto punible,

lo que ha de quedar claro por entero es la especialidad de estos ritos, que no por voluntad del requerido en extradición pueden trocar su naturaleza ni sus fines. De este modo se advierte que si el señor defensor o sus representados tienen noticia de la posible comisión de un hecho punible atañedero con la retención de los solicitados en extradición, su obligación sera la de enterarlo de inmediato a la Fiscalía General de la Nación, pues en cuanto a estas diligencias concierne, tan solo el día 14 de junio de 1994 y atendiendo solicitud verbal de la Embajada de la República de Venezuela expidió el Fiscal la orden de captura en contra de HECTOR GONZALEZ y EDILIA DE LA ROSA DE GONZALEZ, cumplida por el DAS para este proceso en esa misma fecha, según noticia que en tal sentido se trasladó al Gobierno requirente.

La misma razón que acaba de anotarse resulta suficiente para desestimar la práctica de los testimonios de HECTOR GONZALEZ DE ARMAS o GONZALEZ GORRONDONA y EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ, y de la periodista Astri Legarda, de Mauricio Gutiérrez, Gonzalo Gutiérrez, Ricardo Koeslin, Bertha González y Miguel de la Rosa, del Doctor Nelio Armando Cañón, Gladys Ladino, Adolfo Florez y el señor Cónsul de Venezuela en esta ciudad; tampoco y por los mismos motivos resulta procedente solicitar y allegar la información que se demanda de la Dijin, el DAS y el GOES sobre las circunstancias atinentes con la aprehensión de los señores GONZALEZ y DE LA ROSA ni copia de la documentación relacionada con ese procedimiento.

E igualmente se torna irrelevante para los fines del concepto en trámite entrar a averiguar sobre las causas que pudieron mediar para la expedición del salvoconducto de permanencia extendido por el DAS a HECTOR JOSE GONZALEZ desde el 10 hasta el 14 de junio último y que se trae al folio 27 del cuaderno de la Corte, porque en el rito presente se muestra contingente saber las circunstancias bajo las cuales se hallaba el extranjero en territorio colombiano.

3. En el escrito que suscribe el defensor también se justifica el interrogatorio de los señores GONZALEZ-DE LA ROSA para que enteren sobre los atentados y amenazas que ha sufrido con ocasión de estos hechos y de las circunstancias que rodearon la fuga del primero.

Vistos de nuevo los requisitos y limitantes para la emisión del concepto sobre extradición, una vez más se torna improcedente la adjunción de la prueba que se impetra, porque si ella apunta a conseguir medidas de seguridad más exigentes para la guarda de la vida e integridad de los retenidos bastará con que en tal sentido ello se exprese con miras a proveer su traslado a un centro de mayor resguardo, pero si los temores se refieren a la suerte futura de la pareja ante un eventual retorno a su patria, es de advertir que su protección en ese caso quedaría a cargo del Estado reclamante, sin que ello incida ya en las resultas finales de la decisión sobre extradición que al Gobierno de Colombia corresponda, motivo que se agrega para denegar el interrogatorio sugerido, lo mismo que en lo pertinente el de los declarantes Astri Legarda, Mauricio y Gonzalo Gutiérrez, Ricardo Koeslin, Bertha González y Miguel De la Rosa a quienes se solicita preguntar en tal sentido.

4. Que se traslade la versión de Juan Ramón Verges Peña rendida ante el Juzgado 22 de Salvaguardia del Patrimonio Público con sede en Caracas se implora para acreditar que la infracción que se imputa no se encuentra dentro del principio de doble incriminación que supedita la prosperidad de la extradición, y de la misma estirpe aparece la solicitud encaminada a que la Corte Suprema del vecino país remita en copia los preceptos constitucionales y legales que allí prohíben la aplicación de la analogía.

Siendo el propósito de los medios el de fijar si en este evento se cumple o no el principio de la doble incriminación, una vez más las pruebas tendrán que denegarse por improcedentes, porque el estudio que en derecho corresponde en este tema es carga privativa de la Corte a la que asigna el legislador la valoración de los propios preceptos y su cotejación con la calificación expresa que han cumplido los jueces del Estado requirente, sin que en esa misión pueda desplazarla el concepto de legos ni de expertos, enteramente contingentes dentro del propósito anunciado.

5. Es procedente en cambio declarar, para otorgar respuesta a los reparos que se insinúan en el punto 5o. del escrito del defensor común, que las piezas procesales remitidas por el Estado reclamante cumplen

con la exiencia de su autenticidad, como que avaladas por la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, la firma de esta funcionaria aparece luego legalizada por el Registrador Principal Interino de Caracas, la de éste por el Ministerio de Justicia de Venezuela, y ésta nueva firma garantizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del vecino país, con el respaldo final del Cónsul General de Colombia en Caracas.

No sucede lo mismo con la documentación que envía el Ministerio de Justicia respecto de la actuación de la Fiscalía General de la Nación, recibida en copias informales, sobre la cual procede disponer su formalización.

Es de aclarar para concluir que memorial recibido en la Sala de Casación Penal de la Corte el señor defensor solicita la expedición de fotocopia de la providencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, así como de las piezas procedentes de Caracas originadas con antelación a esa determinación. Tal pedimento se ajusta a derecho y a las prerrogativas que asisten a la defensa dentro del trámite en curso, motivo que conducirá a su autorización.

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

Resuelve:

Primero: Denegar por improcedentes las pruebas solicitadas tanto por el defensor de los solicitados en extradición señores HECTOR GONZALEZ DE ARMAS O GONZALEZ GORRONDONA Y EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ, como de modo directo por el primero de los aprehendidos.

Segundo: Tener como prueba válidamente aportada a esta actuación la documentación procedente del estado reclamante por la vía diplomática y recibida del Ministerio de Justicia.

Tercero: Solicitar al Ministerio de Justicia y del Derecho la remisión mediante copia auténtica de la actuación cumplida dentro del presente asunto por la Fiscalía General de la Nación, y

Cuarto: A expensas del señor defensor solicitante, autorizar las copias requeridas y a las cuales se alude en la parte considerativa.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

IMPUTABILIDAD

De comprobarse este especial estado, (inimputabilidad) el juicio de responsabilidad se impondría de todas maneras por su comportamiento típico y antijurídico, pues es indiscutible que una persona en tales condiciones está en capacidad de lesionar o poner en peligro mediante conducta típica, bienes jurídicos penalmente tutelados. Lo que no puede hacer es actuar con culpabilidad ya que necesita comprender en el momento del hecho, la antijuridicidad de su comportamiento y auto determinarse conforme a esta comprensión, que es bien diferente.

Para que el comportamiento de un procesado pueda ser ubicado dentro del marco de la inimputabilidad es preciso acreditar que al momento de realizar el hecho punible no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez sicológica o trastorno mental, situación que por sus significativas consecuencias punitivas debe ser plenamente comprobada sin que basten para su exacto y cabal reconocimiento simples afirmaciones, conjeturas o meras alusiones sobre su existencia.

El medio de convicción idóneo para su verificación es el examen psiquiátrico, inexcusable cuando en el expediente subsisten indicios reveladores de que el procesado pudo encontrarse al momento de realizar el injusto en estado de perturbación, desarreglo o alteración de la esfera emotiva de la personalidad, causados por factores patológicos permanentes o transitorios o por circunstancias ajenas a esos factores sin que la experticia signifique plena prueba, pues la última palabra corresponde emitirla al juzgador luego de confrontar esas conclusiones con los demás elementos probatorios arrimados al proceso.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia M.

Aprobado Acta número 123.

Vistos:

Decide la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado FRANKLIN NICOLAS VASQUEZ MEDINA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el quince (15) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), confirmatoria en lo fundamental de la dictada en primera instancia por el Comandante de Policía Metropolitana del Valle de Aburrá (Medellín), que lo condenó como autor responsable de un delito de homicidio simple y abandono del puesto a diez (10) años y tres (3) meses de prisión.

Fijó el Tribunal la pena principal de diez (10) años y un (1) mes de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, separación de las Fuerzas Armadas y de Policía, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal:

Aparecen fielmente reseñados por la Delegada, de la siguiente manera:

> *"El día veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y dos la Cadena radial Caracol programó una actividad cultural en el polideportivo de la ciudad de Envigado con el propósito de celebrar un aniversario más de alguna de sus emisoras.*
>
> *"El evento, de carácter popular, reunió a varios artistas y miles de espectadores, razón por la cual se solicitó el servicio de seguridad a las autoridades de policía del municipio, quienes dispusieron su prestación con Agentes Auxiliares al mando de un oficial y varios suboficiales. Entre los primeros, se encontraba*

el señor FRANKLIN NICOLAS VASQUEZ MEDINA, de dieciocho años de edad.

"Terminado el espectáculo y poco después de las ocho de la noche, los suboficiales dieron a sus subalternos la orden de desalojar el polideportivo, y a ello procedieron VASQUEZ MEDINA, quien había ingerido licor en el curso de la tarde (dos cervezas, según su dicho), se enfrentó entonces al empresario artístico Luis Albenis Delgado Morán con quien al parecer tuvo algún altercado y en medio de la situación disparó en tres oportunidades contra la humanidad del particular, causándole la muerte.

"Con fundamento en el informe policivo corresopndiente, el Juzgado Noventa y tres de Instrucción Penal Militar inició la invetigación penal en auto de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y dos. Escuchando el acusado en indagatoria y recaudada abundante prueba, el funcionario instructor resolvió su situación jurídica en auto del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, proveído en el cual ordenó también remitir al sindicado al Instituto de Medicina Legal para que allí se le practicara una evaluación de su estado mental.

"Realizado el examen solicitado, con apoyo en historia clínica del acusado proveniente de la Liga Antioqueña contra la Epilepsia y en algunos otros datos, el Instituto de Medicina Legal conceptuó que en el momento de la comisión del hecho el acusado no presentaba trastorno mental o inmadurez sicológica 'que suprimiese en forma total y absoluta en él la capacidad de distinguir lo lícito de lo ilícito o de orientar sus actuaciones de acuerdo con esa capacidad de distinción'.

"En auto el diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y tres el Comandante de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá –Juez de primera instancia–, declaró cerrada la investigación. Luego, en Resolución No. 0002 del veintisíes de febrero del año citado, la misma autoridad convocó Consejo

Verbal de Guerra para juzgar al agente auxiliar de la Policía Nacional FRANKLIN NICOLAS VASQUEZ MEDINA como autor de los delitos de homicidio voluntario y abandono de puesto.

"El citado Consejo se realizó el doce de abril de mil novecientos noventa y tres y culminó con veredicto de responsabilidad, por unanimidad, respecto de los dos delitos materia de juzgamiento.

"El día quince de abril de mil novecientos noventa y tres se dictó sentencia de primera instancia por parte del Presidente del Consejo Verbal de Guerra y en ella se acogió el veredicto pronunciado y se condenó a FRANKLIN NICOLAS VASQUEZ MEDINA a la pena principal de diez años de prisión.

"Apelada la decisión, el expediente pasó al Tribunal Superior Militar que en sentencia del quince de junio de mil novecientos noventa y tres confirmó la de primera instancia, modificándola en el sentido de aumentar la pena principal a diez años un mes de prisión y fijar como sanciones accesorias las de separación absoluta de las fuerzas militares y de la policía, así como la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal".

La demanda:

Con fundamento en la causal *primera* prevista en el artículo 442 del Código Penal Militar, el recurrente formula un único cargo. Considera que se presenta violación directa de la ley sustancial por error de hecho, dado que el fallador ignoró importantes pruebas que acreditan la inimputabilidad por trastorno mental en que "pudo" actuar el inculpado, debido al avanzado estado de embriaguez en que se encontraba.

Se refiere al dictamen de embriaguez positivo practicado a su patrocinado y a las declaraciones de los oficiales Henry Caicedo García y Germán Virgilio Moreno, probanzas que, en su sentir, demuestran un

estado de ebriedad aguda y, por ende, una "turbación mental de singular incidencia en el plano cognoscitivo".

Ese estado, sostiene, fue causado por la fuerte cantidad de licor ingerida, jamás por "dos cervezas", o si no, cuál la razón para que VASQUEZ MEDINA presentara un cuadro de repetidas náuseas y pérdida del equilibrio conforme lo narran los testigos directos. Era notorio el "lamentable estado de beodez".

Más adelante critica la decisión de los juzgadores que descartaron la inimputabilidad fundamentándose exclusivamente en una experticia siquiátrica. En su sentir, esa prueba peca por insuficiente pues fue practicada un mes y medio después de ocurridos los hechos, es decir, cuando el experto no podía observar los efectos trastornantes que en la mente del examinado causó la ingestión de "por lo menos una botella de aguardiente".

El dictmen, afirma el actor, no pasó de "un mero examen escueto, de momento, y circunscrito a lo que el forense observaba en ese momento", pasando por alto el cuadro epiléptico referido por el paciente.

Insiste a continuación en que el Tribunal afirmó la imputabilidad otorgando preponderancia a la prueba siquiátrica, dejando de lado los testimonios y la experticia de embriaguez practicada recién ocurrido el lamentable hecho. De ahí, el yerro probatorio aducido, determinante para no considerar que VASQUEZ MEDINA venía sufriendo trastornos mentales derivados de la epilepsia y que en el momento de los hechos "era un autómata que se desenvolvía dentro de un plano de embriaguez que le restaba toda capacidad cognoscitiva y le impedía, lógicamente, medir las consecuencias de su actuar".

Después de señalar las disposiciones que considera infringidas e insistir en el estado de inimputabilidad del procesado, concluye impetrando de la Sala se case la sentencia para que, reconociendo esa circunstancia, en fallo de sustitución "se exonere de responsabilidad" y, por ende, se absuelva al acusado.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

En abierto desacuerdo con la tesis del censor, el representante del Ministerio Público impetra desestimar la demanda pues incluso salvando sus deficiencias técnicas, el fondo de la cuestión no tiene razón de ser. En su opinión, el Tribunal obró atinadamente al no reconocer la inimputabilidad alegada, debido a que no se cumplen sus presupuestos.

Para el Procurador Delegado, aunque no puede negarse el "avanzado estado de embriaguez" que padecía Vásquez, ello no autoriza a concluir que para el momento de los hechos éste no tuviera la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o careciera de posibilidades para orientar sus acciones de acuerdo con dicha comprensión.

Lo único que puede extraerse de los testimonios de los oficiales Caicedo García y Moreno Ardila –argumenta más adelante– inclusive con lo afirmado en indagatoria, es el comentado estado de embriaguez. Nada más. Estas pruebas "no aportan a la investigación datos clínicos que demuestren una obnubilación tal de la conciencia que determinara una acción inconsciente o incontrolable por la voluntad".

Por el contrario, lo narrado en la injurada es consecuente con el acontecer, discordando en cuanto a la coartada que se pretendió imponer y eso revela la conservación de la memoria anterógrada y, por lo mismo, un dato importante para sostener que la ebriedad no era de tal naturaleza como para que el procesado estuviera imposibilitado en conocer la ilicitud de su acción, o determinarse de acuerdo con ella.

Tras reafirmar la improsperidad del cargo, concluye solicitando se case por via oficiosa y en forma parcial la sentencia impugnada en consideración a que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se fijó por encima del máximo legal.

La Corte:

1. La impugnación se basa en la situación de inimputabilidad que presentaba el procesado en el momento de los hechos, debido al avanzado

estado de embriaguez en que se encontraba. De asistir razón al censor, debió plantear el ataque en el ámbito de la causal tercera de casación prevista el artículo 442 del Código Penal Militar, pues de conformidad con el artículo 693 del mismo estatuto, el juicio adelantado a un inimputable excluye la intervención de vocales. La afirmación o no de responsabilidad en tales casos corresponde exclusivamente al juez de derecho.

Si para el acto sub examen se permitió la intervención de vocales y con fundamento en la veredicción se profirió sentencia, es claro que se incurrió en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso. La nulidad sería la medida.

La censura, entonces, formalmente está mal formulada. Esto impide de entrada acometer el estudio de la cuestión, dados los principios de limitación y neutralidad de estricta observancia en la postulación y decisión de recurso extraordinario.

2. Pero no es éste el único desacierto. La imprecisión y la inconsistencia también oscurecen el planteamiento. Con fundamento en la causal "exculpatoria de la inimputabilidad", depreca el actor la exoneración de responsabilidad y, por ende, se "absuelva a plenitud" al procesado. La aseveración no puede ser más equivocada. Repárese.

De comprobarse ese especial estado, el juicio de responsabilidad se impondría de todas maneras por su comportmiento típico y antijurídico, pues es indiscutible que una persona en tales condiciones está en capacidades de lesionar o poner en peligro mediante conducta típica, bienes jurídicos penalmente tutelados. Lo que no puede hacer es actuar con culpabilidad ya que necesita comprender en el momento del hecho, la antijuridicidad de su comportamiento y autodeterminarse conforme a esta comprénsión, que es bien diferente.

3. No obstante, estas inconsistencias y la otra de orden técnico advertida por la Delegada, como que el libelo invoca violación directa de la ley sustancial, pero el desarrollo corresponde a un quebrantamiento indirecto (omisión y análisis defectuoso de algunas pruebas), incurriendo

así el actor en una insalvable contradicción al admitir y al mismo tiempo negar los hechos y las pruebas. Para la Sala es claro que la investigación no tolera el planteamiento que pretende imponer la demanda y menos la solución en ella contenida.

4. Para que el comportamiento de un procesado pueda ser ubicado dentro del marco de la inimputabilidad –ha dicho la doctrina y la jurisprudencia con reiteración– es preciso acreditar que al momento de realizar el hecho punible no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez sicológica o trastorno mental, situación que por sus significativas consecuencias punitivas debe ser plenamente comprobada sin que basten par su exacto y cabal reconocimiento simples afirmaciones, conjeturas o meras alusiones sobre su existencia.

El medio de convicción idóneo para su verificación es el examen siquiátrico, inexcusable cuando en el expediente subsisten indicios reveladores de que el procesado pudo encontrarse al momento de realizar el injusto en estado de perturbación, desarreglo o alteración de la esfera emotiva de la personalidad, causados por factores patológicos permanentes o transitorios o por circunstancias ajenas a esos factores, sin que la experticia signifique plena prueba, pues la última palabra le corresponde emitirla al juzgador luego de confrontar esas conclusiones con los demás elementos probatorios arrimados al proceso.

5. Para el caso sub judice, aparece un dictamen emitido por el psiquiatra forense del Instituto Nacional de Medicina Legal Regional de Medellín. En él, se lee lo siguiente:

> *"10. DISCUSION: Hay constancia de la liga antioqueña de la epilepsia de que VASQUEZ MEDINA presentó una epilepsia la cual fue tatada en esa entidad y cuya última consulta fue el año de 1989. Coincide en que hay una pequeña cantidad de licor, dos cervezas, y en haberla ingerido, tanto VASQUEZ MEDINA, cuanto su compañero y así mismo coincide en la anomalía física presentada por el sindicado en el momento del examen tanto el resultado de la pericia que dá el médico, cuanto*

la versión que da el oficial de la policía que la presenció. Entonces podemos admitir que VASQUEZ MEDINA presentaba una embriaguez inducida por el consumo de dos cervezas lo que le hizo alterar la percepción de los hechos y la cordinacion motora. Unido esto a un terreno de tipo epiléptico. Pero esta alteración, no consistió en la supresión absoluta y total de la capacidad de discernir lo lícito de lo ilícito sino simplemente en una alteración. Ha sido concordante, a través de todas las actuaciones sumariales del ciudadano VASQUEZ MEDINA en decir que su actuación estuvo orientada a proteger un derecho que sentía amenazado: Su propia vida. Esto no constituye en sí mismo un trastorno mental ni una inmadurez psicológica.

"CONCLUSION: El perito concluye entonces que en el momento de comisión de hechos el ciudadano VASQUEZ MEDINA no presentaba ni trastorno mental ni inmadurez psicológica, de grado tal, que suprimiese en forma total y absoluta en él la capacidad de distinguir lo lícito de lo ilícito o de orientar sus actuaciones de acuerdo con esa capacidad de distinción".

6. Con estas conclusiones del perito, es natural que al juzgador no le haya resultado difícil desechar la inimputabilidad argüida. Por ello, aunque desde la narración de los hechos, el estado de "embriaguez positivo" fue reconocido, no se le otorgó la connotación que pretende el demandante.

7. Así las cosas, pese al estado de embriaguez en que se encontraba VASQUEZ MEDINA, este solo hecho no presupone que al momento de ejecución del injusto no pudiera comprender la criminalidad de los actos o dirigir sus propias acciones. Y es que una cosa es que legalmente se demuestre la embriaguez por la que atravesaba en el momento de los hechos y otra muy distinta que el sujeto así embriagado haya actuado sin facultades para discernir y para elegir, es decir, sin capacidad de culpabilidad.

El estudio del acervo probatorio no indica que el estado de embriaguez fuera de tal magnitud para considerarlo como inimputable

por padecer de un trastorno en su siquismo o en su vida afectiva o de relación. Por el contrario, las primeras explicaciones sobre los hechos rendidas a su superior, Teniente Germán Virgilio Moreno, manifestándole haber reaccionado ante la agresión que con "un cuchillo le hiciera un señor"; y posteriormente la claridad, lucidez y habilidad mental con que rindió sus descargos, recordando a cabalidad las horas, los intervinientes, las conductas asumidas por sus compañeros y la actitud conflictiva de la víctima, acudiendo al recurso de manifestar que el civil lo irrespetó y desconoció la orden de desalojar el estadio donde acababa de realizarse la función, transándose en lucha y accionando su arma en defensa de su vida. Todas estas circunstancias descartan la posibilidad de situar su conducta en el terreno de la inimputabilidad.

8. Exacta, entonces, la conclusión que señala la condición de imputable en cabeza de el acusado cuando ocasionó la muerte al señor Delgado Moran. De ahí que sea correcto su juzgamiento en Consejo de Guerra con intervención de Vocales y la imposición de pena privativa de la libertad al ser hallado culpable de los punibles investigados.

No prospera la demanda.

9. Resta por considerar la solicitud de la Procuraduría Delegada para que de modo oficioso, la Sala corrija el desacierto en que incurre el Tribunal cuando decide imponer diez años y un mes respecto a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, el mismo término fijado para la pena principal.

Reconoce la Sala como evidente el presupuesto en que esa petición se basa. No hay duda que desde el punto de vista legal, el límite máximo de la mencionada sanción accesoria no puede ser superior a diez (10) años de acuerdo con lo previsto en el artículo 39.4 del Código Penal Militar.

La sentencia, por tanto, parcialmente está viciada de nulidad por violación del principio de legalidad de la pena. La alternativa para remediar el agravio es casar por vía oficiosa la sentencia, declarando la Sala que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas es de diez (10) años (arts. 228 y 229-1 C.P.P.).

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

Resuelve:

1o. *Desestimar* la demanda presentada.

2o. *Casar* parcialmente y por vía oficiosa la sentencia del Tribunal Superior Militar, fijando en diez (10) años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído. En lo demás se confirma.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"*; Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"*; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL

El Decreto en mención (2535 de 1993) no hace cosa diferente que reglamentar todo lo relativo con el control y comercio de armas, municiones, explosivos y sus accesorios, que es de monopolio del Estado, ámbito de aplicación que se menciona desde el artículo 1o., y no podía, como evidentemente no lo hace, derogar ni subrogar tipos penales.

De conformidad con el numeral 4o. del Artículo 71 del C. de P.P. el simple porte de armas de defensa personal es de conocimiento del Juzgado Penal del Circuito.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C. primero de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 123.

Vistos:

Decide la Corte, de plano, el incidente de colisión de competencias suscitado entre los Juzgados Regional de Medellín y el Penal del Circuito de Chinchiná (Caldas), dentro de las causas que por los punibles de Homicidio, Violación del Estatuto Nacional de Estupefacientes y Porte Ilegal de Munición perteneciente a Armas de Guerra o de Uso Privativo de la fuerza pública se adelantan contra JOHN MILVER BALLESTEROS GRAJALES.

Antecedentes inmediatos:

1. El 8 de diciembre de 1992, JOHN MILVER BALLESTEROS GRAJALES fue sorprendido en la población de Chinchiná (Caldas) por

agentes de la Policía cuando portaba el revólver calibre 38 largo con seis cartuchos para el mismo y munición (5 cartuchos) catalogados por el perito en balística que posteriormente la sometió a estudio, como "...de uso privativo de las fuerzas Armadas conforme a lo dispuesto en el Decreto 1663/79 Art. 90. modificado por el D. 2003/82 Art. 4o. Literales d) y e)...".

Sobre la base de este dictamen, el conocimiento lo asumió la Fiscalía Regional Delegada de Medellín, la cual resolvió la situación jurídica del imputado en proveído del 12 de enero de 1993 con medida de aseguramiento de detención preventiva como infranctor de los artículos 1o. y 2o. del Decreto 3664 de 1986 y ulteriormente, el 29 de julio del mismo año, profirió en su contra resolución de acusación por porte ilegal de munición de uso privativo de las Fuerzas Militares. Hizo abstracción del porte de arma de uso personal, porque entendió que quedaba subsumido dentro de aquel punible, debido a que "...se observa que el tipo primeramente enunciado reune una mayor riqueza descriptiva y a su vez protege el mismo bien jurídico...".

2. Con la ejecutoria de la resolución de acusación aprehendió el conocimiento el Juzgado Regional de Medellín, el cual enterado de que en el Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná (Caldas) se tramitaban causas acumuladas por los delitos de homicidio y violación a la Ley 30 de 1986, por auto del 8 de febrero del presente año decretó a su vez la acumulación de dichas causas con la que adelantaba por porte ilegal de munición de uso privativo de las Fuerzas Militars para tramitarlas conjuntamente (Fl. 180).

3. En su alegato de conclusión el Procurador Judicial pidió la devolución de la actuación integral al Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná (Caldas), por competencia, fundado en que "...hoy, ante la vigencia del Decreto 2535 e (*sic*) 1993, en tratándose de proyectiles de prohibida venta y uso, tal como lo contempla el art. 49 ib, y no de aquellos de uso privativo de las Fuerzas Armadas, la conducta no encaja dentro de los lineamientos del art. 2o. del Dcto. 3664/86, como tampoco se halla dentro de las restantes correspondientes a los verbos rectores diferentes del porte, tipificados dentro del numeral 1o. del Dcto. último citado..." (fl. 227).

4. El Juzgado Regional de Medellín prohijó los planteamientos anteriores en lacónico auto calendado el 8 de septiembre del año en curso y en consecuencia ordenó la remisión de las causas acumuladas al Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná (Caldas) proponiendo colisión de competencia negativa para el caso de que no compartiera su criterio.

5. Este último Despacho no encontró aceptables las razones que tuvo el Juez Regional para desprenderse del conocimiento de las causas acumuladas, discurriendo así:

"...Al hacer un repaso del multicitado Dto. 2535/93, efectuando una interpretación simple pero sistemática del artículo 49 en el cual apoyan la tesis de incompetencia los funcionarios de Medellín, lo que hace es especificar la prohíbición de VENDER y USAR PARTICULARMENTE municiones explosivas, tóxicas, expansivas y de fragmentación, pues esta labor comercial se radica con exclusividad en las autoridades militares y como destinatarios, los titulares de los permisos correspondientes según el artículo 48, pues los dos artículos que le preceden, definen y clasifican las municiones, pero resulta erróneo pensar que esta norma (Art. 49) *per se*, eliminó el porte de armas de fuego y munición y sólo dejó vigente la prohibición de vender y usar..." (fl. 235).

Aceptó la colisión y, consecuencialmente, remitió el cuaderno original a la Corte para que desatara el conflicto.

Consideraciones de la Corte:

Causa verdadera preplejidad que funcionarios de la categoría de Procurador Judicial y de Juez Regional confundan la naturaleza y alcance de normas jurídicas diversas: la que es de orden penal, estructurada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, elementos estos de los cuales adolece el artículo 49 del Dcto. 2535 de 1993, en la cual se fundan para sostener que, en materia de munición allí referida, sólo es delictuosa la venta y uso particular.

El Decreto en mención no hace cosa diferente que reglamentar todo lo relativo con el control y comercio de armas, municiones, explosivos y

sus accesorios, que es de monopolio del Estado, ambito de aplicación que se menciona desde el mismo artículo 1o., y no podía, como evidentemente no lo hace, derogar ni sobrogar tipos penales, como con ligereza lo pretende el Juez Regional al declararse incompetente.

Lo que acontece es que a tiempo de emitirse el dictamen pericial que determinó que la munición de autos era considerada de uso privativo de las Fuerzas Armadas, se hizo sobre premisas y criterios que para el efecto señalaba el Decreto 1663 de 1979, artículo 9o., modificado por el 2003 de 1982, artículo 4o. literales d) y e), y de ahí que el hecho de que los cartuchos tuvieran como características la punta expansiva y punta hueca que aumentaba su poder destructor fueran concluyentes para el resultado de la pericia. Sin embargo, con la expedición y vigencia del Dcto. 2535 de 1993, que derogó aquellos preceptos y al cual debe acudirse para completar los artículos 1o. y 2o. del Decreto Ley 3664 de 1986 que son tipos penales en blanco, la situación varió sustancialmente pues las señaladas características de la munición no constituyen ya pauta para catalogarlas como de uso privativo de la fuerza pública.

En efecto, al describir el artículo 8o. del Decreto 2535 de 1993 las armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, puntualizó que lo eran:

"a) Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm (38 pulgadas) que no reunan las característica 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, bazuca, 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 infrarrojas, laséricas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores, y

j) Las municiones correspondientes al tipo de armas enunciada en los literales anteriores..." (negrillas fuera de texto).

Fácilmente se observa, entonces, que el criterio actual para establecer si determinada munición es de uso privativo de la fuerza pública no es tanto las características en sí de la munición, sino la naturaleza de las armas que quedaron descritas a las que está destinada, las cuales de suyo ya están significando su alta potencialidad, como que son "...las 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 mantenimento y el restablecimiento del orde público..." a términos del citado artículo 8o.

En nuestro caso, ninguna de las particularidades que precisó el perito en balística en su dictamen (fl.31) como pertenecientes a la munición que le fue incautada al procesado, puede considerarse que corresponden al tipo de armas que se dejaron especificadas precedentemente y por tanto se sustrae al catálogo de las previstas como de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, de donde se sigue que, por tal concepto, se excluye la competencia del Juez Regional para conocer de este asunto.

Ahora, como de conformidad con el numeral 4o. del artículo 71 del C. de P.P. el simple porte de arma de fuego de defensa personal, a cuya denominación pertenece precisamente el revólver que llevaba consigo el imputado, es del conocimiento del Juzgado Penal del Circuito, se dirimirá la colisión fijando la competencia en el de Chinchiná (Caldas) el cual, dentro de sus facultades, deberá adoptar las providencias del caso

atendiendo a que la conducta que se perfila como principal, es la que ha sido determinante para la asignación de la competencia, vale decir,el simple porte de arma de fuego de defensa personal, que dentro de la calificación del mérito del sumario se estimó que quedaba subsumido en el porte de munición considerado por entonces de uso privativo de la fuerza pública y que hoy, por las reflexiones hechas, pierden dicha connotación y pasan, por ende a ocupar otro plano.

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

Resuelve:

Dirimir el incidente de colisión asignando la competencia al JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE CHINCHINA (Caldas), a donde se remitirá inmediatamente la actuación. Infórmesele, con copia de este proveído, al Juez Regional de Medellín.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO, en general, se consuman en el lugar donde el agente se apropia indebidamente de lo bienes, es decir, donde entra a ejercer actos de señor y dueño sobre ellos, desconociendo el derecho de dominio de su legítimo propietario.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C. primero de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número 121 de 26 de octubre de 1994.

Vistos:

Procede la Sala a resolver de plano la colisión negativa de competencias suscitada entre los Juzgados Diecisiete Penal Municipal de Bogotá y Primero Penal Municipal de Bucaramanga.

Antecedentes:

El Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal de Bucaramanga, el 13 de Febrero de 1991, dispuso compulsar copias del sumario 3139 que venía adelantando contra CARLOS JULIO SUAREZ RUEDA y RAFAEL EMILIO RUEDA PRADA, a efecto de que se adelantara por separado una investigación contra el primero de los nombrados, por un presunto delito contra el patrimonio económico de su hermana AURA LEONOR CARMIÑA SUAREZ DE DUARTE

El estudio de dichas copias le correspondió al Juzgado doce de Instrucción Criminal de Bucaramanga, el cual, por auto del 15 de abril

de 1991, dispuso enviar de inmediato las diligencias al reparto de los juzgados de instrucción criminal de Bogotá, tras considerar que las mismas hacían referencia a la indebida apropiación de 82.756 dólares, producto de la indemnización pagada por AVIANCA a causa de la muerte de un hermano de la ofendida, lo que en su criterio constituye el delito de abuso de confianza cuya consumación debe predicarse en Bogotá por ser en esta ciudad donde el agente recibió el dinero y donde dispuso del mismo como si fuese propio, impartiendo instrucciones para depositarlo en el Banco Exterior S.A. de Panamá.

El asunto llegó a manos del Juzgado Noventa y Dos de Instrucción Criminal de Bogotá, el cual en mayo 30 de 1991, abrió la corresopndiente investigación disponiendo vincular mediante indagatoria al imputado CARLOS JULIO SUAREZ RUEDA, diligencia que se cumplió el 28 de junio del mismo año.

El 16 de septiembre de 1991, fue reconocida AURA LEONOR CARMIÑA SUAREZ DE DUARTE como parte civil.

El sindicado amplió su injurada el 27 de febrero de 1992 y su situación jurídica le fue definida el 26 de mayo de 1993 con medida de aseguramiento de caución prendaria equivalente a 20 salarios mínimos mensuales, rebajada posteriormente a cinco.

El 23 de junio de 1993, la Fiscalía 172 de la Unidad de Delitos contra el patrimonio económico, ordenó remitr la actuación al reparto de los juzgados penales municipales de Bogotá por competencia funcional, en razón a que el delito de abuso de confianza entró a formar parte de los que requieren querella (artículo 2o. de la ley 81 de 1993, modificatorio del artículo 33 del Código del Procedimiento Penal).

Fue así como el Juzgado Diecisiete Penal Municipal avocó conocimiento de la investigación el 21 de julio de 1993 y luego de realizar algunas diligencias declaró cerrada la misma el 24 de marzo de 1994.

Vencido el término para alegar de conclusión, el Juez Diecisiete Penal Municipal de Bogotá profirió un auto el 31 de mayo de 1994, señalando que a pesar de estar probado que el sindicado recibió los dólares objeto

del ilícito en la ciudad de Bogotá, la competencia para conocer de este asunto le corresponde al Juez Penal Municipal de Bucaramanga, por ser en esa ciudad donde debía restituir los mismos conforme a la obligación contractual, "máxime cuando se ha determinado que los dineros recibidos hacen parte del inventario de bienes, dentro del proceso de sucesión que está siendo tramitado en el Juzgado 4o. de Familia de la ciudad de Bucaramanga (Fl. 414 del C.O.), los cuales lógicamente deberán ser entregados en esa ciudad".

Consecuentemente dispuso el envío del proceso al reparto de los juzgados penales municipales de Bucaramanga, proponiendo desde entonces COLISION NEGATIVA DE COMPETENCIA al Juez que le corresponda, para el evento de que no comparta sus argumentos.

Finalmente, el 27 de junio del año en curso, asumió conocimiento de la investigación el Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga, ante al cual fue presentada por el defensor del sindicado una petición en el sentido de aplicar el artículo 80 del C. de P.P. y devolver la actuación al juzgado penal municipal del Bogotá que venía adelantándola.

El Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga se pronunció sobre la competencia en auto de 29 de agosto próximo pasado, resolviendo no aceptar el conocimiento del proceso y enviarlo a esta Corporación para que se dirima la colisión negativa propuesta por el Juez Diecisiete Penal Municipal de Bogotá, con apoyo en las siguientes consideraciones:

1. Cuando el sindicado recibió los dólares no existía ningún convenio escrito o verbal que lo obligara a restituirlos en la ciudad de Bucaramanga. Por el contrario, el sindicado ha manifestado que su madre le ordenó consignar los dólares en Estados Unidos y luego trasladarlos a Panamá.

2. En su testamento ROSAURA RUEDA, legítima dueña de los dólares, destinó los mismos a su hija AURA LEONOR CARMIÑA, pero no señaló el lugar donde debían serle entregados.

3. El sindicado es en la actualidad administrador de los bienes sucesorales de su difunta madre ROSAURA RUEDA y dado que el Juzgado

donde se tramita la sucesión no le ha ordenado entregarlos, resulta claro, al sentir del Juez Penal de Bucaramanga, que CARLOS JULIO SUAREZ RUEDA aún no tiene la obligación de entregarlos al Juzgado que tramita el proceso de sucesión.

4 El lugar donde debía cumplirse la obligación de restituir los dolares es incierto, pero arguye el Juez Penal de Bucaramanga que podría afirmarse con mayor propiedad que el delito de abuso de confianza se cometió en Ciudad de Panamá por ser allí donde el sindicado, dentro de un proceso judicial, hizo la manifestación de que los dólares consignados en su cuenta le pertenecían, con lo cual ejerció un acto de disposición sobre ellos, que permitió el embargo de los mismos en dicha ciudad.

5. Por todo lo anterior, debe aplicarse la competencia a prevención consagrada en el artículo 80 del C. de P.P., y siendo que la investigación fue abierta en Bogotá es en esta ciudad donde debe tramitarse la misma, lo que además facilitaría la práctica de pruebas.

Consideraciones de la Sala

Es lamentable que un proceso penal sufra dilaciones como la originada por el Juez Diecisiete Penal Municipal de Bogotá, quien fundándose en la revaluada tesis según la cual el delito de abuso de confianza se cosuma en el lugar donde debían ser restituidos los bienes materia del ilícito, prétendió sustraerse del conocimiento del proceso, precisamente en el momento que debía calificar su mérito sumarial.

En efecto, desde tiempo atrás la Corte ha venido sosteniendo que los delitos contra el patrimonio económico, en general, se consuman en el lugar donde el agente se apropia indebidamente de los bienes, es decir, donde entra a ejercer actos de señor y dueño sobre ellos, desconociendo el derecho de dominio de su legítimo propietario.

De suerte que para determinar la competencia por el factor territorial en el presente caso, carece de significación establecer el lugar donde ha debido producirse la entrega de los bienes, pues lo que realmente importa es ubicar el sitio donde se produjo la aprobación de los mismos.

Sentado lo anterior, no puede quedar duda de que es al Juez Diecisiete Penal Municipal de Bogotá a quien corresponde conocer de este asunto, por lo menos a prevención, tanto por la natualeza y cuantía del ilícito, como por el factor territorial, pues fue en esta ciudad donde se abrió la investigación y, además, donde el sindicado recibió los dólares motivo del litigio y comenzó a disponer de ellos.

No debe perderse de vista que lo que configuraría el delito de abuso de confianza investigado, es que el sindiado se hubiere apropiado, sin el consentimiento de su mandante, de los dólares que AVIANCA le entregó como mandatario de su progenitora, independientemente de las circunstancias surgidas con posterioridad a la muerte de ésta, puesto que la situación legal de ahora, derivada del proceso sucesoral, lógicamente no pudo haber tenido incidencia en el comportamiento realizado por el señor Suárez Rueda en el pasado, por el cual actualmente se le investiga.

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

Resuelve:

Primero. Dirimir el conflicto de competencias suscitado, en favor del Juez Primero Penal Municipal de Bucaramanga.

Segundo. Declarar que la competencia para conocer de la presente investigación corresponde al Juzgado Diecisiete Penal Municipal de Bogotá.

Tercero. Disponer que por Secretaría se remita el expediente al Juez competente y se comunique esta decisión a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DETENCION DOMICILIARIA

Respecto de la detención domiciliaria baste decir que dicha medida es de aseguramiento y, como tal, eminentemente preventiva o provisional, de no recibo cuando, como en el presente caso, se ha proferido sentencia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dos de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aproado Acta número 124.

Conoce la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 30 de noviembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar condenó a PEDRO NEL PEREZ a 4 años y 1 mes de prisión, por el delito de hurto calificado y agravado.

Antecedentes:

1. El lunes 26 de noviembre de 1990, Dolores Barrios Ortega, propietaria del establecimiento comercial "Palacio del cambio", ubicado en la calle 16 No 7-105 de Valledupar, denunció que en la noche del viernes 23 el cajero de esa oficina de cambio de dinero, Pedro Nel Pérez, se apoderó de dos millones de pesos y de dólares y bolívares, acción que cumplió violentando un cajón del escritorio donde éstos reposaban.

Explica la denunciante que el referido viernes, hacia la madrugada, Miguel Enrique Manjarrés Valdez, amigo de Pedro Nel Pérez, llegó a su casa para informarle que esa noche varios sujetos abordaron y violentamente despojaron a Pérez de las llaves de la referida oficina, de la cual sustrajeron los citados elementos. Agrega que cuando ella llegó a

la casa de cambios su empleado le hizo entrega de las llaves que, dijo se habían utilizado para penetrar al aludido negocio y le "metió pánico" para que no avisara inmediatamente del hurto a la policía. Sostiene que de la oficina exclusivamente tienen llaves ella y Pérez por ser su empleado de confianza pues trabaja allí desde hace 8 años. Dice que la versión de éste no es creíble porque además del dinero había en la oficina otros elementos de valor que no fueron sustraídos, como un equipo fotográfico, máquinas de escribir y el revólver del propio empleado.

Capturado Pérez dentro del nombrado negocio el mismo lunes 26, rindió declaración, en la cual repite su versión (fls. 9 y 10). Por su parte, Manjarrés Valdéz declaró que al atardecer del citado viernes 23 fue adonde Pérez para que le cambiara un cheque y que luego salieron y se tomaron unos tragos, como hasta las 10 de la noche, cuando él se fue para su residencia, dejando a Pérez en compañía de otros amigos. Señala que como a las 2 de la mañana Pérez lo llamó por teléfono y le refirió lo ya dicho, motivo por el cual él a su vez se lo comunicó a la quejosa. Dijo que Pérez le rogó por teléfono que "fuera a la oficina, que lo habían atracado" (fls.22-1).

2. El Juzgado Sexto de Instrucción Criminal radicado en Valledupar abrió investigación, escuchó en indagatoria a Pérez (fls. 26 y ss-1), diligencia en la que repite su ya conocida versión, practicó otras pruebas, cerró investigación y la calificó reabriéndola. Como la situacion jurídica de Pérez no se había resuelto, el Juzgado decretó su detención preventiva y le concedió la libertad provisional (fls. 102 y ss.).

Practicadas otras pruebas, nuevamente se clausuró la investigación, pasando el proceso a la Fiscalía 18, Unidad de Previas y Permanente (vigencia nuevo C. P.P.), que profirió resolución acusatoria por el delito de hurto calificado (por la violencia) y agravado (por la confianza) con arreglo de los artículos 349. 350 y 351 del Código Penal (fls. 191 y ss-1).

Apelada esa providencia por el defensor del acusado, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar la confirmó por medio de la suya de 1o. de abril de 1993 (fls. 18 y ss-2).

3. El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Valledupar celebró audiencia pública el 27 de julio de ese mismo año (fls. 222 y ss-1) y dictó sentencia de fecha 19 de agosto (fls. 227 ibídem), por medio de la cual, en consonancia con la acusación, condenó al procesado a la pena principal de 6 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y al pago de los perjuicios, fallo éste que apeló el defensor del acusado, y el Tribunal, mediante el suyo que recurrió el impugnante en casación, lo confirmó, modificándolo para dejar la pena privativa de la libertad en 4 años y 1 mes (tiempo al cual redujo igualmente la mencionada pena accesoria) y en cuanto al monto de los perjuicios.

La demanda:

El casacionista acusa la sentencia "por cuanto es violatoria de la ley sustancial por infracción directa, ya que ha entendido y dedujo que las dudas y sospechas se pueden elevar a la categoría de indicio, además dedujo y confirmó el proveído del Juzgado Sexto Penal del Circuito por los delitos de hurto calificado y agravado, cuando el delito presunto podía ser de hurto agravado, en caso de que recayera éste en cabeza del procesado Pedro Nel Pérez. Nada más con analizar los pasos del delito, en el iter criminis de su delincuencia, no se ha logrado establecer, que la forma conductual aplicada al procesado, éste la haya cometido, y como dije antes su comportamiento se encuentra dentro del ámbito de un hurto agravado y no calificado, porque en el peor de los casos el dinero le había sido entregado a éste en forma personal por su patrona, para que ésta lo asegurara o guardara, y no se demostró a ciencia cierta que hubiese existido violencia sobre las cosas que se encontraban dentro del establecimiento por parte del procesado, además como se dice que él tenía las llaves del establecimiento, no era preciso hacer uso de la violencia, en caso de que éste hubiese sido el autor de la violencia" (fls. 47-3).

Al señalar el "alcance de la impugnación" reitera que la causal que invoca es la prevista en el artículo "219" del Código de Procedimiento Penal, insiste en que no es posible sostener con el Tribunal que las dudas "son indicios de responsabilidad", agregando luego que "a pesar de que

la doctrina y la jurisprudencia nacional a sentado (*sic*) sus criterios en razón de los llamados indicios, éstos no deben confundirse con otras circunstancias que aparezcan en una actuación procesal" (fls. 47-3). Más adelante añade:

> "...aquí tenemos que Pedro Nel Pérez laboraba en el palacio de cambio, que tenía llaves de dicho establecimiento comercial, que trabajaba durante el día como cajero, y que vivía o dormía en dicho establecimiento en una forma aparte a su actividad como cajero, porque tampoco era celador sino que éste dormía allí, por recomendación de la misma propietaria o dueña del establecimiento, no es un indicio en su contra de que los delincuentes no se hayan apoderado de otros objetos de la oficina, tampoco es indicio el montaje creado por el señor representante de la parte civil, de que él al momento de entregar las llaves haya entregado una de las que le fue arrebatada, esto es completamente falso y se puede demostrar con la declaración jurada que rindió en su oportunidad el señor MIGUEL MANJARRES que obra en la foliatura. Cuando dice 'que él mismo fue en su vehículo a buscar un manojo de llaves que tenía la propietaria en su residencia, y allí tenía todas las llaves del establecimiento', de que éste no haya ido a avisarle a la propietaria inmediatamente a su residencia, que según queda cerca al balneario hurtado, tampoco esto es indicio, ya que sabemos que Pedro Nel Pérez se dirigió al establecimiento, puesto que allí tenía pertenencias, tales como su motocicleta, revólver de dotación personal, una cocineta, cilindro de gas y su ropa, ya que él vivía allí de planta y laboraba" (fls.47 y 48-3).

Insiste en que el sentenciador se equívoco al analizar la prueba indiciaria y concluye: "El alcance que brindó la Sala de Decisión Penal, al estimar que las conductas violentadas (*sic*) es el de (*sic*) hurto calificado y agravado, cuando ésta podría ser hurto agravado simplemente, puesto que no existe violencia de ninguna índole en la puerta de entrada del establecimiento, ni en otro aledaño, legalmente probado por medio de inspección judicial, tampoco se ha demostrado materialmente, que fuese

Pedro Nel Pérez el autor del hecho punible de hurto, puesto que esto no se demostró"(fls. 49).

Lo único que en concreto pide el casacionista es la "sustitución de la medida de detención preventiva por detención domiciliaria" (fls.50).

Concepto de la Procuraduría:

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Penal (E) dice primeramente que el escrito impugnatorio "no solamente adolece de los más mínimos requisitos que en materia del extraordinario recurso desde antiguo la ley, la doctrina y la jurisprudencia han señalado y que por lo mismo bien pudiera esa Corporación rechazarlo *in limine*; sino que la falta de claridad, lógica y coherencia argumentativas que exhibe, ni siquiera permite asemejarlo a un alegato de instancia" (fls. 9 cd. Corte).

Dice luego que no menciona tampoco la causal de casación que cobija su protesta, y que el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal que invoca, es una disposición que no tiene carácter de sustancial "como que se trata de una norma de contenido procesal que fija la teleología del recurso extraordinario de casación y que, desde luego, no tiene por sí misma ninguna connotación frente a la alegada violación directa de la ley" (fls. 10). Añade que además no sustenta el ataque que hace a la prueba indiciaria y cae en el error de creer que la Corte es tercera instancia.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de detención domiciliaria, señala que "se trata de una petición que no tiene cabida en la etapa procesal en que se encuentra el expediente"(fls.13).

Es del criterio, pues, de que no se case el fallo.

Se considera:

1. Tiene razón la Delegada al criticar las fallas técnicas de la demanda, que son bastante protuberantes, tal como ella lo destaca y lo puntualiza a continuación la Sala.

2. El casacionista comete una primera equivocación al aducir como causal de casación el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, ya que esta norma no consagra causal alguna del recurso extraordinario sino simplemente se limita a indicar los "fines de la casación". Así mismo, no cita la norma sustancial violada, la cual sería en este caso el artículo 349 del Código Penal, según una afirmación del actor, o el artículo 350 ibídem, según otra postura del mismo.

No cita, pues, causal alguna pero enuncia que el sentenciador incurrió en "infracción directa" de la ley, utilizando de este modo la terminología que traía el Código de Procedimiento Penal de 1971 (Decreto 409) para precisar la falta de aplicación de la ley sustancial como sentido de la violación, al lado de la aplicación indebida y de la interpretación errónea (art. 580 *ibídem*).

Sin embargo, entendiendo que lo que plantea el actor es la violación directa de la ley, también en este supuesto yerra, como que en desenvolvimiento de la censura expresa una violación indirecta, es decir, a través de la prueba.

Pero aún admitiendo que dicho desarrollo corresponda a una violación indirecta, tampoco el ataque resulta afortunado, pues éste se queda sin sustentación alguna, porque el censor se dedica a hacer afirmaciones generales, deduciendo de las mismas que en el presente caso no existe prueba para condenar, aunque en determinadas ocasiones asevera que no existe prueba de que el hurto sea calificado por la violencia (permitiendo deducir que lo que pretende es que la Sala elimine únicamente esa agravante) y en otras afirma –todavía de modo más general, es decir sin rebatir las pruebas tenidas en cuenta para dictar el fallo impugnado– que su defendido ni siquiera cometió el delito objeto de condena o que al menos tal cosa no se encuentra plenamente probada, sosteniendo así, si bien implícitamente, la irresponsabidad total del procesado.

Esas indecisiones lógicamente conducen a que finalmente el casacionista no haga petición expresa relacionada con las resultas del recurso extraordinario.

Estas graves deficiencias técnicas de la demanda, que acaban de reseñarse, son suficientes para que la Corte, de acuerdo con el parecer de la Delegada, la desestime.

Dígase por último al actor que es equivocado argumentar, como él lo hace, que por falta de inspección judicial no se puede tener como plenamente probada la violencia ejercida en la gaveta donde se encontraba el dinero, porque el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal contempla la "libertad probatoria", y en el presente caso el fallador halló que la referida violencia se acreditó suficientemente mediante prueba testimonial.

Y si de atacar los indicios se trataba, el censor tenía esta alternativa: o impugnar la prueba fuente del indicio (caso en el cual tendría que haber demostrado la comisión de errores de hecho o derecho sobre la misma) o el indicio en sí mismo, evento enel cual tendría que haber demostrado que en la inferencia correspondiente existió una falta de lógica o arbitrariedad palpables. Pero nada de esto hizo el actor.

3. Respecto de la detención domiciliaria que al final del libelo demanda el actor, baste decir que dicha medida es de aseguramiento y, como tal, eminentemente preventiva o provisional, de no recibo cuando, como en el presente caso, se ha proferido sentencia. Por lo demás, esta solicitud no guarda relación alguna con el contenido de la demanda, que como ya se dijo, será desestimada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto de la Procuradora Segunda Delegada (E), 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, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos alberto Gordillo L., Secretario.

NULIDAD / FALSA MOTIVACION / PRUEBA

1. No toda omisión de prueba genera nulidad.

2. La falsa motivación no es causal de nulidad sino violación directa o indirecta de la ley, según el caso.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 125.

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de abril 16 de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó al procesado PEDRO BONILLA MEDINA a 10 años de prisión por el delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal:

1. En las primeras horas de la mañana del 20 de julio de 1991 el Juzgado 14 de Instrucción Criminal Permanente hizo el levantamiento del cadáver de Absalón Martínez Quitián, el cual se encontraba en la puerta de la residencia de la calle 34 No. 26-28 de Santafé de Bogotá. En el curso de esa diligencia Sandra Patricia Farfán y Fabiola Farfán Martínez, sobrinas del occiso, dijeron que éste salió la noche del 19 de julio en compañía de Pedro Bonilla (quien vive en la referida residencia) y de dos hombres más, con quienes estaba ingiriendo licor, cosa que ratifica la hermana de Absalón, Leonor Martínez Quitián, quien agrega que éste tenía un revólver (fl. 4-1).

Se escuchó en declaración al mencionado Pedro Bonilla Medina (fls. 9 y ss.), quien dijo que efectivamente estuvo con el occiso hasta

aproximadamente la media noche del 19, luego se separaron y él, Bonilla, antes de llegar a su residencia se cayó y se golpeó contra un poste, lesionándose la cabeza y un ojo; se acostó a dormir y alrededor de las seis de la mañana una inquilina de la residencia donde vive salió y encontró el referido cadáver.

La madre del occiso, María Lucrecia Quitián viuda de Martínez, presentó un escrito a la Juez donde informa que según el administrador del asadero cercano al de propiedad de la víctima, Luis Vega, Absalón y Bonilla salieron discutiendo, y añade que Alberto Lizcano oyó en una cafetería que Marina Villamizar, vecina del lugar, esa madrugada del 20 de julio escuchó frente a la casa de Bonilla una discusión y escándalo, pidiendo alguien auxilio a la policía, oyendo ella luego un disparo "en la misma casa el escándalo" y que "cuando a otro momentico vio que sacaban a alguien arrastrando al portón de la casa, dejándolo recostado sobre el quicio de la puerta" (fl. 15). Agrega la dama en ese escrito que cuando se llevó a cabo el levantamiento del cadáver de Absalón, éste "tenía jabón en la cabeza", o sea, indicativo de haber sido lavado el piso. Finalmente dice la memorialista que Bonilla y Absalón tenían hematomas en la cara y que a su hijo le fueron hurtados un revólver, dos anillos, una cadena y setenta mil pesos, comentarios que fueron reafirmados en la declaración rendida ante el Juzgado instructor (fls. 20 y ss.).

Según el informe policial, el occiso tenía, tendencias homosexuales y celaba a Bonilla (fls. 24 y ss.).

La necropsia arrojó laceración cerebral como causa de la muerte y ausencia de tatuaje (fl. 28).

2. El Juzgado 15 de Instrucción Criminal abrió investigación y escuchó en indagatoria a Bonilla Medina (fls. 54 y ss.), quien dijo que efectivamente esa noche estuvo ingiriendo licor con el occiso y con dos compañeros de trabajo (Oscar Quiroga y Miguel Pinzón), que estos últimos se fueron y el occiso estaba disgustado "porque le llevábamos la contraria" (fl. 55). Agrega cómo Absalón no quería que él se fuera y cuando al fin lo hizo, aquél lo alcanzó en la calle (estaban en el restaurante de propiedad de Absalón) y "me cogió por la parte del hombro derecho y

me dijo que por qué lo dejaba sólo" (fl. 56), prosiguiendo entonces la marcha ambos y despidiéndose más adelante, yéndose Bonilla para su casa. Ratifica el hecho ya narrado y ocurrido según él antes de llegar a su casa: "yo me había caído y me golpié con el piso, había un alambre y con el alambre me enredé y lo del hombro era de él" (fl. 57). Comenta cómo la familia del occiso le decía que él lo había emborrachado, lo había matado y luego lo había sacado a la calle. En cuanto al disparo que se hizo esa noche, dice haberlo oído pero que siguió acostado. Finalmente, agrega que el occiso "vivía muy preocupado por mí" (fl. 59).

Se practicaron otras pruebas, como las declaraciones de los familiares del occiso los que afirman haber visto salir a éste con el sindicado y con base en todo ello, el Juzgado dictó auto de detención contra Bonilla Medina por el delito de homicidio (fls. 882 y ss.).

Llamados a declarar los compañeros del procesado, corroboraron lo dicho por éste y dijeron que cuando ellos habían salido del asadero y Bonilla se proponía hacer lo propio, el occiso cerró la reja y se quedó adentro con él (fls. 142 y ss.).

Alberto Lizcano Narváez declaró (fls. 116 y ss.) que al otro día de los hechos fue a una tienda a comprar algo para desayunar, donde unos desconocidos que estaban tomando en una mesa dijeron que Marina Villamizar oyó y vió lo referido inicialmente en el escrito que la madre del occiso envió al Juzgado, relativo a que "habían sacado el cuerpo de la casa y que lo habían dejado ahí, sitio donde el Juez hizo el levantamiento" (fl. 11).

El cadáver presentaba en ambas manos residuos de disparos (fl. 138).

En ampliación de indagatoria el procesado reitera que el occiso, quien era homosexual, lo cogió por el cuello, y que esa noche ambos se encontraban embriagados (fls. 142 y ss.).

Ana Julia Jaramillo, la inquilina que encontró el cadáver en la puerta de la residencia, dice no haber escuchado disparo alguno esa noche (fls. 151 y ss.).

Se practicó inspección judicial en la casa del implicado (fls. 159 y ss.).

3. Cerrada la investigación, fue calificada mediante auto del 27 de mayo de 1992 (fls. 181 y ss.), con resolución acusatoria contra Bonilla Medina por el delito de homicidio simple. El defensor apeló este pronunciamiento y el Tribunal se abstuvo de revisarlo por encontrar extemporánea la impugnación (fls. 18 y ss.-2).

4. El Juzgado 61 Penal del Circuito asumió la causa y decretó la práctica de algunas pruebas, la mayoría de las cuales pedidas por el defensor tales como las declaraciones de la aludida Marina Villamizar, de Luis Vega, ampliación del testimonio de Lizcano y dictamen respecto de la "posibilidad de suicidio" de Absalón Martínez Quitián.

Fueron citados los testigos en referencia y se libró oficio al Instituto de Medicina Legal y, como no se recibiera respuesta, se citó al patólogo forense para que concurriera a la audiencia que se celebró en dos sesiones, sin que el dicho perito asistiera (fls. 241 ss.).

El 18 de enero de 1993 se dictó sentencia, por medio de la cual, en armonía con la acusación, al procesado se le condenó a 10 años de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo, al pago de los perjuicios y se le negó la condena de ejecución condicional (fls. 264 y ss.).

El 19 de enero del citado año, se recibió el mencionado informe del Instituto de Medicina Legal, el cual rechaza de suyo el presunto suicidio argüido por el defensor (fls. 273 y ss.).

Apelado dicho fallo por la defensa, y con concepto previo favorable a la aprobación del mismo (emitido por la Procuradora Once en lo Judicial, fls. 21 y ss.), el Tribunal, mediante el suyo que recurrió en casación el defensor del acusado (el mismo a quien dio poder para sustentar la referida apelación de la sentencia), lo confirmó, ordenando, además, copias de lo pertinente para que se investigue el hurto cometido en los elementos ya citados que portaba el occiso (fls. 34 y ss.).

La demanda:

Seis cargos presenta el casacionista contra la sentencia, así:

Primer cargo:

"Acuso o impugno la sentencia pues inequívocamente se ha proferido inspirada en dos providencias viciadas de nulidad. La misma resolución de acusación por ejemplo no podía proferirse por cuanto el mismo auto de cierre de investigación fue dictado pretermitiendo normas de procedimiento que automáticamente incidían en las garantías o derechos de defensa" (fls. 113-2), y agrega: "Para nadie es un secreto que a espaldas del proceso o a espaldas de la defensa se ha proferido dicho auto en detrimento del procesado como apremio de la sentencia: La escala de pruebas sin practicar no justificaba ni ameritaba dicho cierre. Sin período probatorio no se podía dictar sentencia y sin embargo se profirió resolución de acusación sin oír a Marina Villamizar, Luis Vega y Guillermo Lagos. Fueron decretadas en el auto cabeza de proceso, pedidas por el abogado de la defensa y nunca practicadas, por desidia oficial en citar a dichos declarantes" (fl. 114).

Dice impugnar la sentencia "porque a sabiendas de que dichas pruebas eran decisivas para cambiar el rumbo de la resolución de acusación, viciada de nulidad, confirmó la sentencia de primera instancia que se inspiraba en ella, inspirada precisamente en la monumental mentira o fraude procesal de Alberto Lizcano. Su testimonio por conllevar hechos que probar tenía que ser verificado con los testimonios de Marina Villamizar, Luis Vega y Guillermo Lagos. Jamás se quisieron traer al proceso a sabiendas de que Guillermo Lagos vive en la misma casa del procesado y Marina Villamizar frente a dicha habitación" (fl. 116).

Segundo cargo:

Lo hace consistir en "violación al derecho de defensa por no verificar citas del indagado" (fl. 116 infra), pues tal verificación habría cambiado radicalmente la situación jurídica del procesado y desmentido al testigo Alberto Lizcano y al pliego de cargos donde se afirma no haberse

comprobado de modo alguno el dicho del procesado en cuanto a que el cadáver de Martínez Quitián fue dejado por otras personas frente a la casa del procesado, y agrega, interrogándose por qué lo condenaron si: "al desplomarse Martínez Quitián al frente de la casa de Pedro Bonilla no se está excluyendo el hecho de que su cadáver fuera arrastrado hasta dicho sitio?" (fl. 120).

Tercer cargo:

Lo presenta de esta manera: "Nulidad por imputación de cargos con violación el principio lógico de no contradicción", dice el casacionista (fl. 120), arguyendo que la defensa del procesado no podía debatir prueba que no conocía y que "jamás se quiso dar con el paradero de los borrachos creados por Lizcano en su afán de no dejar el crímen en las sombras de la impunidad. Los borrachos de Lizcano no existen, jamás comentaron eso en relación con Marina Villamizar" (fl. 122), cuya ausencia como declarante hizo posible que la defensa no pudiera hacer la controversia correspondiente.

Manifiesta que no se dio traslado a los dictámenes de folios 28, 30, 130 y 273 a 276 (en su orden, necropsia, no tatuaje y trayectoria del proyectil, "residuos de disparo" en ambas manos del occiso y dictamen sobre el hiptético suicidio de Martínez Quitián), y que este último peritaje llegó antes del fallo de primer grado, pero se le hace aparecer como si hubiera arribado después. Señala cómo ese último dictamen lo que dice es que el occiso antes de morir disparó, lo cual excluye la autoría del procesado en el homicidio de aquél. "La sentencia que se ataca no podía entonces acomodar el sentido del dictámen como en efecto se hizo", indica el actor (fl. 123).

Cuarto cargo:

Sostiene también en este reproche la nulidad por "falsa motivación de la resolución de acusación, inequívoca fuente de posterior condena, al tomar el contenido de la declaración de Lizcano, totalmente falsificada, como causa excluyente y factor determinante de responsabilidad cuando ni siquiera hay prueba del dolo" (*sic*, fl. 123), vicio que pretende

estructurar "por haber exaltado a Lizcano cuando ni siquiera se conocía el autor de la contienda. Quiso controvertir mi cliente la falsedad de la prueba y sin embargo no pudo. El estado (*sic*) jamás pudo comprobar que el mencionado Lizcano le estaba diciendo la verdad al expediente" (fl. 124).

Señala que "los errores de individualización del autor o partícipe se castigan con efectos de nulidad" (fl. 124), acotando luego que "esa relación jurídica entre el autor y la acción y el resultado punible toma el nombre de IMPUTABILIDAD en la legislación penal colombiana y es apenas una base para determinar la responsabilidad del agente, lo cual es un juicio de derecho que hace el juzgador al confrontar dicha relación con la ley penal" (fl. 126), y añade que "por no motivar legalmente el proveído en detrimento del debido proceso el instructor le dice al detenido que las manchas de sangre que aparecen en el baldosín y en el cemento del peldaño de la entrada de la casa de Bonilla no coinciden con el derramamiento de sangre que se produjo por las heridas que presentaba el occiso en la cabeza: esto dizque permite determinar que el cuerpo fue movido a ese lugar desde el interior de la casa del detenido" (fl. 127).

Quinto cargo:

Dice el actor que hay irregularidad sustancial por cuanto el fallador "confirma la actuación del instructor. Este, si bien es cierto obtuvo la prueba o dictamen de Medicina Legal en el sentido de que el occiso había disparado arma de fuego, no es menos cierto que jamás quiso enviar a mi mandante a la práctica de dicha prueba. No quiso el instructor establecer pericialmente si el cadáver había sido arrastrado desde el interior de la casa del cautivo o si se había desplomado al frente de la casa del mismo. Para nadie es un secreto además que a mi cliente se le vinculó tardíamente al proceso: la primera injurada fue el veinte de febrero de 1992. Tardíamente se le vinculó como ataque al debido proceso y de contera como ataque al derecho de defensa" (fl. 128), y considera que el fallador "a sabiendas de que las técnicas utilizadas por Medicina Legal no eran las apropiadas ni siquiera se refirió a ellas. Si Medicina Legal hubiera contado con suficientes elementos de juicio otro hubiere sido el resultado o contenidos de los dictámenes proferidos" (fl. 128).

Insiste en que falta la declaración de Marina Villamizar y repite lo relacionado con las "mentiras de Lizcano" (fl. 130), anotando que nunca se conocieron los nombres de "los borrachos", refiriéndose a quienes en una tienda Lizcano dice que oyó los comentarios acerca de Marina Villamizar, y agrega que "a espaldas" del procesado ya se habían practicado varias pruebas cuando el mismo fue vinculado a la investigación, pruebas que no tuvo la oportunidad de controvertir.

Sexto cargo (lo llama "causal primera" fl. 133):

Lo presenta como error esencial de hecho por ignorar el fallador que el procesado dormía cuando se cometió el homicidio y que "el error ostensible del Tribunal se deriva de haberle dado a varios medios probatorios –como documentos, testimonios e indicios– un alcance que no tienen –falso juicio de identidad– y si no se hubieran acomodado esas pruebas la condena sería imposible" (fl. 135).

Agrega que se tergiversaron testimonios de Alberto Lizcano (quien no estuvo en el escenario delictual e inventó a Marina Villamizar), María Lucrecia Quitián de Martínez (madre del occiso y quien –sigue diciendo el censor– también menciona a Marina Villamizar), Julio Jaramillo ("quien jamás quiso ayudarle al procesado", fl. 136) y la indagatoria del procesado, quien no confesó el delito y siempre se mantuvo ajeno al mismo.

En este capítulo se refiere a la prueba indiciaria y se queja de que varios hechos "inexplicables" se tomaron como indicios, y señala: "nos encontramos frente a simples sospechas sin nexo o relación de causalidad con el hecho principal investigado" (fl. 139 infra), y que su defendido no iba a cometer la torpeza de matar a su amigo, el que no presentó huellas de haber sido arrastrado (fl. 141), para seguidamente preguntar "¿Si mi cliente disparó contra su amigo de marras, por qué los vecinos no lo señalaron como directo responsable? ¿Si los celadores podían percibir los efectos de la detonación, por qué no acudieron a dar aviso? ¿Por qué las ropas de Bonilla Medina jamás resultaron incriminadas con relevantes manchas de sangre? (fl. 141)."

Habla teóricamente acerca de la prueba indiciaria y dice que en este caso se carece de prueba directa sobre la autoría del homicidio (fl. 145), protestando porque en la diligencia de inspección judicial no se haya escuchado las declaraciones de Guillermo Lagos y de Marina Villamizar.

Sostiene que la duda respecto de la autoría en el delito porque no parece lógico que si el procesado fue el autor del mismo, haya dejado el cadáver en la puerta de su casa (fl. 149) y enfatiza: "las versiones que involucraron al incriminado son versiones de oídas, sin que fuera posible su confirmación".

Luego, bajo el título "prueba documental" (fl. 150), dice que el "Tribunal otorga a todos los dictámenes un alcance que evidentemente no poseen, excediendo manifiestamente su mismo tenor literal" (fl. 150). Se refieren a los diversos dictámenes de Medicina Legal y agrega: "como quiera que estos documentos penalmente redimen al detenido, la sentencia que se ataca no le podía decidir a Bonilla Medina que los residuos de disparos estratégicamente encontrados por Medicina Legal en las manos del occiso por haberle disparado a terceros dizque habían sido PUESTOS O COLOCADOS precisamente allí por el cautivo para desvío de la investigación" (f. 151, mayúsculas del original).

Finalmente anota: "LA INCIDENCIA de los errores de hecho en el juicio de responsabilidad llegó a tales extremos que sin ser visto mi cliente DISPARANDO tuvo que apelar la sentencia a la presencia de algunas SOSPECHAS, capitalizándolas con la ayuda de LIZCANO; si el *ad quem* hubiera tenido en cuenta los BORRACHOS INEXISTENTES o el FANTASMA de MARINA VILLAMIZAR no se hubiera condenado a mi asistido o patrocinado, o, mejor, si no se hubiera hecho decir cosas a LIZCANO que jamás había dicho la sentencia hubiera sido de absolución y no de condena: JAMAS se hubiera exaltado las SOSPECHAS elevándolas a la categoría de INDICIOS; con el análisis o la confrontación de un solo CONTRA-INDICIO se hubiera desmoronado la RIDICULA deponencia de LIZCANO" (fls. 151 infra y 152, mayúsculas del original).

En estos términos, pues, pide que se case el fallo recurrido.

Concepto de la Delegada:

Dice el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal: "En forma realmente confusa, por entero carente de técnica y sin asistir razón al demandante en el fundamento de las acusaciones, formula y desarrolla los cargos que aduce contra la sentencia..." (fl. 21 cd. Corte), resaltando que en todos los cargos de nulidad el actor repite los argumentos y que si prospera la nulidad que se demanda "ninguna injerencia tiene es más (*sic*) ni siquiera llegaría a producirse la estimación probatoria de los medios que consecuencialmente resultaren también invalidados..." (fl. 22).

1. Con respecto a la no recepción de los testimonios de Marina Villamizar y Guillermo Lagos –dice la Delegada– no puede, como pretende el casacionista, configurar nulidad y a la vez poner en duda la responsabilidad del procesado, como quiere el censor al aducir en el sexto cargo un error de hecho.

2. En cuanto a que el cadáver fue "colocado" en la puerta de la casa del procesado y no "arrastrado" desde el interior de ésta, la no verificación de las "citas" que hizo el acusado –argüida por el casacionista– y que daría lugar a nulidad por violación al derecho de defensa, constituye a la vez para el censor un contraindicio, planteamiento ilógico en sede de este recurso extraordinario.

3. El hecho de no haberse dado con el paradero de los "borachos", a los cuales hace alusión Lizcano (sin mencionarlos de tal modo) y de no haber localizado a Marina Villamizar, lo que primeramente alega el casacionista como motivo de nulidad, al mismo tiempo lo aduce "como substrato del yerro fáctico originado en falsos juicios de identidad por tergiversación del testimonio del plurinombrado Alberto Lizcano" (fl. 25).

Respecto del no traslado de los dictámenes y de la aducida circunstancia de haberse encontrado en manos del occiso "residuos de disparo", cosa esta última que alega como violación indirecta de la ley "en virtud de la distorsión de la prueba documental a que se contraen los

citados experticios" y cuestionando de este modo la responsabilidad del procesado, la Delegada encuentra una incongruencia inexcusable.

4. El repetido cuestionamiento a los referidos peritajes y la censura a que "las técnicas utilizadas por Medicina Legal no eran las apropiadas puesto que de haberse contado con elementos de juicio suficientes, otro hubiera sido el resultado de los peritazgos (*sic*), tacha que aduce en el marco de la violación indirecta de la ley, y a la vez plantea nulidad por violación al debido proceso, "permite evidenciar la contradicción palmaria que surge de reprochar, de una parte, los resultados de los dictámenes técnicos y por lo mismo atacarlos por motivo de nulidad y, de otra, la sentencia porque no podía ir en contravía de su contenido, para acusar un error de hecho frente a los mismos, por tergiversación de su contenido fáctico" (fl. 26).

5. Los argumentos que proporciona el censor con relación al lugar y forma como fue encontrado el cadáver de Martínez Quitián "son exactamente los mismos que apoya el cargo cuarto, también por motivo de nulidad, pero por violación al debido proceso en razón de la falsa motivación de la resolución de acusación que para el casacionista llevó el instructor al acomodamiento de la prueba, al decir que el cadáver fue arrastrado y puesto en el mencionado lugar por el acusado, por no conocer al autor del homicidio" (fl. 27).

"Así –dice la Delegada–, frente a la absoluta indecisión del casacionista en cuanto a encuadrar los mismos fundamentos fácticos, o bien dentro de la causal tercera de casación, o dentro de la primera, aunado a las razones expuestas inicialmente, es indudable que están destinados al fracaso" (fl. 27).

Sin perjuicio de lo dicho, anota la Delegada que si se citaron a Marina Villamizar y a Luis Vega para oírlos en declaración jurada, como se puede ver a folios 118, 119, 221, 235 y 239. En cuanto a Guillermo Lago, no se necesitaba escucharlo, pues aparece como persona que se encontraba durmiendo en la casa del acusado a la hora de los hechos, pero al respecto ya se había escuchado en testimonio a quienes cumplían la misma actividad: Saul Bonilla –hermano del procesado–, María Luisa Riaño –esposa de éste– y Ana Julia Guzmán (fls. 159, 162 y 152).

En relación con la alegada falta de verificación de citas hechas por el procesado, dice la Delegada que lo que de tal modo pretende el recurrente es controvertir el dicho de Alberto Lizcano, planteando en el fondo un error de derecho por falso juicio de convicción, hoy no de recibo.

En criterio de la Delegada, en general el censor no hace sino manifestar a la Corte su personal interpretación de los hechos y de la prueba que revela los mismos, cosa que no puede admitirse, ya que prevalece el entendimiento que respecto de tal cosa reveló el sentenciador.

Además, el casacionista no dice por qué las técnicas utilizadas por el Instituto de Medicina Legal no fueron las apropiadas.

Acerca de la falsa motivación aducida, lo que alega el casacionista es una discrepancia con la manera como el fallador estructuró la prueba indiciaria, penetrando de tal manera en "tesis polémicas y controversiales ajenas a esta sede extraordinaria, y que en manera alguna ameritan el reconocimiento del vicio de actividad planteado por el demandante" (fl. 32).

Solicita entonces la Procuraduría que la Corte se abstenga de casar el fallo acusado.

Consideraciones de la Corte:

Respecto de las alegaciones en sí, aparte de lo atinadamente percibido y destacado por la Delegada, cabe señalar además que no parece distinguir el actor las bases jurídicas de cada causal de casación, pues entremezcla los mismos argumentos como soporte de cada cargo que plantea antitécnica y farragosamente.

Aparece tan confuso e ilógico que, por ejemplo, aduce la "falsa motivación" como motivo de nulidad, olvidando que lo que comporta ésta es la no motivación correspondiente. La "falsa" motivación (lo revela la misma terminología que emplea erróneamente) la aduce como su discrepancia con los planteamientos del Tribunal que son materia de ataque.

Insiste en que el auto que cerró la investigación es nulo, sin decir por qué. No obstante, observando la Sala dicha situación (fls. 164 y ss.-1) se puede constatar que la misma no merece reproche alguno, mucho menos el de carácter sustancial que le atribuye sin sustento procesal el casacionista.

Repetidamente la demanda permite entrever que lo que se combate por parte del actor es la resolución acusatoria, la cual no es objeto de la impugnación extraordinaria salvo que se trate de defectos en la elaboración de la misma, sino la sentencia; y cuando insinúa alguno contra ésta, lo deja huérfano de demostración.

Cuando se alega nulidad por falta de pruebas, lo ha dicho repetidamente la jurisprudencia, es obligación del demandante precisar la incidencia de esa omisión en la parte conclusiva del fallo, cosa que ni de lejos lleva a cabo el casacionista, quien se limita a afirmar que se echan de menos tales o cuales pruebas y que las mismas eran "decisivas" para mutar la sentencia, más sin sustentar por qué, lo cual ciertamente releva a la Corte de entrar a su análisis.

Además de estas observaciones generales sobre técnica, brevemente se examinarán los "cargos", así:

Primer cargo:

Se dice que el auto de clausura de la investigación no podía proferirse y que se practicaron pruebas "a espaldas" del procesado Pedro Bonilla Medina, lo cual no demuestra el actor, ni procesalmente es cierto. En efecto, como ya se dijo, ningún reproche merece tal determinación, al examinar dicha actuación; y en cuanto a las pruebas preliminares, si la defensa hubiese querido cuestionarlas bien hubiera podido hacerlo en el sumario.

Segundo cargo:

Sostiene que no se verificaron las citas que hizo el procesado en su indagatoria, sin demostrar qué incidencia real tendrían en el fallo, pues

no toda omisión de prueba genera nulidad; y que debe admitirse que la víctima recibió los disparos en el sitio donde fue hallado su cuerpo ya sin vida, basándose el actor en apreciaciones personales, en el sentido de querer hacer ver que el dicho cuerpo no fue arrastrado desde el interior de la casa del acusado a la pura entrada de ésta. Aquí también hace una mezcla desorientadora al criticar la declaración de Alberto Lizcano, en la cual (fls. 116 y ss.-1) por parte alguna se ve que dicho testigo haya dicho que vio el momento en que el homicidio se cometía.

Tercer cargo:

En este reproche se ve nítido que el casacionista confunde el principio lógico de no contradicción (hacer afirmaciones excluyentes respecto de un mismo objeto y al tiempo) con el principio procesal de contradicción de las pruebas y de las decisiones que tome el instructor y/o el juzgador –llamado también derecho a controvertir–, que tiene que ver con la publicidad de lo actuado, a fin de que los diversos sujetos procesales puedan formular los cuestionamientos que a bien tengan.

El casacionista se sale de lo inicialmente planteado en el cargo para cuestionar el testimonio de Alberto Lizcano y quejarse porque no se hicieron comparecer al proceso "los borrachos" a los cuales –según el censor– se refirió ese testigo. No, Lizcano Narváez solamente dijo que al llegar por la mañana a una tienda (al otro día del delito aquí juzgado) escuchó que varias personas que compartían una mesa se referían a Marina Villamizar como quien había llegado a la madrugada de la noche factual al escenario del homicidio y había oído discusiones y que alguien pedía auxilio a la policía, viendo luego que de la casa del procesado sacaban arrastrando un cuerpo humano y lo dejaban en la puerta de la misma. Por parte alguna dijo Lizcano, además, que esas personas se encontraban embriagadas.

Tampoco demuestra el actor que la declaración de Marina Villamizar hubiera cambiado la contundente prueba existente en contra del acusado. Y sobre el no traslado de los dictámenes, el actor no demuestra en qué influyó tal irregularidad que alega, ni mucho menos tuvo en cuenta que siempre el procesado estuvo asistido por un defensor que debió conocerlos

y, por lo mismo, tuvo oportunidad de controvertirlos. Concretamente con relación al peritaje obrante a folio 130-1, éste se limitó a concluir: "La determinación de los residuos de disparo (plomo, antimonio, bario y cobre) en las muestras tomadas en los dorsos de las manos dio el siguiente resultado": positivo para ambas manos del occiso Martínez Quitián. Sin que por tanto sea ilógica (en la ilogicidad consiste el ataque del indicio por error de hecho) la deducción del Tribunal en el sentido de que esas muestras se debieron a la actividad del procesado, según las diversas circunstancias que permitían deducirlo. Además, se sabe que no sólo tales residuos quedan por efectos de un disparo, sino que otras actividades que desarrollen las manos de las personas, permiten que los mismos se presenten.

Cuarto cargo:

Ya dijo la Sala lo referente a la "falsa motivación", que no es causal de nulidad, como lo alega el censor, sino violación directa o indirecta de la ley, según el caso, hasta el punto que el libelista dice que la declaración de Alberto Lizcano fue "totalmente falsificada", cayendo aquél en mayor imprecisión al anotar que "ni siquiera hay prueba del dolo" (fl. 124-2), afirmación que presupone la admisión de autoría, la cual combate el casacionista a todo lo largo de su escrito.

Sigue confundiendo las cosas el censor al hablar seguidamente de la "imputabilidad, concepto que también da por sentada la demostración de autoría en el sujeto. Lo que la Sala ve aquí es que el actor toma el concepto carrariano de imputabilidad, como atribución a alguien de algo, y no como hoy día se aprehende esa categoría, queriéndose significar con la misma capacidad de culpabilidad, cuestión del todo ajena a las farragosas argumentaciones del casacionista, aparte de que en este cargo el actor entremezcla alegaciones probatorias, como las atañederas a si el cuerpo de la víctima fue arrastrado o no desde el interior de la casa del procesado".

Quinto cargo:

Aquí primeramente el censor retoma argumentaciones atinentes a la posibilidad de que, según la experticia, el occiso haya disparado, la cual

fue desechada al analizar uno de los cargos anteriores, por lo que es innecesario volver a ello.

Cabe sí destacar cómo de nuevo se desenfoca el actor al añadir una nueva censura, consistente a que el procesado fue vinculado "tardíamente a la investigación, sin estructurar la incidencia de esta presunta irregularidad y de qué manera tal cosa produjo el ataque al derecho de defensa que aduce. Al respecto mírese que en el mismo auto de apertura de investigación (fl. 36-1) el Juzgado 15 de Instrucción Criminal ordenó la mencionada indagatoria, citándose entonces al imputado (fl. 41) y escuchándose en injurada a Bonilla Medina (fls. 54 y ss.). De suerte que no se aprecia en ese aspecto falla procedimental alguna. Y resulta obvio que si el procesado o su defensor querían controvertir algunas de las pruebas practicadas en la etapa de indagación preliminar, tuvieron toda la oportunidad para hacerlo.

Sexto cargo:

Sin sustentación alguna (lo que de suyo bastaría para no analizar el reproche, que, por quedarse en el mero enunciado ha de considerarse en rigor inexistente), afirma el casacionista que hay error de hecho porque el Tribunal ignoró que el procesado dormía cuando el homicidio se cometió. Tal cosa jamás es error de hecho, porque simplemente lo que el sentenciador hizo fue no creerle a Bonilla Medina semejante disculpa.

De resto, lo que el censor hace a continuación es un debate probatorio desde su personal punto de vista y sin hacer concreción alguna, dejando la discrepancia sin fundamento y haciéndola, por tanto, inrespondible.

El ataque a la prueba indiciaria está igualmente sin soporte y sin que demuestre el actor que la misma inferencia lógica que define el indicio, sean "meras sospechas", como reclama.

Dice además el casacionista que el fallador le hace decir a las experticias lo que no dicen las mismas, pero tampoco establece esa tergiversación, y concretamente a lo referido a las muestras de sustancias que tenía el cadáver en sus manos, dijo atrás la Sala lo que

tenía que decir para eliminar la conclusión a que llegó gratuitamente el casacionista.

Como se puede ver, esos remedos de cargos no logran salir avantes ni en mínima parte, estando, por el contrario, la demanda plagada de repeticiones, contradicciones e imprecisiones, varias de las cuales ya anotó específicamente la Sala, y otras que por evidentes resulta innecesario destacarlas.

El fallo, entonces, no se casará.

Sin que pierda validez lo acabado de decir, no sobra reiterar las bases del fallo recurrido. La sentencia de primer grado tuvo como indicios en contra del acusado y para condenar a éste:

1. Que según la prueba, especialmente conformada por testigos, víctima y victimario permanecieron juntos desde la noche hasta la madrugada en referencia.

2. Que son los mismos compañeros de trabajo del procesado quienes declararon que cuando ellos salieron del asadero de pollos, la víctima bajó la reja y el procesado se quedó allí con él.

3. Que el acusado incurre en muchas contradicciones e imprecisiones, tal como que fue luego de su indagatoria cuando vino a decir que había reñido con el occiso y éste lo había cogido del cuello.

4. Que el procesado no pudo explicar fundadamente la presencia del cadáver en la puerta de su casa.

5. Examinado el plano de la casa del procesado, el cual obra en autos, hay que deducir que Bonilla Medina miente cuando afirma que no se inmutó al oír el disparo letal.

6. Según Sandra Patricia Farfán cuando se llevaba a cabo la diligencia de levantamiento del cadáver de Martínez Quitián, el procesado negó haber estado la noche anterior con aquél, pero ante la insistencia de dicha testigo, aceptó que sí.

7. Que al parecer la víctima acosaba sexualmente al procesado.

Al revisar ese fallo el Tribunal admitió que "el proceso es pródigo en pruebas homogéneas e indirectas, esto es, de tipo indiciario, tan contundentes y no desvirtuadas en el seno de los correspondientes debates, de los cuales salieron airosas" (fl. 52-2).

Que sin duda el procesado tuvo una discusión con el occiso y que en las fotografías obrantes a folios 33 y 34 se pueden fácilmente ver "los golpes que en el rostro presenta el occiso, más exactamente en los párpados y, a juzgar por las mismas fotografías, como bien lo destacó el *a quo*, todo apunta a indicar que el insuceso se registró en el interior de la vivienda del encausado, sólo que este contó con tiempo suficiente para sacar el cuerpo al lugar donde fue hallado y para borrar cualquier evidencia que lo pudiera delatar, conforme ocurrió" (fl. 54 infra y 55-2).

E indicó el fallador de segundo grado en la sentencia en cuestión: "A tal extremo llegó Pedro Bonilla en su desenfrenado afán de procurar la impunidad del hecho delictivo, que hasta se las ingenió para que las manos de su víctima quedaran con restos de deflagración de pólvora (sustancia que, se sabe, queda al efectuar disparos de arma de fuego), pues ya se dijo cómo trató de aparentar un suicidio" (fls. 56 y 57-2).

Finalmente dijo el sentenciador que el testimonio de Alberto Lizcano no se encuentra solo o sin respaldo procesal, sino, por el contrario, camina corroborado por otras pruebas "que le reportan a la justicia plena convicción sobre la autoría del hecho, predicable de manera indiscutible de Pedro Bonilla..." (fl. 58).

Así las cosas, el fallo atacado no se casará.

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:

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

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / PRUEBA FALSA

La acción de revisión constituye la última oportunidad que brinda el derecho para corregir los errores judiciales que se hayan podido cometer en las decisiones judiciales definitivas. Ello implica, por consiguiente, que la remoción de la cosa juzgada que genera una decisión precedida de la doble presunción de veracidad y acierto requiere de una técnica que ponga de relieve el error del proveído cuestionado y de una prueba demostrativa del mismo, en la forma señalada por la respectiva ley de procedimiento. Debe, pues, el actor tener el mayor cuidado en la selección de la causal y en la aducción de la prueba correspondiente, pues no se trata de presentar un alegato de instancia.

La causal quinta invocada (prueba falsa) exige como prueba demostrativa de la falsedad del medio en que se fundó el fallo atacado una "sentencia en firme", es decir, una prueba documental inequívoca.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 125.

El procesado VICTOR MANUEL MORA VARGAS, condenado por sentencias de primera y segunda instancia, en su orden del entonces Juzgado 19 Superior y Sala de Decisión Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, a la pena privativa de la libertad de veinte (20) años de prisión como autor material del delito de homicidio de Ana Martínez Samacá, mediante defensor acude a la acción de revisión para pretender remover el fallo obtenido con pruebas falsas. Corresponde a la Corte examinar la viabilidad de la demanda presentada, conforme lo dispone el artículo 235 del C. de P.P.

Antecedentes inmediatos:

1. El 25 de julio de 1972 Ana Martínez Samacá, esposa del aquí sentenciado, fue llevada al Hospital San Juan de Dios de esta ciudad capital de la República donde dejó de existir a consecuencia de lesiones craneoencefálicas traumáticas propinadas por su cónyue. A dicha señora, se le practicó cesárea por tener un embarazo de ocho meses, lográndose salvar el producto de la gestación.

2. Por los anteriores hechos fue vinculado al proceso mediante declaratoria de persona ausente el esposo de la obitada, VICTOR MANUEL MORA VARGAS, a quien se le llamó a responder en juicio por el delito de homicidio agravado y finalmente se le condenó a la pena principal mencionada, una vez declarado responsable por un jurado de conciencia. Consultada la determinación con el Tribunal, fue confirmada en su integridad.

3. Capturado el procesado, otorgó poder a un profesional del derecho para que en su nombre presentara la demanda de revisión que es objeto del presente análisis.

Consideraciones de la Corte:

1. Por tratarse de una sentencia ejecutoriada proferida en segunda instancia por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, es competente la Corte para conocer de la acción de revisión a que se refiere la presente demanda, en los términos indicados por el artículo 68-2 del Código de Procedimiento Penal;

2. La acción de revisión constituye la última oportunidad que brinda el derecho para corregir los errores judiciales que se hayan podido cometer en las decisiones judiciales definitivas. Ello implica, por consiguiente, que la remoción de la cosa juzgada que genera una decisión precedida de la doble presunción de veracidad y acierto requiere de una técnica que ponga de relieve el error del proveído cuestionado y de una prueba demostrativa del mismo, en la forma señalada por la respectiva ley de procedimiento. Debe, pues, el actor tener el mayor cuidado en la selección

de la causal y en la aducción de la prueba correspondiente, pues no se trata de presentar un alegato de instancia.

3. El defensor invoca en su escrito la causal quinta del artículo 232 del C. de P.P. referida a la prueba falsa que sirvió de fundamento a la providencia objeto de revisión, pues en su sentir "El fallo condenatorio reclamado en revisión se fundó en los testimonios rendidos dentro del proceso respectivo por ETELVINA DEL CARMEN SAMACA DE MARTINEZ, CAYETANO MARTINEZ, UMBA DE SAMACA, quienes son los padres y abuelos, respectivamente de la víctima, son compadres y muy amigos de aquellos parientes de la occisa, únicas pruebas que afirman en los autos la autoría de mi patrocinado en el delito que se le atribuyó en el auto de proceder de junio 9 de 1982.

"Dichos testimonios son falsos, puesto que los deponentes, no habiendo estado presentes en el lugar y día de los sucesos, en el momento en que estos ocurrieron, ya que sus dichos son por comentarios o de oídas, es lógico y apenas natural inferir que no estuvieron en condiciones de ver a mi defendido tomar parte activa en la comisión del delito investigado y, por lo tanto, es falso de toda falsedad, el cargo que le formularon de ser autor material del ilícito en mención. Además de que estas declaraciones resultan dudosas, contradictorias y sin coherencia, al confrontar sus relatos, son sospechosas por la familiaridad, amistad y solidaridad entre sus exponentes, también se encuentra que entre los familiares de la difunta le tenían animadversión y enemistad a mi defendido, con lo cual se concluye que las debidas declaraciones fueron acordadas previamente".

4. La prueba que aduce en respaldo de la causal invocada es de orden testimonial, pues se trata de las declaraciones extraproceso de Gladys Mercedes Vargas Montenegro, Luis Felipe Mora y José Hugo Rodríguez quienes manifiestan "que el día de los supuestos hechos ocurridos en su modo, tiempo y lugar, no sucedió ningún acto delictuoso ni ejerció ningún hecho violento mi defendido contra la víctima, su excompañera ANA BETULIA MARTINEZ SAMACA, a pesar de que éstos se encontraban en ese momento en compañía del acusado y solamente éstos, sin que tampoco se encontrara la herida y posterior difunta.

"Resulta de lo anterior claramente que se presenta la causal 5a. del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, por haberse fundado la sentencia en testimonios falsos".

5. No existe la menor duda acerca del fracaso de la demanda, pues la causal quinta invocada exige como prueba demostrativa de la falsedad del medio en que se fundó el fallo atacado una "sentencia en firme", es decir, una prueba documental inequívoca, que en el presente caso no existe o por lo menos no la enuncia siquiera la demanda. Se limita el escrito, como se vio, a señalar unos testimonios que tratan de disculpar al sindicado y una crítica a las declaraciones vertidas al proceso que pretende hacer prevalecer a través de la acción de revisión, lo cual no es de recibo. Para que la causal invocada prosperara necesitaría el actor denunciar a los testigos que dice depusieron falsamente y si lograra que la justicia los condene por ese hecho, copia de esa sentencia tendría que aportar con la demanda correspondiente.

Como técnicamente el libelo es inepto a los fines presupuestos, se rechazará in limine.

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

Resuelve:

1. *Reconócese* al doctor ALBERTO A. ROJAS LEAL como defensor del sentenciado Víctor Manuel Mora Vargas, en los términos y para los efectos del poder legalmente a él otorgado.

2. *Rechazar* in limine la demanda de revisión presentada por el defensor del procesado VICTOR MANUEL MORA VARGAS, contra la sentencia que por el delito de homicidio profirió en contra de éste el entonces Juzgado 19 Superior y el Tribunal del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

En firme, archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"*; Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"*; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DEFINICION DE LA SITUACION JURIDICA

Si de la situación de un vinculado que permanece en libertad se trata, ha de reconocerse que para la doctrina jurisprudencial no consagraba el precepto procesal penal del Decreto 050 de 1987 un mandato imperativo en tanto no existiera mérito para proferir medida de aseguramiento, hermenéutica que condujo a que el legislador supliera esa deficiencia disponiendo ahora en el artículo 438 del Decreto 2700 de 1991, que no podrá cerrarse siquiera la etapa de instrucción en tanto no se haya resuelto la situación provisional del sindicado.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 125.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Quibdó en contra la sentencia absolutoria proferida el 24 de junio de 1994 por la mencionada Corporación dentro del proceso allí seguido al ex-Juez Sexto de Instrucción Criminal del Municipio de Riosucio de ese Distrito Judicial doctor GENTIL IVAN DIAZ, por el delito de prevaricato por omisión.

Hechos:

1. Mediante auto del 28 de noviembre de 1988, el Juez Sexto de Instrucción Criminal radicado en Riosucio (Chocó), Carlos Arturo Pino Mosquera, comisionó al Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Quibdó para "darle cumplimiento a los literales a, c, g y h" del auto del 26 de octubre del mismo año suscrito por el Juez GENTIL IVAN DIAZ, dentro de la investigación que por el delito de aprovechamiento ilícito de recursos adelantaba el despacho comitente.

El literal "a" del referido auto ordenaba oír en indagatoria y resolver la situación jurídica de los señores Alcides Castro Beltrán y Jesús Lácides Mosquera Andrade, residentes en la ciudad de Quibdó. Cumplida en parte la comisión, con base en un informe secretarial que da cuenta del vencimiento de la prórroga y que no se ha resuelto la situación jurídica de los indagados, decide la funcionaria que recibió la delegación devolver el proceso al juzgado de origen "en el estado en que se encuentra... para lo de su resorte".

Por auto del 23 de mayo de 1989 el Juez GENTIL IVAN DIAZ ordena una segunda comisión, concretándola esta vez al cumplimiento del literal "d" de la antedicha providencia que ordenaba resover a situación jurídica de dos sindicados declarados en ausencia, y de otros dos indagados distintos de los señalados en el literal "a". La funcionaria comisionada devolvió esta vez el expediente mediante auto de junio 7 siguiente manifestándose extrañada por el objeto del encargo, porque en su concepto la decisión le correspondía privativamente al comitente.

El ahora procesado expresó en auto del 21 de septiembre su desacuerdo con la opinión de la Juez de Quibdó en los términos siguientes:

> "En nuestro Código de Procedimiento –ni aún en la reforma conforme Decreto 1861-18 de agosto presente año, que no existe norma que prohíba, limite, impida a un Juez de Instrucción de igual categoría– impida proceder a resolver la situación jurídica a un indagado.
>
> "De manera razonada es entendible, que no debe causarnos extrañeza, cuando la parte normativa, que es el principio jurídico que nos rige es claro en su mandato.
>
> "Además, téngase en cuenta, que este despacho ha comisionado para las prácticas de pruebas fuera de su sede, con previa precisión por parte del comitente de las diligencias a practicar, no obstante, EL COMISIONADO PUEDE TOMAR DECISIONES DE FONDO SOBRE ASUNTO QUE NO HA

SIDO INCLUIDO EN EL AUTO COMISORIO, por cuanto su competencia la otorga la ley y no el funcionario comitente.

"Además, es obvio que la calidad del instructor lleva consigo la facultad para tomar medida de fondo, tales como la privación de la libertad, resolución sobre excarcelación o el rechazo de la parte civil, no existe norma que así lo limite.

"La honorable Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el principio de las decisiones sobre responsabilidad, cuando el imputado tiene fuero, para el juzgamiento, son de la competencia privativa de la corporación o funcionario competente.

"Estos planteamientos no pueden extenderse a la hipótesis en que los imputados no tienen fuero para su juzgamiento, las funciones del Juez, comisionado no quedan limitadas a prácticas de las diligencias expresamente señaladas en el auto comisorio.

"De otra parte es importante resaltar, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sostenido, que son válidas las diligencias que practica el Juez comisionado cuando se ha vencido el término de comisión.

"Es así como afirma la Honorable Corte Suprema de Justicia, con respecto al concepto de a la competencia, 'los conceptos de competencia originaria y delegada, han sido mal interpretados por algunos funcionarios judiciales, toda clase de decisiones, equivocadamente se piensa, que la competencia delegada no se requiere directamente por mandato de la ley, sino por el auto de sustanciación en que se comisiona la práctica de la diligencia'.

"Téngase bien en claro que la competencia es otorgada directamente por mandato de la ley, y no por el funcionario comitente, aceptar los conceptos de competencia originaria y delegada (subjetivo, objetivo, territorial, funcional y de conexidad)...

"Bien así las cosas, no entiende el despacho el concepto propuesto por el señor juez comisionado cuando dice...

"Así las cosas el despacho considera procedente, comisionar nuevamente- al señor Juez, Primero de Instrucción Criminal radicado en Quibdó, para que se sirva darle cabal cumplimiento al auto comisorio octubre 26 de 1988, inciso d...".

Una vez más la funcionaria comisionada devolvió el expediente reiterando que quien debía pronunciarse sobre la situación jurídica de los vinculados era el juez del conocimiento, y éste todavía persistió en que se le diera cumplimiento a su comisión porque no encontraba fundado "bajo ningún amparo legal que así lo respalde, lo dicho por la Juez comisionada que le impida legalmente, darle cumplimiento al auto comisorio..." (auto del 15 de febrero de 1990). Fue entonces, cuando la Juez de Quibdó resolvió poner en conocimiento del Tribunal la situación creada por la tozudez de su homólogo de Riosucio.

2. Repartida la queja y sus anexos, el Magistrado sustanciador ordenó la práctica de diligencias preliminares para establecer las calidades del denunciado y oír en declaración a la quejosa, y sobre la reiteración que ésta hiciera de lo sucedido, mediante auto del 13 de septiembre de 1990 se decretó la apertura de investigación.

En su indagatoria rendida el 2 de octubre de 1990 manifestó el procesado que la comisión obedeció a la necesidad de recepcionar unas pruebas en CODECHOCO y las indagatorias de las personas residentes en Quibdó. En cuanto a la delegación para definir situación jurídica explica que inspirado en una obra de Procedimiento Penal de los profesores Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Linett y en doctrina de la Corte, llegó a la convicción de que obraba conforme a derecho. Tampoco cree que por comisionar cuando la ley le concedía amplias facultades para hacerlo se hubiese sustraido al cumplimiento de sus funciones, porque ninguno de los vinculados a aquel proceso a su cargo gozaba de fuero especial.

Si otra actuación, mediante auto del 24 de julio de 1991 declaró el Tribunal cerrada la investigación, pero como entrara en vigencia el

Decreto 2700 de 1991 sin que se hubiese producido la calificación, el asunto pasó el 2 de julio de 1992 a conocimiento de la Fiscalía Delegada ante esa Corporación. El 19 de abril de 1993 profirió la Fiscalía resolución de acusación en contra del doctor GENTIL IVAN DIAZ considerándolo autor responsable del delito de "prevaricato por omisión", haciendo sobre el tema de la delegación funcional realizada por el implicado la siguiente consideración:

> "Como es natural, este tipo de determinaciones correspondían al instructor competente por el factor territorial (el de Riosucio), sinembargo acudiendo al expediente de la comisión, rehusó sin justificación alguna el cumplimiento de su deber, pretendiendo que fuera la Juez Primero de Instrucción Criminal de Quibdó, quien lo remplazara en ese transe procesal. En el ir y devenir del expediente transcurrieron más de 17 meses, con lo que se causó grave afrenta al bien jurídico tutelado, cual es el de la administración pública".

Inconforme con esta decisión, el defensor interpuso el recurso de apelación que permitió a la Fiscalía Delegada ante la Corte confirmar integralmente el enjuiciamiento mediante decisión del 5 de noviembre de 1993, y ordenar la expedición de copias para que se investigase a la par la conducta omisiva de la Juez comisionada.

3. En firme el calificatorio regresó el expediente al Tribunal para dar curso a la fase de juzgamiento que culminó con sentencia absolutoria del 24 de junio de 1994 mediante decisión dividida. Hace notar en ella la mayoría de la Sala que al proceso no se trajeron copias de las injuradas de Alcides Castro Beltrán, Jesús Lácides Mosquera Andrade, Félix Guardia Mena y Antonio Ariel Palacios Guerrero, ni de los autos por medio de los cuales fueron declaradas personas ausentes Alejandro Cuero Torres y Beatriz Elena Arias Barco, como tampoco existe constancia sobre el cumplimiento de las otras pruebas que se ordenaban en la comisión.

Estos vacíos probatorios tornan incierta la responsabilidad penal del acusado, pues no se puede precisar cuando comenzaron a correr los términos para que el Juez acusado tomara las decisiones que se consideran

omitidas, lo que interfiere sobre los elementos constitutivos del delito previstos en el artículo 35 del Código penal, cobrando fuerza la manifestación del procesado en la indagatoria al sostener que obró de buena fe y sin ánimo de trasgredir la ley, aspecto en el cual insistió con argumentos jurídicos sobre la legalidad de la comisión.

Para el Magistrado disidente eran suficientes las copias de los autos allegados al proceso para probar que el funcionario acusado "rehusó cumplir un acto propio de sus funciones, con voluntad dirigida a ese propósito", pues se estableció que hasta el 15 de febrero de 1990 no se había definido la situación jurídica de los indagados, hecho ante el cual resulta intrascendente la prueba sobre el ánimo con el que pudo haber obrado el procesado, pues no es éste un elemento estructural de la conducta típica.

La impugnación:

Argumenta la Fiscalía que para el Tribunal la conducta endilgada al procesado no fue otra que la omisión o mora para resolver la situación jurídica de los implicados en la investigación que adelantaba. Sin embargo, en criterio del ente acusador compartido por el Magistrado que salvó su voto, la infracción se dio cuando el acusado rehusó de manera reiterada el cumplimiento del deber.

Admite el inconforme que para la época de los hechos los Jueces de Instrucción Criminal podían comisionar aún para definir sobre la situación jurídica del procesado. Pero una vez que el expediente regresó al despacho del comitente el 23 de mayo de 1989, no tenía éste otra alternativa distinta a la de entrar a resolver esa situación provisional, o bien la de acudir a una instancia superior para que dirimiera el conflicto que surgía frente a la Juez de Quibdó. Al no obrar de ese modo, el procesado GENTIL DIAZ rehusó el cumplimiento del deber.

Insistiendo en las razones de la Delegada ante la Corte, el recurrente dice del procesado que:

> "Su calidad de competente para orientar el proceso le imponía tomar la decisión una vez que el mismo arribó a su

despacho con las indagatorias recepcionadas y en aras de una cumplida administración de justicia ha debido proceder a ello y no insistir tercamente al comisionado para el cabal cumplimiento de la delegación puesto que en últimas lo que estaba en juego era el prestigio de la administración pública que el Estado confió en él al designarlo en el cargo de Juez de Instrucción Criminal. El promover ese ir y venir del proceso de un despacho a otro sin evacuar el trámite que le correspondía es, sin duda, conducta jurídicamente reprochabe.

El acusado a más de la manifiesta morosidad procurada al proceso con su desidia para actuar como debía, ejecutó actos (autos comisorios) que inequívocamente conducen al término rehusar que es uno de los verbos rectores empleados por el tipo penal señalado...".

Siendo el prevaricato omisivo el quebrantamiento de la ley por el no cumplimiento del deber, al rehusar deliberadamente y sin justificación alguna el procesado un acto al que estaba obligado, adecuó su comportamiento a las previsiones del artículo 150 del Código Penal, haciéndose acreedor a una sentencia de condena que formalmente se solicita a la Corte como decisión que en derecho corresponde.

Consideraciones de la Corte:

1. De conformidad con lo previsto por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el 34 de la Ley 81 de 1993), el marco de referencia trazado por el impugnante limita la posibilidad del funcionario de segunda instancia a la revisión de los aspectos motivo de inconformidad. Siendo ello así, la Corte examinará la responsabilidad del ex-Juez acusado a fin de determinar si, contrario a las consideraciones del Tribunal, su comportamiento comportó una resistencia al cumplimiento de actos propios de sus deberes funcionales, o en otras palabras los "rehusó" en términos de connotación o relevancia penal, y si en el expediente existen evidencias suficientes para proferir en su contra sentencia de condena por el delito que motivó la acusación.

2. Resultando para este propósito imprescindible identificar los cargos que en el plenario le fueron concretados al enjuiciado, es de observar primeramente que al redactar en su contra la resolución de acusación, la Fiscalía ante el Tribunal adujo que era deber del doctor GENTIL DIAZ como Juez de Instrucción Criminal de Riosucio entrar a definir sobre la situación jurídica de los vinculados al proceso que por un delito contra los recursos naturales adelantaba en su Despacho. Sin embargo, resistiéndose a cumplir esa función, optó por comisionar al Juzgado de Instrucción de Quibdó que había cumplido por delegación las diligencias de injurada, adicionando que ese comportamiento tampoco se acomodaba a los deberes oficiales, porque la autorización de comisión se restringía a la práctica de diligencias y no a la adopción de providencias, razones que, sin embargo, no culminaron en cargo alguno adicional.

Cuando la Fiscalía Delegada ante la Corte revisó por vía de alzada el anterior pronunciamiento, cotejándolo con las precarias pruebas aportadas comenzó por reconocer que los hechos imputables inequívocamente al doctor DIAZ se limitaban en el tiempo entre el 23 de mayo de 1989 y el 6 de marzo de 1990, y más precisamente en la expedición de los autos de mayo 23 y septiembre 21 de 1989 y de febrero 15 de 1990. Sin embargo, al recapacitar sobre el reproche que el comportamiento del funcionario merecía, rectificó al Fiscal de primer grado advirtiendo que el Juez de Instrucción sí estaba facultado para comisionar la adoción de decisiones que fueran comunes o connaturales con la comisión, como era el concreto caso de la definición de unas situaciones jurídicas, así que bajo ese entendimiento encontró parejamente censurable la conducta de la juez comisionada doctora Nury del Cármen Valencia por resistirse a obedecer la delegación, disponiendo la expedición de copias para que se le investigase.

Replanteando la imputación, se dijo entonces que la conducta punible del doctor DIAZ asomaba "en la medida que éste cada vez que recibió el proceso del primero, estuvo en capacidad de resolver la situación jurídica máxime entratándose del competente para adelantar el diligenciamiento", añadiendo que con independencia de la omisión de la doctora Valencia Valencia, "el aquí acusado con el más absoluto desinterés en el cumplimiento de su deber no sólo se abstuvo de producir la decisión

anotada sino que activamente procuró sustraerse de esa ineludible obligación, insistiendo reiteradamente en atribuírsela a la primera", dejando transcurrir en esa inactividad varios meses, lo que constituía la conducta típica descrita en el artículo 150 del Código Penal, al rehusar un acto propio y concreto del ejercicio funcional.

3. Sin que el fallo penal se puede distanciar de la formulación clara y precisa de los cargos que contiene la resolución de acusación, en cuanto ésta constituye el ámbito de la defensa e irreformable marco referencial para el pronunciamiento de absolución o de condena, se ha de partir obligatoriamente en este análisis del texto del artículo 413 del Decreto 050 de 1987 que por la fecha de los hechos señalaba el deber de definir la situación provisional del procesado, condicionando el pronunciamiento a su previa vinculación mediante indagatoria o emplazamiento, las formas a la redacción de un auto interlocutorio, el contenido al decreto de una medida de aseguramiento o la orden de libertad inmediata, y el término a los cinco (5) días siguientes cuando se tratase de persona privada de la libertad, o a diez (10) días si los aprehendidos, siendo cinco o más, se retuvieron en una misma fecha, si el indagado había quedado en libertad, y en los casos en que la vinculación se hubiese conseguido mediante emplazamiento.

Los requisitos enunciados constituyen para el caso presente una primera dificultad de orden probatorio, porque la ausencia de una diligencia de inspección o de adjunción de copias formales de las indagatorias o autos que declarasen la rebeldía a comparecer, no posibilita ni la contabilización de términos, ni conocer exactamente cuántos ni quiénes rindieron injurada y quienes fueron emplazados.

Si bien es cierto que tales exigencias podrían superarse por inferencia lógica en la medida en que los autos comisiorios y de rechazo de la delegación nunca anotaron que se tratara de un proceso con personas capturadas, y que el tiempo transcurrido en el ir y venir del expediente sobrepasaba con exceso el término indicado en el artículo 413 que viene de citarse, otras son las razones que se conjugan para apoyar ahora el fallo absolutorio.

No cabe duda que si la situación del aprehendido no se definía en tiempo, y éste continuaba privado de su libertad, la prolongación de esa situación ilegal hubiera integrado el delito de detención arbitraria descrito en el artículo 273 del Código Penal. No fue esa, sin embargo, al situación probada en autos, ni aquella por la que se llamara a responder en juicio al acusado.

Pero si de la situación de un vinculado que permanece en libertad se trata, ha de reconocerse que para la doctrina jurisprudencial no consagraba el precepto procesal penal del Decreto 050 de 1987 un mandato imperativo en tanto no existiera mérito para proferir medida de aseguramiento, hermenéutica que condujo a que el legislador supliera esa deficiencia disponiendo ahora en el artículo 438 del Decreto 2700 de 1991, que no podrá cerrarse siquiera la etapa de instrucción en tanto no se haya resuelto la situación provisional del sindicado.

La tesis que para la época del hecho tenía sentada esta Sala se conoce –entre otros– por el pronunciamiento del 3 de abril de 1990, bajo ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, ocasión en la cual la Corte dijo:

> "...es verdad que el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal señala un plazo de 10 días para la resolución de la situación jurídica, cuando el procesado es dejado en libertad al terminar la indagatoria, o cuando ha sido declarado ausente y que, ese término, no se cumplió en el caso... Pero de allí no se sigue que los Magistrados hayan prevaricado por omisión, pues un pensar semejante conduce al absurdo de afirmar una responsabilidad objetiva, o lo que es lo mismo, que los términos deben cumplirse fatalmente so pena de responsabilidad penal. Términos como el presente tienen simplemente un soporte ideal a diario avasallado, de la mejor buena fe, por la realidad de nuestra administración de justicia. Cuando resulta evidente que no se atentó contra el derecho de defensa, o contra cualquiera otro válido interés del procesado o de los demás sujetos procesales, el incumplimiento del término deviene en intrascendente. Es más, aquí por parte alguna obra demostrado

> que el procesado hubiera solicitado resolución de su situación jurídica, y ésta, sin destruir el esquema fundamental del proceso, o atentar contra el derecho de defensa, perfectamente ha podido resolverse al momento de la calificación del mérito del sumario... Así las cosas, el asunto deviene en mero formulismo, y ya dijo la Corte que oponer este a la esencia del derecho es tanto como hacer bizantinismo en contra de la equidad. Se debe renunciar a rendir pleitesía a la forma, en la obligada búsqueda del contenido que es cuanto verdaderamente importa".

Pues bien, ocurridos los hechos por los que se acusa al ex-juez GENTIL IVAN DIAZ en vigencia de un estatuto que mereció la interpretación doctrinal que acaba de citarse, y del cual difiere el actual Código de Procedimiento Penal donde a la definición provisional de la situación del indagado se le reconocen consecuencias tan relevantes como las indicadas en el artículo 37 sobre sentencia anticipada, la postura procesal que asumiera el acusado resulta definida y distanciada del tipo por el cual se le acusara, porque sin el apremio de definirle situación a un capturado, en su defecto tampoco se probó si se imponía resolver alguna solicitud encaminada a la imposición o no de una medida de aseguramiento a los supuestamente vinculados (hecho que no se comprobó debidamente), ni mucho menos si en la actuación mediaba prueba que obligara la imposición de esas medidas cautelares, porque nada distinto a la existencia de los autos de comisión y de rechazo llegó a conocerse en éstas diligencias sobre el origen, curso y estado de aquel proceso en que se acusa la omisión.

Con tan escasos medios probatorios, no podía menos que resolverse la causa de la forma como lo verificó por mayoría la Sala del Tribunal de Quibdó, con cuanta mayor fuerza frente al fundamento mismo que plasmó la resolución de acusación en la segunda instancia, pues si allí se afirmó válido que el juez GENTIL DIAZ tomara la decisión de definir la situación jurídica de unos vinculados mediante funcionario comisionado, difícilmente podría deducírsele una responsabilidad penal por omisión, dado que con su actitud apenas si seleccionó una de las alternativas que la ley le daba para adoptar esa medida que se dice rehusaba.

Las precarísimas pruebas allegadas (copia de los autos comisorios, del acto de elección del juez, versión de la comisionada e indagatoria) no permiten, entonces, tener por demostrada la conducta punible por la cual se radicó en juicio al acusado, y ello se constituye en motivo suficiente para que la Sala ratifique la determinación subida en alzada.

Mas, como no obsta lo expuesto para hacer al comportamiento de los jueces DIAZ y VALENCIA un reparo severo por la forma indolente como pretermitieron los caminos que conducían a una solución racional de sus diferencias, prefiriendo sacrificar los intereses de la administración de justicia, la proyección disciplinaria de su actuar da todavía la ocasión al pronunciamiento que el caso merece, cuya facilitación se hará al disponer que por la Secretaría se compulsen las piezas pertinentes con destino al órgano competente.

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

Resuelve:

Primero: Confirmar el fallo motivo de la alzada, por el cual se absuelve al ex-juez de Instrucción Criminal de Riosucio (Chocó) GENTIL IVAN DIAZ, frente al delito de prevaricato omisivo por el cual se le acusó.

Segundo: Expídanse las copias indicadas en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RETROACTIVIDAD / RECURSO DE REPOSICION

La sustentación que hace el defensor con posterioridad a la decisión que recurre, no puede tener efectos retroactivos por virtud del principio de preclusión de los actos procesales, y dado que la decisión cuya reposición se persigue se ajustó a la realidad procesal existente cuando fue tomada, se impone mantenerla incólume.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 125 de 3 de noviembre de 1994.

Vistos:

Se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el defensor del sentenciado JOSE FRANCISCO LAVERDE GONZALEZ, contra el auto proferido por esta Sala el dieciséis (16) de septiembre del año en curso mediante el cual se declaró desierto el recurso extraordinario de casación presentado de manera excepcional por el mismo.

Antecedentes:

Según se evidencia en la providencia recurrida, la Sala declaró desierto el recurso extraordinario tras considerar que "el defensor se limitó únicamente, a manifestar su propósito de impugnación, por vía de la casación excepcional, pero hasta el momento se ha abstenido de formular la más mínima sustentación para señalar el motivo que a ello le lleva y la inicial demostración que al respecto estaba obligado".

Contra dicha decisión el defensor del sentenciador interpuso oportunamente reposición, en procura de que se admita el recurso

extraordinario de casación y se ordene darle el respectivo trámite. A tal fin argumentó que "el juzgador desconoció por completo el acuerdo realizado el 6 de mayo de 1992, mediante la escritura pública 906 de la Notaría 24 de Bogotá, documento donde se concilió todos los intereses entre las partes y se declaró disuelta la sociedad conyugal, acuerdo que se ha cumplido a cabalidad y en especial se ha cumplido con las mensualidades de $150.000.oo e incremento proporcional al costo de vida, conforme al certificado del DANE".

Agrega el recurrente que el sentenciador desconoció también que Martha Eugenia Martínez García vendió todos sus derechos de posesión a la Empresa Turismo Juvenil, los cuales fueron adquiridos por su defendido. Y, además, que existió falta de valoración probatoria del Acuerdo realizado por el Defensor de Familia adscrito al I.C.B.F., el cual fue incumplido por Martha Eugenia Martínez.

Concluye expresando que este recurso lo sustenta primordialmente en el desconocimiento del artículo 38 de la Ley 81 de 1983 (*sic*), norma superior y especial que merece ser aplicada.

Consideraciones de la Sala:

Respecto a la casación excepcional, la Corte en reiterados pronunciamientos ha advertido sobre la necesidad de señalar desde el mismo momento en que se interpone el recurso, los motivos que se tienen para ello, así como demostrar, aunque sea suscintamente, que el fallo atacado viola derechos fundamentales o requiere ser estudiado por la Sala para el desarrollo de la jurisprudencia.

Nada de lo dicho se cumplió en el caso de estudio y por ello no era dable conceder el recurso interpuesto por la vía excepcional.

La sustentación que hace el defensor con posterioridad a la decisión que recurre, no puede tener efectos retroactivos por virtud del principio de preclusión de los actos procesales, y dado que la decisión cuya reposición se persigue se ajustó a la realidad procesal existente cuando fue tomada, se impone mantenerla incólume.

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

Resuelve:

No reponer la decisión impugnada.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA / POLICIA JUDICIAL

Razón le asiste al Procurador Judicial ante el Tribunal Superior de Santiago Cali, al recurrir el fallo, cuando cuestiona la validez de las diligencias de exposición recepcionada por miembros de la Policía Judicial, porque fueron practicadas sin la presencia de un defensor y cuando ya el juez había iniciado la correspondiente investigación y de esta manera, se desconoce las previsiones del artículo 334 del Código Procesal de 1987, vigente para la época en que fueron realizadas, puesto que la misma preceptiva procesal les confería capacidad oficiosa sólo durante la indagación preliminar y el numeral 6o. del artículo 334, los facultaba para la recepción de testimonios, pero previo ser juramentados.

Pero el concederle la razón al impugnante en relación con la aceptación de un falso juicio de legalidad, respecto a la prueba de versión libre y espontánea que fue irritualmente practicada, no quiere decir que se vaya a aceptar la prosperidad de la pretensión procesal, porque el Tribunal Superior de Cali para concluir en la culpabilidad dolosa de los procesados no se limitó a analizar la prueba ilegalmente practicada, sino que la concordó con las indagatorias rendidas por los procesados y sus posteriores intervenciones en el proceso incluida la de audiencia pública y la necropsia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 124 de 2 de noviembre de 1994.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, mediante fallo del catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y

tres (1993) confirmó con algunas modificaciones, en cuanto a la condena de perjuicios y a la interdicción de derechos y funciones públicas, la sentencia calendada el cuatro (4) de marzo del mismo año, por medio de la cual el Juzgado Veintiocho (28) Penal del Circuito de aquella ciudad capital condenó a Marco Antonio Libreros Cuéllar y a Alvaro Campos Potes a la pena de veintiún (21) años de prisión como responsables de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

Contra la decisión del Tribunal, el señor Procurador sesenta y dos (62) en lo judicial y el defensor del procesado Campo Potes interpusieron el recurso extraordinario de casación el cual, fue concedido por el Tribunal Superior de Cali. Presentadas las demandas correspondientes, se les declaró ajustadas a las previsiones legales por esta Corporación y sobre ella se resolverá a continuación luego de escuchada la opinión del Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

Hechos:

El día treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), en el interior de un kiosko de la empresa Postobón, situado en la avenida segunda norte con calle 70 de la ciudad Santiago de Cali, donde el vigilante del mismo señor Heladio Bustos fue maniatado y muerto por los procesados, Marco Antonio Libreros Cuéllar, que luego hurtaron algunas cajas de gaseosas y unas botellas de aguardiente. El occiso murió como consecuencia de la asfixia.

Actuación procesal:

El día primero (1) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal Permanente practicó la diligencia de levantamiento del cadáver y recibió en declaración a Manuel Cresencio Fernández.

Llegada la actuación al Juzgado de Instrucción Criminal Reparto, éstas les correspondió al Juzgado Treinta y Ocho (38) de la misma especialidad, quien por auto del dieciocho (18) de diciembre del mismo año, ordenó la apertura de indagación preliminar con el fin de individualizar a los posibles autores del homicidio.

Allegados varios elementos de juicio el instructor declaró abierta la investigación con auto del diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992) en el cual, ordenó la captura de Alvaro Campo Potes y Marco Antonio Libreros.

Escuchados en diligencia de indagatoria, les fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por auto del diecinueve (19) y veintiséis (26) de febrero del mismo año.

Cerrada la investigación el mérito del sumario fue calificado con resollución de acusación contra los procesados como coautores de los delitos de homicidio y hurto, con las circunstancias de agravación punitiva correspondientes.

Celebrada en debida forma la audiencia de juzgamiento por el Juzgado Veintiocho Penal Circuito de Santiago de Cali, pronunció la sentencia de primera instancia con los resultados ya conocidos. El Tribunal Superior de la misma ciudad al desatar el recurso concluyó con la confirmación con algunas modificaciones de la condena y que hoy es motivo de esta impugnación extraordinaria.

Las razones de la demanda:

El señor agente del Ministerio Público ante el Tribunal formula cargo único contra la sentencia impugnada, en el cual presenta dos ataques, al amparo de la causal primera de casación por la presunta violación indirecta de la ley sustancial. El primero por la presencia de un error de derecho con respecto a la diligencia de exposición rendida por el sindicado Alvaro Campos Potes en presencia de los agentes de la Policía Nacional y el segundo, con base en un error de hecho por falsos juicios de identidad en torno al peritaje médico-legal, "errores que obraron como factor determinante en la condena de Marco Antonio Libreros Cuéllar y Alvaro Campo Potes, por el delito de homicidio agravado, cuando en verdad correspondía hacerlo por homicidio preterintencial, yerros que repercutieron en la esfera de la punibilidad en disfavor de los acusados, causándoles agravios, cuya remoción se solicita a través de este extraordinario recurso".

En relación con el error de derecho, acusa que éste lo generó un falso juicio de legalidad al apreciarse la versión libre y espontánea rendida por el imputado Alvaro Campo Potes, el día 10 de febrero de 1992, ante los agentes de la Policía Nacional, yerro que "consiste en concreto en haberle otorgado al juez *ad-quem* mérito probatorio a la susodicha diligencia versión libre, inadvirtiendo que en su recepción no se cumplieron los condicionamientos exigidos en el art. 344 del anterior C. de P.P. (Decreto 050 de 1987), para la validez de esa versión ante el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, pues no solamente no aparecían acreditados los motivos de urgencia o de fuerza mayor, sino que además al imputado no se le nombró un defensor, circunstancia que hace inexistente tal acto por omisión de formalidades esenciales...".

Sostiene que de manera acertada el funcionario que calificó el mérito del sumario declaró la inexistencia de tal versión. Sin embargo, pese a lo anterior, el fallador de segunda instancia le otorgó efectos probatorios trascendentes a tal versión, "deduciendo de su contenido la intencionalidad que animaba a los procesados para terminar con la existencia del ocasional vigilante del kiosko...".

Es así que el Tribunal al rememorar lo dicho por Campo Potes, en el sentido de que su compañero en la "aventura criminal" cogió al anciano vigilante del cuello hasta hacerle perder el conocimiento, deduzca la intención homicida, sin tener en cuenta las advertencias que el deponente hizo a su compañero de que no le apretara mucho el cuello, que bastaba con amarrarlo de pies y manos, por lo que se ha de concluir, que la intención de los procesados no era otra que la inmovilizar al vigilante.

Considera que los argumentos de la Sala de Decisión Penal al sostener que la asfixia del anciano fue ocasionada por la acción de las manos de los acusados, está en contravía con el dictamen de los legistas que afirman que la violencia ejercida contra el anciano, por parte del coprocesado Libreros Cuéllar según el dicho de su compañero, produjo la sofocación al habérsele amarrado en la boca y nariz una camisa negra de manga larga.

En tales condiciones, es un notorio desacierto del fallador de segunda instancia cuando asevera que la camisa simplemente le fue tirada sobre

la cara del anciano, "y que en esas circunstancias difícilmente podía ocasionarle la muerte por sofocación".

Por lo anterior, concluye el censor que:

> "Riñe con la verdad lo afirmado por el fallador de segunda instancia, al decir que los procesados con las manos le taparon la boca y la nariz causándole la asfixia por sofocación a Heladio Bustos, cuando hallándose maniatado trató de dar voces de auxilio (fs. 301), pues lo cierto es que los actores le impusieron una mordaza para evitar que llamara la atención de los vecinos, más no con la intención de ocasionarle la muerte por asfixia, como desafortunadamente ocurrió, desenlace que era factible prever y esa la razón para reclamar el encuadramiento del resultado homicida en los ámbitos del delito preterintencional".

Por otra parte, en relación con el error de hecho por una errada apreciación del peritaje médico que habla de una sofocación y no de un estrangulamiento como los sostiene el sentenciador, le fue dado un contenido y un alcance "que rebasan los factores de convicción" y que al ser estimado erróneamente, llevó al fallador de segundo grado a deducir el dolo del homicidio y a concluir que la muerte se produjo por estrangulamiento realizado con las manos de los procesados, mientras que del peritaje se deduce que la causa de la muerte fue la sofocación y con ello, imputar la culpabilidad a título de preterintención y no como les fue señalada en el fallo de instancia.

Solicita que se case la sentencia y se dicte el fallo de reemplazo, condenando a los procesados por el delito de homicidio preterintencional y hurto calificado y agravado.

El defensor de Alvaro Campo Potes plantea cinco cargos al amparo de la causal primera de casación por considerar que la sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial.

El supuesto primer cargo lo formula por medio de los requisitos que estructuran la preterintención para concluir que su defendido aceptó el hurto, pero no ha admitido la intención de matar.

Luego de analizar los requisitos de la preterintención dice que el segundo de los mismos –haber obtenido un resultado diverso al inicialmente querido– no se ha dado "pues mi patrocinado, nunca tuvo la intención de terminar con la vida del señor Heladio Bustos, para poder de tal forma llevar adelante la acción de hurtar bienes diversos que existían en un establecimiento de comercio".

No hace ninguna petición en concreto.

En el segundo cargo, argumenta que la necropsia informa como causa probable de la muerte la asfixia de tipo mecánico por obstrucción externa de las vías respiratorias, pero que dada la avanzada edad del occiso la muerte se ha podido producir por una enfermedad, lo que demuestra que la intención de su patrocinado nunca fue la de ocasionar la muerte.

Luego de mencionar varios medios de convicción, reconoce que apuntan a la existencia del hurto, pero así mismo destaca el libelista que nadie vio como se produjo la muerte del anciano. En relación con los mismos no hace ninguna crítica en relación a que puede ser el supuesto error demandado, pues se trata de una relación de diversos medios de convicción que lo llevan a plantear únicamente la existencia de un hurto, pero no de un delito contra la vida.

En relación con este "cargo" no hace ninguna petición.

El tercer cargo lo hace consistir en la falta de prueba directa que lleve a la certeza de que su defendido fue uno de los autores del homicidio, por lo que se le ha debido dar credibilidad al dicho de su patrocinado por haber confesado un delito, "indica la forma como han sucedido los hechos, sin que se pueda decir ahora, que tal circunstancia no es cierta".

Tampoco en esta ocasión formula ninguna petición en concreto.

En el cuarto cargo dice que los falladores sólo tuvieron en cuenta los aspectos de la declaración rendida por los procesados en lo que los perjudica, toda vez que lo manifestado por su poderdante, fue considerado

"como circunstancias con los cuales trata de encubrir un delito, que a la postre no ha cometido".

En relación con este "cargo" tampoco hace ninguna solicitud en especial.

El quinto cargo lo plantea con el fin de que se les reconozca la duda, pues en el proceso sólo se tuvo como prueba la confesión de los sindicados y que en su sentir, es la única trascendente.

Termina diciendo que la duda en relación con su representado no lo ha beneficiado, sino que por el contrario lo ha perjudicado, pero tampoco en relación con este "cargo" hace ninguna solicitud en especial.

Termina solicitando a la Corte casar la sentencia recurrida y en su lugar se profiera fallo de reemplazo, por el delito de homicidio preterintencional.

Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Considera que razón le asiste al impugnante en cuanto plantea un error de derecho por parte de la Corporación de segunda instancia en cuanto no tuvo en cuenta las irregularidades presentadas por la diligencia de versión libre y espontánea rendida por Campo Potes, porque fue recepcionada con desconocimiento de las previsiones de los artículos 334 y 342 del C. de P.P., y porque en ella no se observaron los requisitos establecidos en el artículo 344 del Código de 1987.

Estima que pese a haber asumido el conocimiento del proceso por parte del Juzgado 35 de Instrucción Criminal, las autoridades de Policía continuaron con sus investigaciones sin que hubieran sido comisionados para ello.

Y que como si no fuera suficiente lo anterior, la recibieron sin la presencia de un defensor.

Arguye que el fallador de segunda instancia tomó esta versión en concordancia con la peritación médica para concluir sobre la forma como

se produjeron los hechos y la intencionalidad que animaba a los procesados.

> "Al contrario de lo que se sostiene en la demanda, esta agencia del Ministerio Público advierte que el Tribunal, sin embargo, no sostuvo su sentencia en estas dos únicas pruebas, pues si bien hizo reiteradamente alusión a la versión libre de Campo Potes, éstas referencias se conjugan con otras deducciones. Así inicialmente sostiene la Corporación que el ataque de los inculpados puso de presente su 'intención manifiesta' que 'no pudo ser otra que la de agredir al anciano. La de atentar contra su vida manifestándole en la forma más agresiva y brutal como fue la de cogerlo por la garganta con el fin de poder doblegarlo para que no se resistiera al ataque y con el fin de que no opusiera resistencia'".

Se deduce, entonces, que:

> "En principio podría entenderse como una fijación de la responsabilidad a título de dolo directo, no es verdad tal. El Tribunal resalta que el ataque iba dirigido a la eliminación de la resistencia del vigilante, no a lograr su muerte, la que sin embargo se produjo a título de dolo eventual, pues 'Sabido es que un ataque de esta naturaleza, a un anciano como lo era el hoy occiso de 74 años según la necropsia médico legal, por dos personas, quienes al unísono trataban de doblegarlo, necesariamente fue mortal la maniobra que ejecutaron para poder silenciarlo'".

El Tribunal, además, consideró las contradicciones en que incurrieron los procesados en sus indagatorias, porque Campo reconoce haber entrado al kiosko para hurtar, y haberse encontrado allí al anciano maniatado, mientras que el segundo se muestra ajeno a los hechos; y en la intervención en la audiencia pública ambos niegan las intenciones homicidas pero reconocen haber atado y amordazado al anciano.

Así las cosas, el examen probatorio no se restringió a las pruebas atacadas por el Agente del Ministerio Público, sino que además conjugó

la indagatorias de los sindicados "todo lo cual permitió deducir la responsabilidad penal de los inculpados, valiéndose de su fuerza frente a la poca capacidad de defensa del occiso, le impidieron la llegada de aire a los pulmones a través de la violenta obstrucción de las vías respiratorias inicialmente con las manos –tiempo del forcejeo– y posteriormente con la camisa que anudaron a su cara".

Con relación al error de hecho cometido presuntamente en la valoración de la necropsia, al considerar, según el libelista, que el Tribunal asumió que esta prueba fijaba la causa de la muerte en el estrangulamiento. Estima el Procurador que este planteamiento carece de razón, porque el sentenciador en ningún momento hace esta afirmación, porque siempre a lo largo del fallo reconoció como causa de la muerte la asfixia por sofocación.

Que incluso aceptando en gracia de discusión que la asfixia se hubiera provocado por la mordaza que los procesados pusieron en la cara del anciano, no se observa yerro del Tribunal, porque aún así la muerte es refutable a título de dolo porque teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima "las cualidades de los acusados, los procedimientos de indefensión a que lo sometieron y el sitio en donde se produjo el ataque violento, es evidente que el resultado muerte fue aceptado por los inculpados a pesar de que les era racionalmente posible preverlo".

Solicita se rechace el cargo.

En relación a la segunda demanda presentada por el defensor de Campo Potes considera que es su falta de técnica la que impone su fracaso, porque en los cinco cargos que propone no hace desarrollo independiente "ni concreta las razones de su inconformidad", por lo que la Delegada trató de interpretar su sentido y tomó los cinco cargos como uno solo.

Que si lo que pretende es que se reconozca el homicidio preterintencional, los argumentos que se brindan en el escrito no permiten establecer si el Tribunal incurrió en un error sobre las pruebas o sobre las normas aplicadas.

Solicita se desestime la demanda.

Consideraciones de la Sala:

Razón le asiste al Procurador Judicial ante el Tribunal Superior de Santiago de Cali, al recurrir el fallo, cuando cuestiona la validez de las diligencias de exposición recepcionadas por miembros de la Policía Judicial, porque fueron practicadas sin la presencia de un defensor y cuando ya el juez había iniciado la correspondiente investigación y de esta manera, se desconoce las previsiones del artículo 334 del Código Procesal de 1987, vigente para la época en que fueron realizadas, puesto que la misma preceptiva procesal les confería capacidad oficiosa sólo durante la indagación preliminar y el numeral 6 del artículo 334, los facultaba para la recepción de testimonios, pero previo ser juramentados.

Por ello, de manera acertada el funcionario del conocimiento en primera instancia, en la resolución de acusación dijo:

> "No es prudente referirse a la versión que la policía judicial le recibió al señor Alvaro Campo Potes, puesto que no se recepcionó conforme lo ordena la ley, siendo un acto procesal inexistente que no hemos considerado para proferir Resolución de Acusación contra los implicados".

La Corporación de segunda instancia, de manera errónea, posiblemente por inobservancia, no advirtió la ilegalidad de este medio de convicción y lo analizó con amplitud, para en concordancia con otras pruebas, concluir en la culpabilidad dolosa de matar con la que actuaron los procesados.

Pero el concederle la razón al impugnante en relación con la aceptación de un falso juicio de legalidad, respecto a la prueba de versión libre y espontánea que fue irritualmente practicada, no quiere decir que se vaya a aceptar la prosperidad de la pretensión procesal, porque como ya se adelantó, el Tribunal Superior de Santiago de Cali para concluir en la culpabilidad dolosa de los procesados no se limitó a analizar la prueba ilegalmente practicada, sino que la concordó con las indagatorias rendidas

por los procesados y sus posteriores intervenciones en el proceso incluida la de la audiencia pública y la necropsia.

Con criterio muy lógico el Tribunal destaca la avanzada edad del occiso (74 años) y la fortaleza y juventud de sus agresores que trataron de inmovilizarlo y evitar que pidiera auxilio, y es allí cuando destaca lo dicho por Campo Potes en la versión libre y espontánea, en el sentido de que su compañero lo apretó del cuello hasta que perdió el conocimiento, pero bajo ninguna circunstancia el juzgador de segunda instancia afirma que la muerte del anciano fue por estrangulamiento, sino que aceptando lo dictaminado por los legistas concluye en la sofocación y es así como en uno de los apartes afirma:

> "...pero según parece y hasta cierto punto lo admiten los acusados, el anciano como trató de pedir auxilio, se vieron en la necesidad de asirlo primeramente por el cuello y luego, para que no gritara, le taparon violentamente la boca y la nariz y en estas circunstancias temporales, advino la muerte. En otras palabras esta clase de muertes sólo se producen, en los adultos, cuando se usan medios violentos y cuando se tiene una clara idea del fin que se persigue, más cuando el medio que se usa, son las manos".

Luego destaca apartes de la necropsia en las que se afirma la utilización de la violencia: "El occiso presenta cambios que sugieren asfixia de tipo mecánico, probablemente por obstrucción externa de las vías respiratorias nasal y oral, ejercida con violencia como lo sugieren las marcas de uñas en la cara".

Es decir, que finalmente el juzgador de segunda instancia acepta que la muerte fue por sofocación y no por extrangulamiento, se identifica en esto con el juzgador de primera instancia que al rechazar la culpabilidad preterintencional dijo:

> "Al cotejar lo enunciado en la necropsia médico legal y lo afirmado por los enjuiciados en cita, respecto a que amarraron y amordazaron al anciano, vemos que la causa del deceso del

anciano no merece reparo alguno, se originó por asfixia, y quienes produjeron ésta sin lugar a dudas fueron los señores Marco Antonio Libreros Cuéllar y Alvaro Campos Potes, al obstruir con un trapo las vías respiratorias nasal y oral de la víctima".

"Es inverosímil lo planteado por los enjuiciados LIBREROS CUELLAR, y CAMPO POTES, respecto a que su única intención era la de hurtar, que amordazaron y amarraron al anciano sólo para cometer el hurto, pero no con la intención de privarlo de la vida, pues debe haber sido lo lógico es que sólo le hubieran obstruido la boca, pero no aconteció de esa manera, ya que utilizando un trapo le imposibilitaron la respiración por las vías nasal y oral y le ataron las manos, siendo conscientes de que un ataque de tal magnitud conlleva en pocos minutos a la muerte a cualquier ser humano".

Se destaca la providencia de primera instancia porque en esos aspectos las sentencias de las dos instancias se identifican y para su demostración basta transcribir un aparte de la segunda instancia.

"...Baste mencionar que ellos sostienen que una vez inmovilizado el anciano le lanzaron una camisa o un trapo en la cara para que no gritara, con lo cual tratan de demostrar que el anciano no estaba muerto cuando lo inmovilizaron atándole las manos por detrás de la espalda. Sin embargo miremos que es casi imposible, como lo sostienen los tratadistas de medicina legal al examinar el tema de la muerte por sofocación, que un adulto o en una persona se pueda asfixiar por el simple hecho de dejarle una prenda de tela en la nariz o en la boca. Y es que si se examina con cuidado y detenimiento este medio de dar muerte a una persona, se advierte que ello sólo es posible cuando se usa de la fuerza o la violencia, como en este caso lo opina el patólogo forense".

Apreciaciones que están acordes no sólo con la diligencia de necropsia, sino con la de levantamiento del cadáver en la que se dejó la siguiente constancia:

"Es de anotar que el occiso se encuentra atado o amarrado sus manos hacia las espaldas con un dulceabrigo de color rojo y su boca tapada y anudada con una camiseta de color negra de manga larga en donde se pudo observar su amoratamiento en su rostro y parte del tórax..." y más adelante en la misma diligencia: "no presentaba signos de violencia externa y al parecer su fallecimiento se produjo por asfixia, y lo único que presentaba la sintomatología de lividéces cadavéricas en tórax y abdomen al igual que la cara cianótica".

Lo único criticable en la decisión del Tribunal es que hubiese analizado la diligencia de exposición libre y espontánea cuando ya había sido desechada como inexistente por la primera instancia por las irritualidades con que fue practicada.

No le asiste entonces la razón al censor porque la verdad es que en ambas instancias destacan la fragilidad del anciano y la violencia que sobre el mismo se ejerció, que hacía fácilmente previsible que al haber imposibilitado de tal manera a su víctima, la muerte se podía sobrevenir por sofocación.

No comparte la Sala la pretensión del impugnante en el sentido de que los juzgadores de instancia incurrieron en un falso juicio de identidad respecto del peritaje médico-legal, porque la sofocación que allí se predica como la causa de la muerte del anciano es bien analizada para resaltar el ánimo homicida de los procesados y para descartar el delito de homicidio preterintencional.

La muerte se produjo por sofocación y no por estrangulamiento, que nadie lo ha afirmado, y en tales condiciones, las conclusiones de las instancias coinciden con el acerbo probatorio.

Por lo anterior, se rechazaran las pretensiones del impugnante.

La demanda presentada por el defensor de Campo Potes, está destinada al fracaso por sus innumerables yerros técnicos, que se inician en la formulación de la causal, por cuanto se limita a decir que la sentencia es violatoria de una norma sustancial, pero sin precisar si se trata de una violación directa o indirecta de la ley sustancial.

Luego, hace una enumeración de supuestos cinco cargos en los que es imposible escudriñar cuál es la verdadera intención y voluntad del demandante, y de los mismos, lo único que se deduce es que pretende que se reconozca la existencia de un homicidio preterintencional.

Bastaría que con un análisis general de tan precaria demanda fuera suficiente para declarar su improsperidad, pero para efectos de llenar los requisitos formales que gobiernan el recurso extraordinario de casación la Sala se referirá a todos y uno de los "cargos" formulados para dar respuesta a la inconsecuencia de todos y cada uno de ellos.

Como ya se especificó en relación con ninguno de ellos hace una petición en especial, sino que pareciera que se trata de una construcción gramatical en la que el censor cree que a cada uno de sus párrafos debe darle una denominación especial y para tales efectos los denomina como cargos.

El primer cargo como ya se dijo se limita a ubicarlo en el artículo 220 del C. de P.P., pero sin siquiera precisar si se trata de violación directa o indirecta y menos en realizar ningún esfuerzo por demostrar en qué consiste el error que destaca.

Se limita a enumerar lo que para el consisten los requisitos de la preterintención y en relación con el segundo, que hace consistir en obtener un resultado más grave del querido, lo lleva a concluir que su patrocinado nunca tuvo la intención de matar, pero ni siquiera hace la más mínima petición en relación con la enunciación que se acaba de destacar.

En el segundo "cargo" sobre la base de que los médicos legistas determinan que la muerte se produjo "probablemente" por asfixia, lo lleva a plantear que se ha podido morir como consecuencia de una enfermedad y en relación con tal propuesta considera la Sala inútil extenderse sobre más consideraciones luego de haber resaltado las condiciones en que se produjo la muerte, ampliamente detallada en la parte anterior de la providencia.

Luego dentro del mismo cargo enumera una serie de declaraciones en relación a las cuales sólo se limita a hacer un resumen de las mismas,

pero sin hacer la más mínima crítica en relación a ellas y menos en que puede consistir el error que ni siquiera formula.

En el cargo tercero, afirma que al no existir cargo directo, se le debe dar credibilidad al testimonio de su patrocinado "que confesado un delito, indica la forma como han sucedido los hechos, sin que se pueda decir ahora, que tal circunstancia no sea cierta".

Como ya se dijo en antecedencia nada pide, ni nada propone.

En relación con el cuarto "cargo" si el censor se limita a afirmar que el juez *a-quo* ha puesto en práctica sus argumentos "sujetivos" para luego sostener que la única prueba es la declaración de los procesados "en la cual sólo se tiene en cuenta aquellos aspectos que pudieran desfavorecer a los procesados, y lo que ha manifestado mi patrocinado lo considera como circunstancias con los cuales trata de encubrir un delito, que a la postre no ha cometido". Nada pide, nada demuestra, nada propone, ¿qué puede la Sala contestar a un libelo que desconoce de manera absoluta lo que es el recurso extraordinario de casación? El quinto "cargo" lo plantea en el sentido de que la duda debe resolverse en favor del procesado, pero en este caso, como en todos los demás no hace ningún esfuerzo dialéctico por demostrar y eso sería exagerado afirmarlo, porque ni siquiera enuncia el cargo que pretende le sea reconocido como causal para que la sentencia impugnada sea casada.

En definitiva es una demanda que bajo ninguna perspectiva obedece a las reglas mínimas que gobiernan el recurso extraordinario de casación, y que sólo las mismas imponen a la Sala la penosa obligación de tenerse que referir a todas y cada una de las argumentaciones formuladas, que aun en las instancias no podrían tener posibilidades de prosperidad porque nada dicen y nada demuestran.

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

Resuelva:

No casar el fallo recurrido.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CULPA / PRETERINTENCION

En la conducta culposa, el acto peligroso que genera el hecho antijurídico es voluntario y en el caso concreto de la imprudencia el agente prevé la posibilidad del resultado dañoso que su conducta puede generar; y en el caso de la conducta preterintencional, hay una verdadera intencionalidad de producir daño, concretamente lesiones, pero finalmente se produce un resultado mayor, esto es, la muerte de la persona que se quería lesionar.

Si se predica la existencia de una acto reflejo e inconsciente, jamás se puede pensar en la eventualidad de una conducta culposa o preterintencional.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 124 de 2 de noviembre de 1994.

Vistos:

El Juzgado 61 Penal del Circuito de esta ciudad capital por sentencia del 2 de marzo de 1993, condenó a José Antonio roa Rivera a la pena de prisión de 12 años 6 meses, como responsable de los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas.

Así mismo, le fue impuesto como pena accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la sanción principal y al pago de perjuicios.

La anterior decisión fue confirmada parcialmente por Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, modificándola en cuanto a la condena de

interdicción de derechos y funciones públicas y en lo relacionado con los perjuicios, por sentencia del 27 de abril de 1993.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente se declaró ajustada la demanda a las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

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

Hechos:

Ocurrieron el día 20 de febrero de 1991, más o menos hacia las ocho de la noche, en el establecimiento "La Gallina Montañera", en el barrio Quirigua de esta ciudad, donde se encontraban ingiriendo bebidas embriagantes José Antonio roa Rivera, con sus hermanos y Floresmiro Parra.

La discusión se suscitó a raíz del ingreso al establecimiento de Luis Eduardo y José Humberto Ramírez Estupiñán acompañados de Luis Alejandro González Lorenzana. Mientras el segundo de los nombrados se dirigió al baño, Roa Rivera esgrimió un revólver y comenzó a increparle al primero por la cancelación de una suma de dinero que había ya originado un proceso civil. Cuando José Humberto regresó del baño, trató de conciliar los ánimos y de quitarle el revólver a Roa Rivera, pero éste disparó, haciendo blanco en la humanidad de Luis Alejandro González a la altura del cuello y al mismo tiempo hizo impacto en José Humberto Ramírez, también a la altura del cuello, quien se encontraba detrás del primer lesionado.

Como consecuencia de las heridas falleció Luis Alejandro y sobrevivió José Humberto gracias a la oportuna intervención médica.

Actuación procesal:

El Juzgado de Instrucción Criminal Permanente practicó la diligencia de levantamiento del cadáver y ordenó la iniciación de una indagación preliminar por auto de 21 de febrero de 1991, en la cual escuchó en declaración a José Humberto y Luis Eduardo Ramírez Estupiñán y a Héctor Julio Moreno González.

Las diligencias pasaron al Juzgado 109 de la misma especialidad quien siguió con la indagación, en la cual recibió otros testimonios. El 19 de marzo del mismo año declaró abierta la investigación, citando para indagatoria a José Antonio Roa Rivera.

La situación jurídica le fue resuelta por auto del 3 de abril de 1991, con medida de aseguramiento de detención preventiva como responsable de los delitos de homicidio simple, lesiones personales y porte ilegal de armas de defensa personal.

La demanda de constitución de parte civil fue aceptada con pronunciamiento del día 3 de abril de 1991.

Por auto del 16 de mayo de 1991 se decretó el embargo del inmueble distinguido con la placa 82-51 de la Calle 51B zona de Engativá.

El día 13 de junio de 1991 se declaró cerrada la investigación y el 19 de julio siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el sindicado, por los delitos de homicidio simple, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas.

Ejecutoriada la providencia acusatoria, el proceso pasó al juzgado de concimiento que después de múltiples contingencias celebró la audiencia de juzgamiento y que una vez finalizada pronunció la sentencia de primera instancia el día 2 de marzo de 1993, la cual fue confirmada con algunas modificaciones por el Tribunal el 31 julio del mismo año.

Las razones de la demanda:

El defensor del procesado formula un sólo cargo contra la sentencia de segunda instancia, al amparo de la causal primera por considerar que, por vía indirecta, ésta es violatoria de la ley sustancial, en virtud de ostensible y manifiesto error de hecho en el análisis de algunas pruebas.

Considera que la sentencia se fundamenta en la enfática afirmación de la existencia del dolo para producir la muerte.

Afirma que el predicado error de hecho se produce por tergiversación de varios medios de convicción.

Respecto al testimonio de Floresmiro Parra quien dice que el procesado esgrimió el revólver contra los recién ingresados y que por ello, otro de los que venían con Alejandro le mandó el manotón para quitarle el arma y allí fue cuando sonó el disparo; sostiene el recurrente que de este deponente "jamás puede llegar a deducirse que José Antonio Roa Rivera hubiese tenido INTENCION de causar la muerte de "querer" el resultado fatal que se produjo, pues ni siquiera tuvo intención de lesionar al señor JOSE HUMBERTO RAMIREZ ESTUPIÑAN, pues con ninguno de ellos fue la discusión".

Destaca los hechos que se prueban con tal medio de convicción y de los cuales se deducen del mismo, pues considera que el revólver se disparó por un acto reflejo y no porque el procesado lo hubiese querido accionar y que si ese efecto se produjo, sucedió porque cuando el manotón el revólver fue disparado inconscientemente.

De lo anterior concluye:

> "Esta conclusión se toma por deducción lógica, pues de haber querido efectuar el disparo, lo hubiera hecho desde el principio y contra quien le debía el dinero, mas no contra quienes nada tenían que ver. Seguramente, de no haber habido esta inesperada intervención, al menos en la forma en que se hizo, la discusión no habría llegado a mayores consecuencias, pues como

> se dijo antes, hubo un tiempo durante el cual no pasaba fuera de las palabras, porque el señor que entró y que le debía un dinero a JOSE ANTONIO ROA RIVERA no le discutió a éste. De haberle querido disparar a este individuo que era contra quien ROA RIVERA tenía motivos, lo habría hecho desde el primer momento, pero téngase en cuenta que, únicamente lo encañonó, lo empujó pero no le causó ningún daño".

Que si el procesado no tuvo intención de matar debe deducírsele una culpabilidad culposa o por lo menos preterintencional.

En relación con el testimonio de Yined Satizabal García, dice que del mismo no se puede deducir la existencia del dolo encaminado a producir la muerte, "pues no obstante que la testigo afirma que tan pronto entró al establecimiento el señor LUIS, JOSE ROA se levantó, se dirigió hacia él y le dijo: 'hijueputa' y LUIS le respondió que lo había llamado y no lo había encontrado, fue hasta ese momento cuando JOSE ROA sacó el revólver, pero no lo disparó. Tanto no hubo intención de disparar que las demás personas que se encontraban presentes, afirma la testigo no pensaban que iba a pasar nada".

Afirma la mendacidad de la testigo, puesto que no menciona la existencia del manotón y que ello es explicable porque se habla de la existencia de lazos sentimentales de la testificante con el occiso.

En referencia al testimonio de los hermanos del procesado, quienes dicen que Ramírez Estupiñán llevaba algo en la mano, sostiene:

> "No se ha querido aceptar que JOSE HUMBERTO RAMIREZ ESTUPIÑAN llevaba un destornillador en la mano y por el contrario se han tomado los testimonios de los hermanos del acusado apreciando apartes de los mismos, únicamente en cuanto son desfavorables, pero no, aquellos factores que solicito se analicen con especial cuidado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, como son los de tiempo transcurrido, inclusive los propios hermanos han ido más allá del testimonio de FLORESMIRO PARRA, indicando un aspecto importante que

éste no pudo apreciar, como fue el bofetón que le diera ROA a LUIS EDUARDO RAMIREZ ESTUPIÑAN, pero ante la circunstancia de la no reacción por parte de éste, obviamente ROA no disparó, no quiso disparar".

"Como dije al principio, el disparo obedeció a un simple reflejo innato del hombre, desde luego involuntario, como consecuencia del 'manotón'. Además, de acuerdo con los dos testimonios anteriores, José Antonio Roa Rivera retrocedió hasta chocar contra un muro y obviamente el arma que portaba en la mano se disparó, pero por acto reflejo nervioso y no por su querer o voluntad".

En referencia al testimonio de José Humberto Ramírez Estupiñán, afirma que cuando salió del orinal trató de convencer al procesado para que dejara su actitud agresiva y que no menciona lo del manotón, pero que se deduce que lo hizo, porque Roa no reaccionaba cuando le decía qué era lo que iba a hacer.

Destaca que Roa se encontraba en estado de embriaguez y que si su intención no era producir la muerte porqué no siguió disparando y estando a ochenta centímetros del lesionado, no le dio muerte.

Que de lo anterior se debe deducir la falta de intencionalidad, pues el disparo se produjo como consecuencia de un acto reflejo involuntario.

Considera que se le podría atribuir la muerte y las lesiones a título de culpa o máximo preterintencionalmente.

Dice que no se tuvo en cuenta en la tasación de la pena la rebaja por confesión prevista en el artículo 299 del C. de P.P., porque se presentó voluntariamente al juzgado, confesó el hecho y colaboró con la justicia.

Termina solicitando se case la sentencia y se dicte fallo condenatorio de reemplazo por homicidio y lesiones culposas.

El criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Considera que las pretensiones de la demanda no deben prosperar, porque debe demostrarse la existencia de los yerros y su incidencia en el

fallo impugnado "sin que se deje dubitación alguna como que se quiere invalidar la sentencia que se asienta en un juicio de certeza judicial sobre el hecho y la responsabilidad penal. Es decir, el tema en que se asienta la petición de casar el fallo no debe admitir hipótesis que lo conviertan en tesis probable o posible en el juicio lógico, ya que contra ese grado de conocimiento, inferior al de certeza, se yergue la certidumbre judicial afirmada en la condena penal razón por la que ésta se presume acertada y legalmente producida".

Advierte que el ataque carece de fundamentación sólida y lo que pretende por la forma en que interpreta la prueba, es afirmar la ausencia de intención de matar por parte del procesado, atribuyendo el disparo a una situación fortuita, que se produce cuando el lesionado le manda un manotón tratando de quitarle el arma y ello unido al hecho de haberle ocasionado la muerte con quien no tenía problemas lo lleva a sustentar la falta de intención de matar.

De lo anterior afirma que "En realidad, en la aparente precisión del tema del falso juicio de identidad de la prueba, es de advertir que el hecho enunciado por el recurrente –que eventualmente daría lugar al falso juicio de identidad de la prueba que alega– no se acomoda ni a la prueba ni a los razonamientos del sentenciador en su observación y valoración,...".

Estima que el censor deja de lado situaciones de hecho y pruebas tenidas en cuenta por el juzgador, con lo que sus razonamientos se alejan de los supuestos de la sentencia.

En tales condiciones, considera que el ataque carece de fundamento, porque el análisis y valoración de las pruebas es labor que corresponde al juez y que si sus conclusiones no coinciden con las de la defensa, no por ello puede afirmarse de la existencia de un error demandable en casación.

Nuevamente concluye que "Este tipo de alegación no es más que la contraposición de criterios del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo".

El censor se limita a mostrar su inconformidad con el crédito que el juzgador dio a varias de las declaraciones de los testigos presenciales.

Por lo anterior solicita no casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Sala:

El libelista hace consistir la impugnación extraordinaria presentada en la supuesta existencia de errores de hecho en la apreciación probatoria, por tergiversación de algunos de los elementos de convicción, cuya finalidad es demostrar que el procesado careció de intención homicida y que en realidad el disparo se produjo como consecuencia de circunstancias fortuitas o por culpa, aceptando incluso como una situación excepcional que también hubiera podido tratarse de un caso de preterintencionalidad.

El error de hecho por distorsión o tergiversación del medio de convicción se da, cuando la prueba valorada en su sentido natural demuestra algo, pero en su interpretación el juzgador le hace decir una cuestión totalmente diferente a la que naturalmente la prueba enseña.

Entonces, existe error de hecho por distorsión de la prueba, cuando al interpretar el juzgador el contenido del medio de convicción yerra respecto al mismo y saca de él conclusiones diversas a lo que naturalmente expresa.

También se predica el error de hecho, cuando lo declarado en la sentencia no corresponde a los hechos probados en el proceso, el caso de error por tergiversación, cuando las pruebas indican en su contexto natural una cosa, y el juzgador declara probada otra, o la reconoce con variantes que se divorcian de lo que dice verdaderamente la prueba.

Pero el censor no realiza ningún esfuerzo por demostar cuál es el error, es decir en qué consiste la distorsión, qué era lo que realmente decía la prueba y qué la pone a decir el sentenciador; y menos intenta probar cuál es la ostensibilidad del yerro y su trascendencia en el fallo atacado.

En realidad de verdad, lo que hace el impugnante es demostrar su inconformidad con la valoración probatoria que hizo el juzgador de

segunda instancia y formular una concepción personalísima sobre el análisis probatorio que pretende prevalezca sobre el de las instancias.

No se puede llegar a otra conclusión, cuando hace una relación de los hechos que él considera probados por ejemplo con el testimonio de Floresmiro Parra y cuáles "hechos que se deducen y por tal medio se prueban con el anterior testimonio", entre ellos como es apenas obvio que "el revólver se disparó en un acto reflejo e inconsciente y no porque José Antonio Roa Rivera lo hubiera querido disparar..." y más adelante: "Esta conclusión se toma por deducción lógica...".

Y de manera similar reflexiona en relación con otros medios de prueba, como el testimonio de Yined Satizabal García, los de Víctor Manuel y Alfonso Roa Rivera hermanos del procesado, y de los hermanos Ramírez Estupiñán.

En la parte conclusiva del alegato determina que "Al acusado se le podría atribuir la muerte y las lesiones a título de culpa, en razón de haber sido imprudente, sacar el revólver y mantenerlo montado. A lo sumo habría cometido el homicidio a título de preterintención, pero jamás a título de dolo...".

De manera más que reiterada la Corporación ha sostenido que los errores en cuanto a la apreciación de las pruebas deben ser ostensibles y tener una significativa incidencia en la sentencia que se impugna, pero la mera discrepancia interpretativa respecto a los medios de convicción no puede constituir un error de hecho o de derecho y por la libertad probatoria y la libre y racional apreciación de los medios de convicción que tienen los jueces en el análisis y valoración de los mismos, hacen que sus valoraciones prevalezcan por la presunción de acierto y legalidad que acompaña a los fallos judiciales.

Además, la controversia puramente probatoria ha sido superada en las instancias y en esta sede no se puede pretender revivir el debate probatorio, por cuanto el recurso extraordinario, entre otras finalidades, busca garantizar la legalidad de la sentencia que no se afecta por una simple discrepancia en el análisis probatorio. Situación contraria sería,

cuando el juez al momento de apreciar el contenido de la prueba dedujera unas diversas, a las que natural y lógicamente determinan cada medio de convicción, caso en el cual procede la casación del fallo.

Empero, las fallas técnicas no se circunscriben a esos tópicos, por cuanto, además, se debe observar que la pretensión es contradictoria, porque en un mismo cargo para efectos de negar la intencionalidad dolosa de su representado, el censor inicialmente afirma que el disparo mortal se produjo como consecuencia de un acto reflejo e inconsciente, para después reconocer que se ha podido realizar como consecuencia de una conducta culposa, imprudente, o incluso de una preterintencional.

La contradicción es evidente, porque los actos reflejos son "una reacción automática y, por lo tanto, involuntaria frente a un estímulo espontáneo o provocado artificialmente sobre una determinada región de nuestro organismo (percusión, pinchazo, etc.); esta reacción automática se manifieta mediante una contracción muscular o por una modificación funcional del órgano interesado cuando se trata de un reflejo visceral" (Diccionario Médico, Luigi Segatore, Gianangelo Poli, E. Teide, 1971, Barcelona); mientras que en la conducta culposa, el acto peligroso que genera el hecho antijurídico es voluntario y en el caso concreto de la imprudencia que acepta el censor, el agente prevé la posibilidad del resultado dañoso que su conducta puede generar; y en el caso de la conducta preterintencional, hay una verdadera intencionalidad de producir daño, concretamente lesiones; pero finalmente se produce un resultado mayor, esto es la muerte de la persona que se quería lesionar.

Presentadas así de manera elemental las distintas opciones que propone el censor, es preciso reconocer que es imposible que se puedan plantear las tres simultáneamente so pena de incurrir en una clara y ostensible contradicción, porque si se predica la existencia de un acto reflejo e inconsciente, jamás de puede pensar en la eventualidad de una conducta culposa o preterintencional.

Pero fuera de las fallas técnicas del libelo es preciso manifestar que tampoco le asiste la razón al impugnante, porque los únicos que hablan de una posición agresiva de uno de los que ingresó al sitio donde se

encontraba el procesado son él y su hermano Víctor Manuel, que dice que el agresor llevaba algo en la mano y hacía retroceder a su hermano y éste habla de un destornillador.

No obstante tal versión exculpativa fue considerada y rechazada por la providencia de segunda instancia cuando afirma:

> "Esta versión riñe con la verdad que arroja la prueba aportada y sólo, en parte encuentra respaldo en el testimonio que rindió Víctor Manuel Roa (fl. 123) quien acepta que fue su hermano José Antonio quien primero agredió a la persona que le reclamaba el pago de un dinero y quien después de esa agresión '...se entró para más hacia adentro del restaurante y luego otro de ellos se abalanzó contra José Antonio entonces mi hermano corrió hacia adentro del restaurante y este otro señor lo perseguía con algo en la mano y José retrocedió hasta llegar a una pared o muro fue cuando se escuchó la detonación...'. Si bien es cierto que se trata de un testimonio, obviamente interesado por el vínculo de consanguinidad (hermano del procesado) esta afirmado algo que en realidad no sucedió: cuando Luis Alejandro González Lorenzana y los hermanos José Humberto y Luis Eduardo Ramírez Estupiñán ingresaron al restaurante, José Antonio Roa Rivera se paró inmediatamente, discutió con Luis Eduardo a quien 'bofeteó' y éste, Luis Eduardo, se retiró 'se alejó hacia adentro del mostrador'. En este aspecto, el testimonio de Víctor Manuel Roa Rivera coincide con las manifestaciones de los testigos Floresmiro Parra y Yined Satizabal García quienes al unísono reseñan que la agresión provino de parte de José Antonio Roa, quien se paró del sitio donde se hallaba, esgrimiendo un arma se dirigió a una persona (Luis Eduardo Ramírez Estupiñán) que acaba de penetrar al establecimiento, reclamándole el pago de una suma de dinero a tiempo que lo empujaba haciéndolo retroceder, hasta que se alejó".

> "No resulta válido sostener que José Antonio Roa Rivera fue objeto de agresión por parte de su deudor Luis Eduardo Ramírez Estupiñán y que lo cierto es que cuando observó que Luis Eduardo ingresaba al restaurante inmediatamente se levanta

de la mesa donde se encontraba ingiriendo aguardiente con su hermano Víctor Manuel y Floresmiro Parra para, con revólver en mano, reclamarle el pago de una deuda en forma agresiva hasta el fondo del negocio eludiendo la agresión y el peligro que representaba el arma. No estaba legitimado José Antonio Roa para actuar en esa forma, pues, ya inclusive había acudido a través de abogado a la justicia civil (Juzgado Quinto Civil Municipal) para el cobro de la obligación a cargo de Luis Eduardo Ramírez Estupiñán, es decir que, había entendido cuáles eran las vías legales para actuar en derecho y a pesar de ello, la noche de autos, sin mediar razón increpó, amenazó y agredió el procesado Roa Rivera a Luis Eduardo, actuando contrario a derecho".

En las condiciones anteriores y tal como lo solicita el Procurador Primero Delegado en lo Penal se debe rechazar el cargo.

En la parte final, el censor plantea una situación completamente diversa, que hace pensar en principio que se trata de un nuevo cargo en cuanto afirma: "No se tuvo en cuenta en la sentencia impugnada, la circunstancia atenuante de la punibilidad, por la confesión prevista en el artículo 299 del C. de P.P., ya que él se presentó voluntariamente al Juzgado de instrucción, confesó el hecho y colaboró con ella a la administración de justicia, habiendo cumplido con los presupuestos allí establecidos".

Al entenderlo como un nuevo ataque contra la sentencia, se ha de concluir que está mal planteado, pues debió en primer término formularlo en acápite separado bien por violación directa o indirecta de la ley sustancial.

El antitecnicismo del planteamiento le impide a la Sala hacer cualquier pronunciamiento en relación con esta mención, que no cargo de algo que pensó el censor y no planteó adecuadamente y menos desarrollo.

En las condiciones precedentes tal como lo solicita el Procurador Delegado el cargo debe rechazarse.

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, cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIA

Son armas de uso privativo de la fuerza pública, las pistolas calibre 9.652 mm. que no tengan las características de las armas que se consideran de defensa personal, esto es, la longitud del cañón, el funcionamiento o la capacidad del proveedor que se señala en el artículo 11 del Decreto 2553 de 1993.

Lo que importa para tales efectos (clasificación de armas de uso privativo de las fuerzas armadas) es únicamente su calibre que el mismo legislador ha limitado a 9.652 mm., lo que resulta explicable, como quiera que éste tipo de armas son las que se utilizan, por su capacidad, para mantener el orden público, la seguridad y la convivencia ciudadana, o la estabilidad institucional del estado, en tanto que las de menor calibre, por su diseño son utilizadas para la defensa personal.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 125 de 3 de noviembre de 1994.

Vistos:

Decide la Corte sobre la colisión de competencias suscitada entre un *Juzgado Regional de Barranquilla y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar*, dentro del proceso adelantado contra JOSE RAFAEL MINDIOLA, por los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de armas.

Antecedentes:

El día 14 de marzo de 1992, aproximadamente a las 9 y 30 de la mañana, en la carrera 31 con calle 3 del Municipio de Aguachica (César), fueron capturados los señores JOSE RAFAEL MINDIOLA ANGARITA y Genaro Merchán Eslava, por personal adscrito al Departamento de Policía Nacional, quienes momentos antes habían intentado dar muerte al señor Manuel Antonio Aroca Calvo, disparándole en varias oportunidades, incautándose una pistola calibre 9 milímetros marcha Browing con proveedor con capacidad para quince cartuchos.

Escuchados en indagatoria los sujetos capturados, les fue dictada medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las fuerzas militares (art. 2o. del Decreto 3664 de 1986) y tentativa de homicidio, por parte del Juzgado de Orden Público, Seccional Barranquilla.

Posteriormente, el Juzgado Regional de esa ciudad, dicta sentencia anticipada, al procesado Genaro Merchán eslava a efecto de lo cual dispone la ruptura de la unidad procesal, para que se siga la instrucción respecto de los demás procesados en el asunto, todo ello mediante providencia de marzo quince de mil novecientos noventa y cuatro.

Cerrada la investigación por parte de la respectiva Fiscalía Regional, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra JOSE RAFAEL MINDIOLA ANGARITA por el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública en concurso con el de tentativa de homicidio.

La colisión propuesta:

El Juzgado Regional de Barranquilla, en proveído del siete de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, decidió NO AVOCAR el conocimiento del asunto en razón a que la pistola marca Browing con proveedor para alojar más de quince (15) cartuchos es de defensa personal y no de uso privativo de la fuerza púlica motivo por el cual carece de competencia para conocer del proceso.

Explica que el arma incautada al procesado fue una pistola 9 mm. en modo alguno correspondientes a 9.652 mm., y que no obstante estar dotada de un proveedor con capacidad superior a nueve (9) cartuchos, no es sustento jurídico que sirva para definirla como de uso de la Fuerza Pública.

Se refiere a la incongruencia del Decreto 2535 de 1993, porque mientras en su artículo 8o. prescribe como de uso privativo las pistolas calibre 9.652 mm. con funcionamiento por repetición o semiautomático, en el inciso 1o., literal a) del artículo 11 define como arma de fuego de defensa personal las pistolas y revólveres de calibre máximo 9.652 mm. lo que significa que las pistolas hasta ese calibre, son de defensa personal.

Bajo las precedentes consideraciones, decide no avocar el conocimiento y ordena la remisión del proceso al Juez Penal del Circuito de Valledupar.

Por su parte, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar considera que el arma incautada al proceso es de uso privativo de la fuerza pública conforme al artículo 9o. numeral 4o. de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, que atribuyó competencia a los Jueces Regionales en primera instancia para el conocimiento de los delitos a los que se refire el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de defensa personal.

Agrega que en en caso en examen la pistola incautada excede la exigencia consagrada en el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, pues éste se refiere a pistola cuya capacidad no exceda de nueve (9) cartuchos, y que no se puede desatender el tenor literal de la norma.

Como consecuencia de lo anterior, decidió no avocar el conocimiento del asunto y aceptó el conflicto provocado por el Juzgado Regional de Barranquilla.

Consideraciones de la Sala:

El arma incautada, según se indicó en la diligencia de inspección judicial y peritazgo realizada sobre ella (f 81 C.O.) es una pistola calibre 9 mm., marca Browing, niquelada, funcionamiento semiautomático "o sea tiro a tiro", de fabricación americana, cachas de madera

semicorrugadas, longitud del cañón doce (12) centímetros, y proveedor con capacidad para quince cartuchos.

Pues bien, el Decreto 2535 de 1993, último estatuto que ha fijado las normas y requisitos para establecer la clasificación entre armas de uso privativo de las fuerza pública y de defensa personal, destaca en su artículo 8o., que son armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, las que contengan las siguientes características:

"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 dispositivo de tipo militar con miras infrarrojas, laséricas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores y;

"j) Las municiones correspondientes al tipo de armas enunciadas en los literales anteriores".

Acorde con lo anterior, se tiene que son armas de uso privativo de la fuerza pública, las pistolas calibre 9.652 mm. que no tengan las características de las armas que se consideran de defensa personal, esto es, la longitud del cañón, el funcionamiento o la capacidad del proveedor que se señala en el artículo 11 del citado decreto.

En el caso que nos ocupa, si bien el arma incautada es una pistola calibre 9 mm. y su proveedor tiene una capacidad de alojar quince (15) cartuchos, no por ello se debe tener como arma de uso privativo de la fuerza pública, pues lo que importa para tales efectos es únicamente su calibre que el mismo legislador ha limitado a 9.652 mm., lo que resulta explicable, como quiera que este tipo de armas son las que se utilizan, por su capacidad, para mantener el orden público, la seguridad y convivencia ciudadana, o la estabilidad institucional del Estado, en tanto que las de menor calibre, por su diseño, son utilizadas para la defensa personal.

Esta Corporación al respecto ya se había pronunciado en los siguientes términos:

"...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...".

".....".

"La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (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 en tratán-dose 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." (Sentencia, mayo 5 de 1994, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruíz).

Acorde con lo anterior, no es posible admitir el argumento de que el arma decomisada excede la exigencia que para el arma de defensa personal consagra el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, esto es, con proveedor para quince (15) cartuchos, como lo asegura el señor Juez Primero Penal del Circuito de Valledupar, pues la aclaración de que no contenga las exigencias del citado artículo, la hace el legislador únicamente respecto de las pistolas de calibre 9.652 mm.

Entonces, como el arma decomisada en este proceso es de defensa personal esta Sala señala como competente para conocer de él, al Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar, Despacho a donde se remitirá de inmediato el expediente, enviándosele copia de esta decisión al Juez Regional de Barranquilla, para su información.

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 Primero Penal del Circuito de Valledupar a quien se le enviará el expediente para lo de su cargo.

Copia de esta decisión envíese al Juzgado Regional de Barranquilla, para su información.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Guillermo Duque Ruíz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / PRUEBA / INFORME TECNICO

El Código Procesal consagró la libertad probatoria y la libre y racional apreciación de los medios de convicción por los funcionarios jurisdiccionales y ello surge nítido de la preceptiva legal, porque de la liberalidad valorativa de los elementos de juicio se consagraba en el artículo 254 al establecer que "la responsabilidad o inocencia del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este código"; y la valoración por las reglas de la sana crítica según el artículo 253.

Con tales directrices legales no se podía pensar en la existencia de tarifa legal que le impusiera a los funcionarios jurisdiccionales la obligación de analizar determinado medio de convicción de conformidad con la previa y genérica valoración que el legislador le hubiese dado.

Es explicable que en el artículo 255 que regula la utilización de medios técnicos en la investigación, se recomienda a los funcionarios encargados de la represión –policías, instructores y falladores– que para la práctica de cualquier prueba podrán utilizar los medios técnicos adecuados, es decir que pueden recurrir a la fotografía, o a cualquier tipo de grabación audisonora o electromagnética y que en caso de acudir a las mismas tales formas documentales deben ser apreciadas como lo que son: es decir como documentos, respecto de los cuales, igualmente, imperan las reglas de la sana crítica de conformidad con las previsiones de los artículos 279 y ss. del código que se comenta.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 126.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Ramón Oscar García, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira, en la cual le impuso pena de veintiocho (28) meses de prisión y las accesorias de ley como autor del delito de homicidio culposo.

Se escuchó el criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

Hechos:

Ocurrieron en jurisdicción del municipio de Candelaria el día 10 de junio de 1990 más o menos a las siete de la noche, en la vía que conduce de ese municipio a Puerto Tejada, a la altura del corregimiento "El Cabuyal", colisionó el camión de placas VN 1220, marca Dodge 300 conducido por Ramón Oscar García y la motocicleta de placas UOS 80, marca Yamaha, conducida por el occiso Heberth Pernía Díaz.

Actuación procesal:

La diligencia de levantamiento del cadáver fue realizada por la Inspectora de Policía del corregimiento "El Cabuyal" Candelaria (Valle).

El Juzgado veintiséis (26) de Instrucción Criminal de Palmira por auto del trece (13) de junio de mil novecientos noventa (1990), declaró formalmente la apertura de la investigación, ordenando la práctica de varios testimonios.

Allegados varios elementos de juicio, entre ellos, la prueba de alcoholemia, ordenó vincular a través de indagatoria a Ramón Oscar García.

La demanda de constitución de parte civil fue admitida con auto del primero (1) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Cerrada la investigación se calificó el mérito del sumario con reapertura de la investigación con pronunciamiento que lleva fecha del veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Practicadas las pruebas en el proveído anterior, se calificó, nuevamente, la investigación con resolución de acusación contra el procesado como autor del delito de homicidio culposo, la cual, al ser apelada, fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali.

El proceso pasó al Juzgado Tercero Penal de Circuito de Palmira, quien ordenó la práctica de otros elementos de juicio que una vez allegados, celebró la audiencia de juzgamiento y profirió la sentencia de primera instancia el día veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), con los resultados ya conocidos.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Santiago de Cali al desatar el recurso concluyó con la confirmación de la condena, que hoy es motivo de este extraordinario recurso.

Las razones de la demanda:

El defensor del procesado formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, el primero al amparo de la causal primera de casación, por considerar que la sentencia es violatoria de manera indirecta de la ley sustancial "proveniente del error de derecho en la valoración que hizo el Tribunal del croquis No. 498296 levantado por el dragoneante Mauricio Fernández Pinto el día del accidente el 13 de julio de 1990 en relación con el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal anterior (D. 050 de 1987) vigente en el momento de la investigación, por cuya causa se dejó de aplicar el art. 35 del C.P.".

En los fundamentos de la censura dice que el sentenciador de segunda instancia incurrió en error de derecho al no valorar el croquis y no darle

el tratamiento de documento y por tanto, lo procedente era tacharlo de falso.

Considera que el Tribunal dejó de observar la tarifa legal impuesta por el legislador para las pruebas relacionadas con el artículo 255 citado, que también dispone la calidad de funcionarios de policía judicial para los funcionarios de tránsito.

Que ha debido tachar el documento de falso e iniciar la correspondiente investigación y de conformidad con el resultado de la misma desechar o acoger el croquis, pero eligió "el camino de la sana crítica, en abierta violación del artículo 255 citado".

De lo anterior concluye que "Tan palpable es la violación de la norma que hace incurrir al Tribunal en error de derecho por falso juicio de legalidad, que solamente en la parte resolutiva de la sentencia definitiva de segunda instancia del Tribunal, se ordenó compulsar copias para que se investigue el presunto punible de falsedad documental en lo que concierne a la actuación del agente de la vial dragoneante Mauricio Fernández Pinto, siendo que esto debió de ordenarse en la etapa de investigación, si se le quería quitar el valor probatorio al croquis del accidente, siguiendo la ritualidad exigida por la ley para tachar de falso un documento, ya que aquí se imponía la tarifa legal y no la sana crítica".

que como consecuencia del yerro cometido se dejó de aplicar el artículo 35 del C.P. que establece que nadie puede ser penado si no ha actuado con dolo, culpa o predeterintención y el artículo 37 que define la conducta culposa.

Que si tal yerro no se comete la sentencia hubiera sido absolutoria.

El segundo cargo es formulado también al amparo de la causal primera, por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial "proveniente del error de hecho con relación a la apreciación de los testimonios de María Zulma Otero Escobar, William Oyola y Amparo Silva de Lasso, por cuya causa dejó de aplicar el artículo 35 del C.P., ya que el Tribunal incurre en un falso juicio de identidad con relación a María Zulma Otero

y falso juicio de existencia con relación a William Oyola y Amparo Silva, al creer dejar demostrada la embriaguez del sindicado, y que dicha embriaguez, motivó que éste incursionara en el carril contrario causando el accidente".

En los fundamentos del cargo dice que el yerro se comete en relación con el testimonio de Zulma Otero cuando equivocadamente se la hace aparecer afirmando que hacia las cuatro de la tarde vio al procesado ingiriendo licor; pero realmente lo que había manifestado era que había escuchado comentarios de la gente que lo habían visto a las seis de la tarde en la fuente de soda "Coni" y que casi atropella a alguien.

Con relación al testimonio de William Oyola dice que el error por falso juicio de existencia "estriba en que el Tribunal con una lacónica y fácil frase de que 'contra tal versión hay un multiplicador de argumentos que le invalidan', se excusa para no tener en cuenta la declaración de William Oyola, la cual es importante por dos aspectos..." por demostrar la estadía del procesado en la fuente de soda Coni, pero sin tomar licor y porque comprueba la ingestión de aguardiente por parte de García después de ocurrido el accidente".

En referencia al testimonio de Amparo Silva de Lasso, estima que se incurrió en un falso juicio de existencia, pues no fue tenida en cuenta, al manifestar la deponente que al procesado lo había visto bien y que cuando lo recogió por la mañana no le había sentido olor a trago.

Que tales errores de apreciación probatoria conducen a la violación de los artículos 35 y 37 del C.P. y de no haberse dado los mismos, se hubiera absuelto al procesado.

El Criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Solicita no casar la sentencia, porque en referencia al primer cargo lo estima completamente desatinado, toda vez que el artículo 255 del Decreto 050 de 1987 no establece tarifa de ninguna especie para efectos de la valoración de los elementos de juicio realizada por miembros de la policía judicial y tan sólo señala que tales "pruebas serán valoradas por

el funcionario en la misma forma que las de carácter documental" y al remitirnos a la sección que regula lo concerniente a las pruebas documentales "no encontramos ninguna disposición que consagre parámetros específicos que asignen determinado valor probatorio a tales elementos de juicio".

Por el contrario el art. 253 de la misma obra dispone que las pruebas serán analizadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Advierte que el precepto anterior, le "resta todo fundamento al reproche planteado por el demandante, toda vez que como de ella se desprende ya que en el anterior estatuto procesal penal se había abolido el sistema de tarifa legal de pruebas para el análisis del documento como medio de convicción, siendo reemplazado por el de la crítica racional".

Destaca igualmente que el juicio de responsabilidad no se limitó a un solo elemento probatorio, sino que aparece como el producto de la conjugación de todos los hechos y circunstancias que se tuvieron en el proceso.

Afirma que de ese análisis probatorio "emerge la incoherencia del contenido del croquis elaborado por el agente Fernández Pinto, que contraría la lógica de la realidad demostrada por las demás probanzas allegadas al plenario. Contradicción que se palpa al ubicar el sitio del impacto de los vehículos en el carril del desplazamiento del camión cuando la lógica impone que debió ser en el carril del motociclista de quien se estableció conducía en su sano juicio a diferencia del conductor del camión –el procesado– de quien se rumoró sobre su ebriedad, condición confirmada en el examen de alcoholemia practicado posteriormente".

También resultó criticable para el juzgador de segunda instancia que en el croquis se consignara como posible causa del accidente, la impericia del motociclista, cuando se demostró que conducía esta clase de vehículo desde hacía más de diez años.

Por lo anterior, estima que el cargo no está llamado a prosperar.

En referencia al segundo cargo solicita la improsperidad del mismo, porque el demandante olvida que en esta clase de censuras se deben atacar todas las pruebas que sirven de fundamento al fallo y que no es suficiente con reprochar algunas de ellas; e igualmente, le era imperioso demostrar que los errores fueron determinantes en el resultado final del proceso.

Considera acertada la crítica del impugnante, porque acepta que el Tribunal entendió de manera equivocada una afirmación de la Inspectora de Policía María Zulma Otero Escobar, pero que ello no entraña gravedad suficiente como para destruir el fallo, porque tal error corresponde a uno de los muchos elementos de prueba tenidos en cuenta en la decisión de segunda instancia.

Dice que descartando el testimonio analizado, el fallo se mantiene incólume, porque por los testimonios de los familiares de la víctima y el de otras personas, aseguran haber visto al procesado tomando licor, así como el examen de alcoholemia demuestran el estado de embriaguez en que el procesado se encontraba.

En referencia al supuesto yerro por falso juicio de existencia cometido en relación con el testimonio de William Oyola, estima que no le asiste la razón al censor porque esta declaración si fue tenida en cuenta por los jueces de instancia, "cuyas providencias por orientarse en igual sentido constituyen una unidad jurídica inescindible"; pero que en el momento de valorarla no se le dio credibilidad por "rayar su contenido en terrenos del absurdo, de donde el Tribunal deduce la necesidad de mentir que orientó la versión de la defensa. En últimas el asunto termina por desenvolverse en el campo de la valoración probatoria, función estatal atribuida al sentenciador bajo los parámetros del sistema de la sana crítica".

Refiriéndose al supuesto yerro cometido en el análisis del testimonio de Amparo Silva de Lasso, dice que aquí tampoco es dable hablar de un falso juicio de existencia pues si fue tenida en cuenta por los falladores "a tal punto que resultó negativa a los intereses del procesado ya que ella

y su marido declararon ser las personas que al momento de la colisión vehicular lo acompañaban en la cabina del camión y no Jorge Enrique Tobar, Edison Perlaza y Delito Castillo, como afirmaron no sólo éstos sino también el propio Ramón García".

Solicita no se acepte el cargo.

Consideraciones de la Sala:

El primer cargo presentado por el censor lo orienta por la violación indirecta sobre la base de la supuesta existencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad, por parte del juzgador al no haber valorado el croquis elaborado por la policía vial, y no haberlo apreciado como documento, de conformidad con las previsiones del artículo 255 del Código de 1987, vigente para la época de los hechos.

Considera que el único comportamiento válido era denunciando penalmente la falsedad y de conformidad con lo decidido en la sentencia, aceptarlo o rechazarlo.

Se encuentra profundamente equivocado el censor en su planteamiento, cuando afirma que en este caso se impuso tarifa legal de pruebas y que por ello de conformidad con la norma citada el juzgador ha debido proceder a su valoración.

La norma vigente para la época decía: *Utilización de medios técnicos*. Los funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, de Instrucción y de Conocimiento, para la práctica de cualquier prueba, podrán utilizar los medios técnicos adecuados, dejando constancia de haber sido recepcionados directamente por él. Dichas pruebas serán valoradas por el funcionario en la misma forma que las de carácter documental".

El Código Procesal consagró la libertad probatoria y la libre y racional apreciación de los medios de convicción por los funcionarios jurisdiccionales y ello surge nítido de la preceptiva legal, porque la liberalidad valorativa de los elementos de juicio se consagraba en el artículo 254 al establecer que "la responsabilidad o inocencia del

procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este código"; y la valoración por las reglas de la sana crítica según el artículo 253.

Con tales directrices legales no se podía pensar en la existencia de tarifa legal que le impusiera a los funcionarios jurisdiccionales la obligación de analizar determinado medio de convicción de conformidad con la previa y genérica valoración que el legislador le hubiese dado; se trata como se dijo de un mal entendimiento de la norma que el censor tomó como fundamento de su ataque.

En relación con la historia del documento como medio de transmisión del pensamiento y como medio de prueba, es claro que durante siglos sólo existió una modalidad del mismo, puesto, que la primera y única forma de expresión del pensamiento fue la manuscritural, desde los antiguos papiros egipcios, posteriormente aparecerían los documentos impresos como consecuencia de la invención de la imprenta por parte de Gutemberg y esta forma documentaria permaneció así durante muchos siglos.

Es sólo a principios del actual con los inventos de Edinson, especialmente con el fonógrafo y de los hermanos Lumiere con el cine y la fotografía que se sobreviene una avalancha tecnológica de nuevas formas de imprimir y transmitir el pensamiento, que llevan de manera necesaria a los legisladores a ampliar ese viejo concepto documentario y adecuarlo con los modernos avances de la ciencia.

Dentro de tal evolución nuestro legislador acoge esa moderna concepción documentaria y por ello, cuando da la noción de documento en el artículo 279 lo define como: "...toda expresión de persona conocida o conocible, recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso como los planos, dibujos, cuadros, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas y fonópticas y archivos electromagnéticos que tenga capacidad probatoria".

Ello tenía que ser así, porque era imposible que el derecho y concretamente el positivo marchara a la zaga de los adelantos tecnológicos

que nos depara el mundo contemporáneo y por ello, se termina por aceptar una moderna y universal concepción del documento.

Aceptado lo anterior es explicable que en el artículo 255 que regula la utilización de medios técnicos en la investigación, se recomiende a los funcionarios encargados de la represión, –policías, instructores y falladores– que para la práctica de cualquier prueba podrán utilizar los medios técnicos adecuados, es decir que pueden recurrir a la fotografía, a la que se utilizo en este caso en la diligencia de inspección judicial, o a cualquier tipo de grabación audiosonora o electromagnética y que en caso de acudir a las mismas, tales formas documentales deben ser apreciadas como lo que son: es decir como documentos, respecto de los cuales, igualmente, imperan las reglas de la sana crítica de conformidad con las previsiones de los artículos 279 y ss. del código que se comenta.

El croquis elaborado por la policía vial es efectivamente un documento (es un plano) que está sometido a las reglas de la sana crítica de los juzgadores para efectos de su valoración y efectivamente lo fue para desecharlo.

Realmente, el juzgador de segunda instancia reflexiona así sobre el croquis:

> "Pero quizás lo que más llama la atención del informe policivo del accidente, son las absurdas observaciones consignadas por el agente de la vial. Pues, predica que el conductor del vehículo No. 1 –motocicleta– fue probablemente el autor del accidente, por causa de la impericia en el manejo de éste. Y francamente nadie entiende como se atreve a hablar de impericia, pues carecía de todo factor objetivo para vertir tal opinión, ya que la víctima tenía una experiencia de 10 años al volenta de velocípedos. En cuanto a la segunda acotación sobre el motociclista –que se salió del carril–, la realidad no está indicando que ello es falso y contrario a la verdad, pero que se endereza a favorecer al encausado. Lo que si nadie puede entender, es su alta ilogicidad, para sostener –al margen de las pruebas y de la razón–, que el conductor del vehículo No. 2 –camión– iba distraído.

"En este orden de ideas, la Sala habrá de compulsar copias de lo pertinente para que se investigue la posible infracción de este servidor público, pues al consignar en el informe de tránsito un hecho contrario a la verdad, alteró en su contenido un documento público".

En las condiciones precedentes y tal como lo solicita el Procurador Delegado se deberá rechazar el cargo.

El cargo segundo lo formula, igualmente, por violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de errores de hecho, falso juicio de identidad en relación al testimonio de María Zulma Otero, y falso juicio de existencia en relación con el testimonio de William Oyola y Amparo Silva de Lasso.

Debe concederse parcialmente la razón al impugnante en cuanto efectivamente se incurre en un falso juicio de identidad en relación con el testimonio de la inspectora María Zulma Otero Escobar, porque en ningún momento afirmó haber visto al chofer tomando licor, pues lo que realmente dijo es que había escuchado comentarios de que estaba tomando y casi atropella a alguien, pero el reconocimiento de esta tergiversación testimonial no tiene incidencia en el fallo atacado, porque no es el único elemento de convicción de que parte el juzgador para concluir en la embriaguez del procesado, pues se le realizó la prueba de alcoholemia y se descartó que la misma se hubiera producido con posterioridad al accidente; y también se fundamenta en lo declarado por César Hernando Pernia Caicedo y de otras personas que escucharon comentarios de que había estado tomando.

Entonces, no le asiste la razón al censor sobre el supuesto error por falso juicio de existencia en relación con el testimonio de William Oyola, porque si se analiza la sentencia de primera instancia, que como muchas veces ha sostenido esta Corporación se debe entender integrada la de segunda, se destaca que el defensor solicitó ampliación de indagatoria del procesado y fue en esta ocasión, tardíamente, que se refiere al hecho de haber estado ingiriendo aguardiente después del accidente con el testigo Oyola, atribuyendo a los nervios el no haberse acordado de tan

trascendental hecho en su primera versión. En la parte considerativa de esta sentencia se lee:

> "Tal como lo expresan los funcionarios investigadores, tratándose de un caso de tan trascendental gravedad, resulta inaudito que el procesado en sus descargos iniciales no hubiera hecho referencia a su consumo de alcohol después del accidente, ni a las autoridades judiciales, ni de policía, optando en posterior ampliación de injurada por manifestarlo. Claramente se observa su pretensión de justificar el resultado positivo de la prueba científica que se le practicara, argumento que no se puede aceptar bajo las luces de la sana crítica, ilógico desde todo punto de vista, porque no se puede admitir que una persona en serias dificultades, acabándose de dar muerte de un ser humano y donde se ha sido protagonista del hecho, se disponga a consumir licor, a sabiendas de que éstos va a afectar más su responsabilidad".

No existe, entonces, la omisión de parte de los juzgadores en el análisis y valoración de esta prueba.

Tampoco se da el falso juicio de existencia en relación al testimonio de Amparo Silva de Lasso, porque fue debidamente analizado en la sentencia de segunda instancia y rechazado; y es así como en referencia a este medio de convicción "...y su esposa Amparo Silva de Lasso, para no tener que acusarlo, prefiere inventarse excusas de que no vieron lo ocurrido...".

Se trata entonces no de una omisión en su análisis, sino de meras discrepancias valorativas, en las que el censor no está de acuerdo con la realizada por los juzgadores.

En las condiciones precedentes y tal como lo solicita el Procurador Delegado el cargo será 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, devuélvase a la oficina de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruíz, "no"; *Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LESIONES PERSONALES / TIPICIDAD

Que no se hubiera podido practicar un nuevo reconocimiento por física imposibilidad, no quiere ello decir que esta forma delictiva (lesiones culposas) vaya a quedar en la impunidad, porque finalmente el juez con base en la información científica que posea tiene la facultad de realizar el proceso de adecuación típica y no se puede afirmar por tal circunstancia, que la ausencia de un examen de imposible práctica pudiera llegar a generar la impunidad de la delincuencia.

Bien se sabe que el proceso de adecuación típica en las lesiones se hace exclusivamente de conformidad con la incapacidad y las consecuencias que las mismas produzcan.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 126.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia del 25 de mayo de 1993, del Tribunal Superior de Santiago de Cali, que confirmó integralmente el fallo condenatorio dictado por el Juzgado 22 Penal del Circuito de la misma ciudad, en este proceso que por los delitos de homicidio y lesiones personales culposas se adelantó contra *Juan Emilio Goeta Sarria.*

Se escuchó el criterio del Procurador quien solicitó casar parcialmente el fallo impugnado.

Hechos:

En la madrugada del día 1 de enero de 1988, aproximadamente entre las 12:10 y 12:30, a la altura de la carrera primera con calle 24 de la ciudad de Santiago de Cali, fue atropellado por un vehículo automotor el señor Aristóbulo Carvajal, que murió como consecuencia de las heridas.

El mismo vehículo un poco más adelante le ocasionó lesiones a Mélida de Polanco y a Harold Antonio Polanco, quienes estaban en una motocicleta.

El automotor continuó su marcha sin prestarle auxilio o atención a ninguna de las personas que había atropellado.

Actuación procesal:

El Juzgado Segundo Permanente de Instrucción Criminal realizó la diligencia de levantamiento del cadáver. Posteriormente el Juzgado 25 de la misma especialidad abrió formalmente la investigación con auto que lleva fecha del 5 de enero de 1988.

El instructor con proveído del 29 de enero del mismo año admitió la demanda de constitución de parte civil respecto a los intereses del occiso.

Capturado Juan Emilio Goeta Sarria, se le escuchó en diligencia de indagatoria y le fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de la excarcelación, por cuanto huyó del lugar de los acontecimientos, la cual, fue confirmada por el *ad quem* en pronunciamiento del 15 de marzo de 1988.

La investigación se cerró el día 10 de mayo de 1988 y 31 de mayo siguiente, fue calificado el mérito del sumario con resolución de acusación contra el procesado, decisión que fue revocada por el Tribunal quien ordenó reabrir la investigación.

El 7 de diciembre de 1988, se admite la demanda de constitución de parte civil con respecto a los interese de los lesionados.

Con auto de cesación de procedimiento fue calificado, en segunda oportunidad, el mérito del sumario, siendo revocado por el Tribunal y en su lugar, profirió resolución de acusación contra el procesado por los delitos de homicidio y lesiones personales culposas.

El proceso pasó al juzgado de conocimiento quien luego de practicar varias pruebas celebró la diligencia de audiencia pública y profirió la sentencia de primera instancia el día 4 de febrero de 1993, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali.

La razones de la demanda:

El defensor del procesado presenta cinco cargos; el primero, como principal, al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del C. de P.P. "porque la sentencia, sin prueba indubitable, declara autor y culpable a Juan Emilio Goeta Sarria de homicidio y lesiones personales, violando de esa manera el debido proceso que garantiza el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, ...", pues considera violada la norma constitucional que ordena investigar tanto lo desfavorable como lo favorabe, el art. 445 del C. de P.P. que ordena resolver las dudas en favor del sindicado; el artículo 180 del C. de P.P. numeral 4, que ordena al juez valorar jurídicamente las pruebas y el artículo 247 del C. de P.P. que prohibe dictar sentencia condenatoria mientras no exista la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado.

Considera que se vulneró el principio de la investigación integral porque se dejaron de practicar algunas pruebas y otras lo fueron indebidamente.

Estima que en cambio se practicaron con mucho interés pruebas desfavorables a Goeta.

Afirma que en el expediente hay numerosas dudas sin resolver y entre ellas destaca que nunca se determinó si los heridos estaban sobrios o ebrios en el momento del accidente, que lo que si se sabe es que se encontraban atravesados en la mitad de la calle cuando fueron atropellados.

Considera que la no elaboración del croquis en el lugar de los hechos es una falla trascendente, porque de la huella de frenada se hubiera podido determinar la velocidad del vehículo y no tener que recurrir a testigos enfiestados y trasnochados.

Asegura que si la Corte tiene en cuenta todos los aspectos técnicos necesarios para estimar la velocidad de un vehículo, terminará rechazando los testimonios que hablan de una altísima velocidad, por mentirosos.

Estima vulnerado el artículo que ordena la valoración jurídica de los elementos de juicio, porque el juzgador "no podía analizar ciertas pruebas porque no existían, otras son deficientes y, las pocas valiosas que hay en autos fueron desconocidas por dicho Tribunal".

Advierte que no se tuvo en cuenta la necropsia respecto al grado de alcoholemia del 3,8% que se le encontró a la víctima, por lo que se desconoció que ésta ha podido contribuir con un alto grado de imprudencia a la ocurrencia del accidente.

Observa que no se puede aseverar de manera inequívoca que el campero Toyota haya sido el mismo con el que se ocasionó el accidente y por tanto, no hay el grado de conocimiento de certeza de que Goeta lo hubiera conducido y si no existe claridad sobre la contribución prestada en el accidente por el propio occiso, ¿cómo es posible que se haya condenado?

Estima que por haberse encontrado el Toyota de propiedad del señor Salazar con signos de haber colisionado, y por aceptar Goeta de haber tenido un accidente contra un árbol, lo convirtieron en un sospechoso, pero que la duda en la investigación surge cuando en la diligencia de levantamiento del cadáver se deja la constancia que el occiso fue atropellado por el carro de placas LF 4508, Ford 150 Ranger, color café, la duda se apodera de la investigación y de la mente de cualquier lector desprevenido que no esté sujeto al prejuicio de condenar a GOETA.

Conceptúa que si la equivocación sólo hubiera sido en relación a un número de la placa, la del sindicado es 4608 y la reportada en la diligencia

de levantamiento es 4508, se podría razonablemente explicar la equivocación, pero no en cuanto a la marca y al tipo de vehículo que ocasionó el accidente.

Arguye que no se ha podido determinar quién fue la persona que llenó la hoja de ingreso de los lesionados a la Clínica de los Remedios, en relación con el número de la placa y tipo de vehículo que produjo el arrollamiento de los heridos, porque tanto el vigilante como el médico niegan que tales anotaciones hayan sido de su puño y letra.

Piensa que en el proceso existen varias personas que mienten, entre ellos los miembros policiales y destaca algunas inconsistencias de sus testimonios.

Cuestiona que la inspección judicial al árbol contra el que supuestamente chocó el procesado no se hubiera hecho con su presencia, sino con la de su esposa, porque generalmente los pasajeros le ponen más cuidado al recorrido del vehículo en que viajan, y de esta manera considera que se viola, nuevamente, el artículo 29 de la Carta Política.

Afirma que de esta manera se concreta la causal de casación prevista en el artículo 220, inciso segundo.

De manera subsidiaria plantea un segundo cargo porque considera que la "sentencia viola norma sustancial de derecho (artículo 220 numeral 1, párrafo 2 del C. de P.P.) cuando, habiendo un documento vital para la investigación, la autopsia (folio 23) en donde dice que el occiso Carvajal murió estando afectado por un cuarto grado de alcoholemia, descarta, al no mencionar siquiera tan precioso dato, dicha prueba que podría llevar, bien valorada y analizada, junto con otras que obran en el expediente, a la absolución de Goeta o a la cesación de procedimiento por inexistencia de delito a favor de cualquiera que hubiera sido el chofer del vehículo que golpeó a Carvajal".

El Tribunal omitió ese hecho y no precisó en qué situación real estaba el occiso, si en la calzada o en el anden, o si cerca de éste.

Plantea un tercer cargo, también al amparo del párrafo 2 del artículo 220 del C. de P.P., relacionado con la duda a favor del sindicado y la obligación de analizar las pruebas para proferir sentencia.

Dice que los testigos afirman que el conductor era una persona joven, situación no predicable a su defendido que para la época de los hechos ostentaba 42 años "y estaba avejentado", por lo que lo lleva a plantear una serie de hipótesis para establecer que el vehículo ha podido ser manejado por un hijo o un amigo del procesado al que por obvias razones no quiso denunciar, pero que tales aspectos no importaron al juzgador de segunda instancia.

Coloca de relieve a algunos testimonios que afirman que el procesado no consume bebidas alcohólicas, que es un hombre trabajador y excelente padre de familia y que con tales virtudes, es difícil pensarlo conduciendo vehículos a altas velocidades y en estado de embriaguez.

Así mismo, resalta las declaraciones de algunas personas que presenciaron los acontecimientos y que difieren respecto a la exacta ubicación del occiso y la distancia a que fue lanzado su cuerpo como consecuencia del impacto.

Termina concluyendo que la sentencia es nula, de conformidad con las previsiones del artículo 304, numerales 2 y 3 del C. de P.P.

Plantea un cuarto cargo, en el que hace relación a la dosimetría penal, para afirmar la violación del artículo 337 del C. de P.P., porque la sentencia con base en un reconocimiento provisional, condena a Goeta por lesiones en la persona de Harold Polanco "y a afirmar que es aplicable el artículo 333 del C.P. en su inciso primero, cuando el médico legista solamente habla de 15 días de incapacidad laboral"; y que en tales condiciones se viola esa norma del C.P. por indebida aplicación.

Luego hace la siguiente afirmación: "También viola la sentencia el artículo 337 del C.P. sobre unidad punitiva puesto que no aplica la pena de lesiones personales restringida a las lesiones más graves, como allí se ordena –las sufridas por Mélida–. El Tribunal habría debido aplicar una

pena para las que sufrió ella, descartando las que sufrió Harold Polanco; en cambio la sentencia insiste y recalca en individualizar y sumar la lesión sufrida por Harold Polanco para aumentar la pena indebidamente a Goeta Sarria. Si se estimara que hay concurso material de delitos, no podía darse acumulación alguna de pena por la lesión de Polanco (artículos 26, 27 y 28 C.P.), porque se desconocería la unidad punitiva (art. 337 C.P.) la cual predomina sobre el concurso en nuestro concepto. Pensamos que la unidad punitiva obliga a considerar las lesiones en Mélida y en Polanco como un solo delito".

Conceptúa que también se viola el artículo 61 en concordancia con los artículos 64, 65 y 67 del C.P., porque inicialmente se aumenta la pena en tres meses por las circunstancias genéricas de agravación por no haber auxiliado a las víctimas, por haber tratado de burlar a la justicia y por el número de delitos cometidos.

Luego se aumenta la pena en otros seis meses, por las previsiones del artículo 230 y 231 que prevé el abandono del agente del lugar del hecho sin justa causa y que en tales circunstancias se está teniendo en cuenta dos veces una misma circunstancia para hacer más gravosa la situación del procesado.

Que por esta errada tasación punitiva se sobrepasó el máximo de pena que permitía la posibilidad de concesión de la condena de ejecución condicional.

Solicita se case la sentencia, disminuyendo la pena y se conceda la condena de ejecución condicional.

Formula un quinto cargo, en el que habla de una discordancia entre el auto de proceder y la sentencia, porque mientras en la primera providencia se afirma de unas lesiones con incapacidad laboral de quince días, en la segunda se habla de una presunta deformidad que no fue fijada por el legista en ninguna parte, incurriéndose de esta manera en la causal segunda del artículo 220 del C. de P.P.

Solicita se decrete la nulidad, pero que en caso de que no se considere ello necesario, se condene por lesiones de simple incapacidad laboral de

quince días y por tanto, se disminuya la pena "por lo menos en dos meses, con lo cual, *ipso facto* GOETA sería acreedor a condena de ejecución condicional, que es lo mínimo que puede pedir por un defensor en este caso".

El criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Considera que la demanda carece de la más mínima metodología, a tal punto que los cargos segundo y tercero se convierten en una prolongación del primero y ello unido a la inobservancia de los rigores técnicos, la hacen impróspera casi en su totalidad.

El cargo primero lo formula por supuesta violación al artículo 29 de la C.N. pues el fallo desconoció leyes preexistentes y que regulan el principio de la investigación integral (art. 250 de la C.N.), *in dubio pro reo* (artículo 445 del C. de P.P.) de valoración jurídica de las pruebas (artículo 180 del C. de P.P.) y de certeza (artículo 247 del C. de P.P.).

Para el Procurador Delegado que "Esta presentación del ataque revela desde un comienzo la poca claridad del libelista en relación con las pretensiones de su demanda y con los supuestos yerros cometidos por el sentenciador, en tanto que bajo la causal primera cuerpo segundo, reservada a los errores *in iudicando*, esto es sobre las normas de derecho sustancial, involucra temas propios de la nulidad (infracción al debido proceso violación del principio de investigación integral) y reclama el examen de la sentencia desde una perspectiva constitucional que aun cuando no es incompatible con los motivos de violación indirecta de la ley sustancial, sí tienen su espacio de alegación en el sentido de la causal primera de casación".

Sostiene que el censor se limita a relacionar algunas pruebas que en su criterio debieron ser evacuadas y de otras que se practicaron con mucho interés, considerando que las primeras eran favorables a los intereses de su cliente, no así las segundas que entraron de manera forzada al expediente.

Pero el impugnante no se detiene en el obligado análisis acerca de los resultados que se hubieran producido en el proceso si las primeras

son practicadas, ni la forma como las segundas vulneraron el principio de la investigación integral.

En un segundo aparte de este mismo cargo, el censor manifiesta la existencia de dudas no resueltas en el proceso que llevan a la absolución del procesado, que da a entender, en principio, que propone la ruptura del fallo por un vicio de la actividad juzgadora por falta de motivación de la sentencia y que luego usa como argumento para presentar una violación indirecta de la ley sustancial, al no haberse declarado la situación de incertidumbre a que conduce la deficiente investigación.

Que aquí nuevamente se aprecia la antitécnica presentación del libelo, puesto que involucra en una misma causal y bajo unos mismos supuestos proposiciones que imponen un desarrollo separado del ataque. Pero si se examina esta parte de la censura bajo la perspectiva de la violación indirecta, se evidencia que están ausentes las demostraciones de los yerros supuestamente cometidos.

Pero las falencias continúan, porque al referirse al numeral 4o. del artículo 180 –análisis de las alegaciones y valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la sentencia–, hace alusión a pruebas que fueron soslayadas para resaltar nuevamente la prueba de alcoholemia de la víctima, con la pretensión de demostrar que ésta fue responsable de la ocurrencia del hecho investigado.

En relación con esta supuesta ausencia de consideración se remite al fallo de primera instancia, donde se analiza este aspecto y se descarta que la imprudencia surgida de la ebriedad de la víctima hubiera podido ser la causa del accidente.

Refiriéndose a la presunta violación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal por falta de certeza para proferir sentencia condenatoria, considera que esta censura se queda en el mero enunciado, porque el libelista parte de una premisa ideada por él en el sentido de que existen dudas respecto al automotor que ocasionó el homicidio por la incertidumbre respecto a la placa del mismo, puesto que se habla de la LF 4508 y de la LF 4608 pero "no advierte el demandante que desde la

resolución acusatoria proferida por el Tribunal Superior de Cali tal aspecto fue dilucidado precisamente conforme al material probatorio allegado, providencia que le dio credibilidad a lo manifestado por el lesionado Harold Polanco y al hermano de Mélida también lesionada, Alfonso Sarria, quienes se percataron de tomar las placas del Toyota".

Precisa que el sentenciador de primera instancia también se refirió a la placa para efectos de dilucidar la confusión respecto a la misma y a los diversos tipos de vehículos a que se refieren los testigos como el causante del accidente mortal.

Que ello demuestra es que el libelista propone su propia valoración al encontrarse inconforme con la formulada por los juzgadores.

Critica al censor al sostener que "Cree el demandante cumplir con los postulados de esta sede extraordinaria formulando simples enunciados como cuando afirma que se omitió la prueba del folio 196, asumiendo que la omisión de una prueba por sí sola es suficiente para que se pueda predicar la existencia de un yerro en el fallo, olvidando que es necesario que tal omisión tenga la capacidad de cambiar la decisión, lo que compete demostrar al recurrente".

Sostiene que el cargo no debe prosperar.

En referencia al segundo cargo, al considerar el censor que hay violación directa de los artículos 230 de la Carta Política y 6 del C. de P.P., según los cuales los jueces están sometidos al imperio de la Constitución y la ley.

Pero pese a ello, en lo que se debería entender como demostración del cargo, insiste en el grado de alcoholemia de la víctima, que resulta completamente antitécnica, porque escogida la vía de la violación directa, debe aceptar en su integridad lo probado en el proceso, sin poder ingresar a hacer disquisiciones probatorias de ninguna naturaleza.

Critica, además, que no hace ningún esfuerzo por la demostración del cargo, por lo que solicita se rechace.

En relación con el tercer reparo contra la sentencia, lo hace afirmar que la situación es idéntica a los anteriores, porque como ya lo había adelantado el cargo segundo y el tercero son una prolongación del primero, sólo que en esta censura y por la vía indirecta "no sólo se refiere a las características físicas de quien iba manejando el vehículo y al interrogante de si los lesionados estaban en la moto quietos o en movimiento, para insistir en la duda, sino que para demostrarlo resalta que la investigación es contradictoria".

"Para finalizar, mírese, por ejemplo, como pretende demostrar la duda, afirmando solamente que se ignora si Mélida y su esposo estaban quietos o en movimiento, o cuestionando lo manifestado por algunos testigos sobre quien iba manejando el vehículo que produjo el accidente, con los mismos argumentos que ya fueron debatidos en las instancias, pues lo que para él aún constituye incertidumbre, a estas alturas del proceso para los juzgadores ya está definido".

Considera inaceptable que el sentido del fallo pueda cambiar sobre la base de simples discrepancias valorativas, que llevan al fracaso la censura.

Respecto al cuarto cargo, donde se afirma que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, artículos 337 del C. de P.P. y 333 del C.P. por aplicación indebida, considera que el cargo no debe prosperar ante la carencia de razón en los argumentos esgrimidos.

Si bien es cierto que las decisiones se deben tomar con base en el último reconocimiento que obra en el proceso ello no quiere decir que deba ser el definitivo, sino el último practicado en el proceso, porque no tendría justificación que en casos como éste donde el último reconocimiento ordenado no fue factible de ser practicado por ausencia de historia clínica, pues el herido fue tratado por urgencias, fuera a quedar en la impunidad el delito de lesiones cometido en perjuicio de Harold Polanco, "porque el citado artículo no hace expresa mención a que el reconocimiento deba ser definitivo, sino el último que obre en la actuación procesal.

"Adicionalmente a lo anterior, se tiene que en materia probatoria la ley autoriza la comprobación de los elementos del hecho punible y la

responsabilidad del implicado por cualquier medio de prueba, a condición de que no se violen la dignidad humana ni las garantías del implicado y, por tanto, no es condición *sine qua non* para una sentencia en proceso por delito de lesiones personales, contar con un dictamen definitivo sobre la incapacidad".

Estima que tampoco hubo indebida aplicación del artículo 333 del C.P., porque ésta es la norma que prevé la pena para el caso de lesiones con deformidad física transitoria que son las determinadas para Harold Polanco. Tampoco se da la supuesta violación al artículo 337 del C.P. habida cuenta que no se aplicó la pena para las lesiones más graves, dado que la norma hace alusión es a la posibilidad de que cuando una misma persona resulte pluralmente lesionada, se debe tener para efectos de la sanción, la lesión más grave: Pero que no puede ser como lo entiende el censor, de dos lesionados con heridas de diversas consecuencias, se sancione sólo las inferidas a uno de ellos por tener una consecuencia de mayor gravedad.

Tampoco considera atinadas las críticas del censor sobre la supuesta violación de los artículos 64, 65 y 67 "porque el fallador aumentó dos veces la pena por la misma causa. Lo que sucedió fue que el sentenciador no partió del mínimo de la pena del homicidio, porque consideró como circunstancias de agravación la insensibilidad frente al dolor ajeno, la coartada que tramó el procesado para burlar la justicia y el número y gravedad de hechos punibles por lo que aumentó tres meses por el agravante de abandonar el sitio de los hechos cifra que se encuentra dentro de los límites que la norma exige para el aumento".

No se trata de censuras coincidentes porque uno es el abandono del sitio de los hechos y otra la insensibilidad frente al dolor ajeno.

Ni siquiera considera bien escogida la causal para formular el ataque porque el artículo 220 numeral primero párrafo 2, supone error en la apreciación probatoria, lo que se contradice por los argumentos planteados en la demanda.

Refiriéndose al quinto cargo, que se plantea por supuesta discordancia entre el auto de proceder y la sentencia, puesto que el primero sólo habla

de una incapacidad de quince días, mientras que la segunda le agrega la deformidad transitoria.

Dice que la acusación se formuló de manera genérica por el delito de lesiones personales, pero en el momento del fallo le dedujeron la pena correspondiente a las lesiones con deformidad transitoria de lo que concluye que "Claro resulta entonces, que existe una incongruencia parcial entre el pliego acusatorio y las decisiones de instancia que además de vulnerar el derecho a la defensa del procesado, incide en el quantum de la pena en razón a que las lesiones sirvieron para que no se partiera del mínimo y concluyera en un total de treinta y ocho (38) meses, lo cual, como es obvio, no lo hacía merecedor al subrogado penal de la condena de ejecución condicional al exceder la pena los aspectos objetivos que contempla el artículo 68 del C.P.".

Solicita, se case parcialmente el fallo recurrido en tal sentido.

Consideraciones de la Sala:

El cargo primero se ha de entender formulado por violación indirecta de la ley sustancial, puesto que afirma que "la prueba indubitable declara autor y culpable a..."; pero no precisa si es por la existencia de errores de hecho o de derecho, y si es de los primeros, si es por un falso juicio de existencia, por suposición de pruebas, y si es por errores de derecho tampoco precisa la modalidad del mismo.

Luego divide el cargo en cinco apartes, el primero de los cuales lo refiere a la vulneración del principio constitucional (art. 250) de la investigación integral.

Para tal efecto, hace una enumeración de lo que no fue investigado y que era favorable al procesado y a renglón seguido afirma que "En cambio se practicaron con mucho interés pruebas desfavorables para Goeta, que entraron forzadas al expediente...".

Es evidente la falta de técnica del libelo que se estudia, porque es claro que si la censura es por no haberse practicado determinadas pruebas

y ellas llegasen a ser trascendentales para el resultado del proceso, la orientación de la censura ha debido ser por la vía de la nulidad, por haberse vulnerado el derecho a la defensa, pero es obvio que en tal caso se debe destacar no sólo la prueba que no fue practicada, sino también la trascendencia que la misma hubiera podido tener en el fallo.

La segunda parte del literal a) del cargo primero lo insinúa como un posible error de derecho, porque luego de afirmar que las probanzas en contra del sindicado si fueron practicadas con mucho celo pero entraron forzadas al expediente, con ello da a entender como si hubiesen sido practicadas con vulneración de la legalidad de las mismas, pero lamentablemente el censor no hace ningún esfuerzo por precisar o por demostrar cuáles y porqué tales pruebas entraron forzadas al expediente.

En el segundo aparte del cargo, estima violado el artículo 445 del C. de P.P. que impone resolver las dudas existentes en favor del procesado.

Piensa que existen muchas dudas no solucionadas en el proceso y se lamenta de la no práctica de algunas de aquellas medios de convicción que considera óptimos para resolver los interrogantes que encuentra en la investigación y es así, como destaca que no se hubiera realizado la prueba de alcoholemia a los lesionados, el hecho de no haber allegado el croquis del accidente, que si un testigo dice que el vehículo al atropellar a los Polanco frenó, retrocedió y la piso a ella, considera que era indispensable haber hecho un análisis técnico, respecto a la velocidad del vehículo, si era posible que se detuviese, retroceder y pisar a una de las víctimas y continuar su marcha.

Que el exceso de velocidad se ha debido determinar por la huella de frenada, estado de las llantas, coeficiente de rozamiento y los demás factores técnicos que deben ser tenidos en cuenta para establecer la velocidad a que marchaba un vehículo.

Ya en antecedencia se ha dicho que si se da el caso de pruebas que no fueron practicadas, siendo ellas trascendentes, se vulnera el derecho a la defensa y por tanto el ataque debe ser enrutado por la vía de la nulidad y no por la violación indirecta como aquí se hace de manera antitécnica;

pero así hubiese acertado en la orientación de la censura tampoco le asiste la razón al censor, porque en realidad es el único que plantea tal tipo de dudas, puesto que los juzgadores de las instancias consideraron que las circunstancias del hecho se encontraban debidamente demostradas, así como las maniobras poco éticas de la defensa. Sobre estos tópicos el Tribunal concluyó que:

> "Consecuencia de estas premisas argumentales es entonces la convalidación integral de la sentencia de condena recurrida, la que además estuvo acertada tanto en el manejo de la dosimetría como lo atinente a decisiones tales como perjuicios, subrogados e inquietudes y pedimentos de los sujetos procesales, muy especialmente en este punto respecto a los cuestionamientos y objeciones hábilmente planteados por el defensor del procesado quien en la pretensión inequívoca de generar la duda que favorezca a su defendido se empeñó al final luego de todo aquel maniobrar desleal con la prueba que ya se ha destacado, en la elaboración de un extenso y dispendioso interrogatorio que, todo indica ya él respondió pero no trajo oportunamente al proceso penal como legalmente correspondía".

En el tercer aparte del primer cargo dice que "Ya hemos demostrado que el H. Tribunal de Cali no podía analizar ciertas pruebas porque no existían, otras son deficientes y, las pocas valiosas que hay en autos fueron desconocidas por dicho Tribunal...".

Aquí en realidad plantea diversas formas de error de hecho porque habla de suposición y de omisión de algunos medios de convicción; así mismo alude a pruebas que eran deficientes, sin precisar en qué consistía tal falencia, si en errores de producción de la prueba, evento en el cual se ubicaría en el error de derecho, o que no tenían capacidad probatoria, caso en el cual dentro del error de hecho, planteando una tergiversación de la prueba.

Pero el censor se limita a hacer el enunciado sin preocuparse de su demostración y en tales circunstancias es imposible que tales censuras puedan llegar a prosperar.

En el aparte cuarto del primer cargo, insiste en que no existe certeza de la responsabilidad y que en los casos de incertidumbre, ésta debe ser resuelta en favor del procesado. Las dudas las hace consistir en que nunca se conoció cuál fue el grado de participación que tuvo el occiso en la producción del accidente, teniendo en cuenta que en el acta de necropsia se determinó una alcoholemia cercana al 4% y por tanto no se supo si estaba quieto o en movimiento, si cerca del andén o en la mitad de la vía.

Que tampoco se resolvieron las dudas respecto a la información divergente de los testigos en relación con el vehículo que ocasionó el accidente, porque mientras se habla de un automotor con placa 45 08, otros afirman que el vehículo se distinguía con los números 46 08, ni tampoco sobre el tipo de vehículo, porque la esposa del occiso habla de una camioneta Ford Ranger, café; mientras que el vehículo prestado al procesado era un campero Toyota.

Pero tales dudas, al igual que en el planteamiento de las anteriores, sólo existen en la mente del censor, porque las mismas ya fueron planteadas y rechazadas en las instancias, donde se hace un juicioso análisis probatorio para llegar a la conclusión de que el vehículo que ocasionó los hechos delictivos investigados era el distinguido con las placas LF 46 08 y se apoya la segunda instancia para llegar a tales conclusiones, en varios testimonios entre ellos los de los lesionados Polanco.

Es inútil entonces tratar de replantear debates probatorios que ya se dieron en las instancias y que por las razones elementales de la técnica que gobierna este recurso, son de imposible postulación en esta sede extraordinaria.

En las condiciones precedentes se rechaza el cargo tal como lo solicita el Procurador Delegado.

El cargo segundo es en realidad una continuación del primero que presenta, igualmente, por la vía de la violación indirecta por errores de hecho, a pesar de que no lo dice con claridad ni siquiera en el enunciado y en el desarrollo de la censura.

Empero, de su desarrollo ha de entenderse que es uno de hecho por omisión en el análisis y valoración de una prueba, el acta de necropsia, que ya había sido motivo de argumentación en el cargo anterior, porque insiste el censor en el grado de alcoholemia que tenía el occiso y en el posible grado de participación que el mismo tuvo en la producción del accidente fatal.

Pero la denunciada omisión no existe porque basta analizar la sentencia de primera instancia para verificar que el estado de beodez de la víctima fue debidamente analizado y rechazado, cuando se afirmó:

> "El señor defensor en algún aparte de su intervención en la audiencia esboza la teoría de que la muerte del señor Carvajal se debió al estado de beodez en que se encontraba como se demuestra con la necropsia médico-legal según la cual la prueba de alcoholemia resultó positiva, con una concentración de 3.8 mgs. por ciento que equivale al cuarto grado de embriaguez, pero dicha argumentación obviamente que la hacen no en defensa de su defendido por cuanto como ya se dijo éste nunca aceptó la autoría: aún con la salvedad que se hizo, tampoco puede aceptar el despacho el argumento al cual se refirió ampliamente el Tribunal en la resolución con planteamientos que el Despacho comparte en su integridad y que sobra repetir, para rechazarlos. No puede perderse de vista que no es al peatón a quien le está vedado ingerir licor hasta llegar a un alto grado de toxicidad siempre y cuando y entratándose de un accidente de tránsito concretamente su actuar sea imprudente como lo sería atravesarse a un carro en movimiento, cosa que no ocurrió en el caso *subexámine* ya que Aristizábal transitaba o por el andén o muy orillado al mismo según se desprende de la prueba testimonial y si esto es cierto como lo es en relación con Aristizábal ¿qué decir respecto de los lesionados? De ellos nadie predica que hubieran ingerido licor sino que se encontraban con la motocicleta haciendo el respectivo pare a la espera de poder continuar su marcha. No prospera, pues, tampoco este tipo de argumentación aún cuando sea indirecta por lo ya dicho".

No hubo, entonces, omisión en la consideración de esta prueba, si se tiene en cuenta que la sentencia de primera instancia forma un solo cuerpo con la de segunda.

En el cargo tercero enfilado, nuevamente, al amparo del párrafo segundo del artículo 220, pero sin especificar si es por la existencia de errores de hecho o de derecho, vuelve a insistir en la falta de certeza para condenar, al plantear una serie de interrogantes, en relación a si el vehículo llevaba las luces encendidas, si había o no pitado, si marchaba en zig zag, si el conductor estaba ebrio, si era joven o viejo.

Luego dice que a pesar de que el procesado tenía 42 años está muy avejentado y hay testigos que afirman que el conductor era una persona joven y analiza una serie de medios de convicción de acuerdo a sus intereses, para concluir en la existencia de la duda, pero no realiza ningún esfuerzo en demostrar cuál es el error, ni tampoco la trascendencia e incidencia que el mismo hubiera podido tener en el fallo, y en tan precarias condiciones técnicas, es obvio que el ataque no puede prosperar tal como lo solicita el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

El cargo cuarto lo presenta por una presunta violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación y concretamente el artículo 333 y 337 del C.P. en concordancia con los artículos 26, 27 y 28 del mismo estatuto. También considera violados los artículos 61, 64, 65 y 67 del C.P.

Considera que se dictó sentencia con base en un dictamen provisional y no con uno definitivo y que por tanto, se violó lo previsto en el artículo 337 del C. de P.P. que ordena que las decisiones se tomen con base en el último reconocimiento médico que obrare en la actuación.

Estima, erróneamente, el censor que al existir dos lesionados de diversa gravedad en cuanto a las consecuencias de las heridas se ha debido sancionar únicamente las de mayor gravedad, y que por tanto, se ha debido condenar por las lesiones inferidas a Mélida Polanco y descartar las de Harold Polanco.

En relación al primer enunciado del cargo es cierto que la norma dice que la decisión se deberá tomar con base en el último reconocimiento que obrare en el expediente y eso fue lo que hicieron las instancias, pues la sentencia se pronunció con base en el reconocimiento existente, por la imposibilidad de practicar el ordenado, por la inexistencia de la historia clínica donde fue atendido el herido.

Es práctica común en relación con el delito de lesiones personales que se verifiquen varios exámenes a los heridos para de conformidad con la evolución de las lesiones el legista pueda determinar con exactitud sus consecuencias y la incapacidad laboral y en este caso, se ordenó un último reconocimiento pero el mimo no pudo ser realizado, como ya se dijo, por ausencia de la historia clínica que nunca se hizo por haber sido atendido el lesionado por la sección de urgencias.

Que no se hubiera podido practicar un nuevo reconocimiento por física imposibilidad, no quierre ello decir que esta forma delictiva fuera a quedar en la impunidad, porque finalmente el juez con base en la información científica que posea tiene la facultad de realizar el proceso de adecuación típica y no se puede afirmar por tal circunstancia, que la ausencia de un examen de imposible práctica pudiera llegar a generar la impunidad de la delincuencia.

Tampoco le asiste la razón al censor, cuando plantea la posible vulneración del artículo 337 del C.P., porque lo que prevé esta norma es que cuando un mismo sujeto pasivo ha sufrido heridas múltiples, para efectos de la sanción sólo debe tenerse en cuenta las de mayores consecuencias y gravedad; pero bajo ninguna circunstancia puede ser interpretado como lo hace el impugnante, que siendo varios los lesionados, sólo se sancione las lesiones de la persona que haya sufrido las peores consecuencias en su salud.

En tan claras circunstancias es preciso concluir que aquí tampoco se presenta una violación directa de la ley sustancial como bien ló considera el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

El quinto cargo lo formula al amparo de la causal segunda por la existencia de un desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia,

porque en el primero se le dictó resolución de acusación por haber lesionado a Harold Polanco, ocasionándole una incapacidad de quince días, pero que en la sentencia se lo había condenado por las lesiones previstas en el artículo 333, lesiones con deformidad, en concordancia con el 340.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita se case la sentencia porque efectivamente la resolución de acusación fue formulada por lesiones personales con una incapacidad simple de quince días y fue condenado por lesiones con deformidad.

No comparte la Sala tales planteamientos, porque si bien es cierto que en la parte final de la parte motiva del auto del Tribunal de Cali, que revocó el cese de procedimiento y dictó la resolución de acusación, sólo se mencionan los artículos 340 y 341 del C., no por ello se puede llegar a la conclusión de que la acusación sólo fue por lesiones de quince días sin consecuencias, porque en otra parte de la providencia se hace alusión al dictamen que aparece a folio 405, que luego de refoliado pasó a ser el 375, segundo dictamen realizado por los legistas donde se habla de la deformidad ocasionada en el cuerpo de Harold Polanco.

La verdad es que la providencia no hace una adecuación típica respecto a una norma en particular porque se refiere únicamente a los preceptos citados con anterioridad y el primero, es aquel que crea la culpa para todas las lesiones descritas en los artículos anteriores y el segundo, el que hace extensivas las causales de agravación del homicidio culposo a sus similares las lesiones.

Se ha de entender, entonces, que si no se hizo una adecuación típica a una norma específica, necesariamente la misma se debe hacer de conformidad a lo indicado en el último dictamen que es el que sostiene la deformación. En el folio 10 de la resolución acusatoria (f. 518 del expediente) se hace alusión a este dictamen y en tales circunstancias debe entenderse que si no se citó ninguna otra norma, la imputación se formuló de conformidad con el último dictamen y tan fue entendido por la defensa, que uno de los ataques que presenta contra la sentencia es precisamente que no se haya realizado un tercer dictamen que se recomendó cuando se hizo el segundo que habla de la deformidad.

Sin embargo, no se puede predicar que se haya asaltado a la defensa, porque bien se sabe que el proceso de adecuación típica en las lesiones se hace exclusivamente de conformidad con la incapacidad y las consecuencias que las mismas produzcan. Establecido lo anterior, es claro, entonces, que la acusación se produjo por lesiones personales con deformidad, las previstas en el numeral 1 del artículo 333 del C.P. y la condena y correspondiente tasación de la pena se hizo de conformidad con tal norma.

En las condiciones anteriores, se rechazará también este cargo, estando en ello en desacuerdo con el Procurador Delegado.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, "no"*; Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TESTIMONIO / SANA CRITICA

La retractación no es por sí misma causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número 126.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante sentencia calendada el veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y tres, confirmó en su totalidad la proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó a Jairo Iván Martínez Contreras a la pena principal privativa de la libertad de noventa y seis (96) meses de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio imperfecto en Rafael Cristancho Rodríguez y hurto calificado y agravado, y a Miguel Angel Macareno Cruz y Luis Antonio Payares Martínez a la pena principal de cincuenta meses de prisión, como responsables del delito de hurto calificado y agravado.

A los procesados se les impuso la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la

principal y se les condenó a la indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados con la infracción.

Contra esta sentencia interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación el procesado Jairo Iván Martínez Contreras, el cual fue concedido por el Tribunal.

Dentro del término legal el apoderado del procesado presentó la demanda sustentadora del recurso interpuesto, que esta Sala declaró ajustada a las exigencias legales. Allegado el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, procede la Corte a resolver la referida impugnación.

Hechos y actuación procesal:

El juzgador de segunda instancia, relata los hechos que dieron origen a la investigación así:

"...El 21 de septiembre de 1991, aproximadamente a las doce de la noche, a la altura de la carrera 68C con calle 11 sur de esta ciudad, tres hombres abordaron el vehículo de servicio público marca Chevrolet, modelo 1987, color amarillo y negro, de placas SE 8830 conducido por su propietario RAFAEL CRISTANCHO RODRIGUEZ, quien los llevó al barrio La Igualdad, donde uno de ellos procedió a herirlo con arma cortopunzante por varias veces a la altura de la región pectoral anterosuperior izquierda y en cara externa del hemitórax izquierdo, que le ameritaron incapacidad médica de 25 días. Luego lo despojaron del automotor y de la suma de $34.000.oo que tenía en su poder, dejándolo abandonado en el lugar de los hechos, donde fue auxiliado por miembros de la Policía. Tres días después el automotor hurtado fue recuperado por personal adscrito al D.A.S., en la zona urbana del municipio de La Dorada (Caldas), hasta donde fue trasladado con el fin de venderlo, y capturados los señores BERNARDO IZASA CACERES, LUIS ANTONIO PAYARES MARTINEZ, MIGUEL ANGEL MACARENO CRUZ Y JOSE ALBEN VALENCIA DIAZ. En el decurso de la investigación también fue vinculado al proceso el señor JAIRO IVAN MARTINEZ CONTRERAS a quien se lo señaló como partícipe de los citados hechos" (fl. 37).

El mérito legal de la investigación fue calificado mediante auto del 9 de abril de 1992, por el cual el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal residenció en juicio penal a Iván Martínez Contreras como presunto responsable del delito de homicidio en su modalidad de tentativa en Rafael Cristancho Ramírez, en concurso material heterogéneo con el delito de hurto calificado y agravado. A Macareno Cruz y a Payares Martínez sólo se les acusó del delito de hurto calificado y agravado, mientras que en favor de José Alven Valencia Díaz y Bernardo Isaza Cáceres fue cesado el procedimiento.

Adelantada la causa, el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá profirió la sentencia de primera instancia, condenando a los procesados a las penas a las cuale se ha hecho referencia en los comienzos de esta providencia. Se les condenó también al pago de $4.610.950 por perjuicios materiales ocasionados por el delito de hurto y a Martínez Payares además al pago de $1.200.000 por los ocasionados con el homicidio tentado. Por los perjuicios morales se les condenó al pago del valor equivalente a 50 gramos oro.

Apelada esta decisión únicamente por el sentenciado Jairo Iván Martínez, el Tribunal Superior la confirmó, con la ligera modificación de individualizar la parte que cada uno de los condenados deberá pagar en relación con la cuantía de los perjuicios morales.

La demanda de casación:

Dice el actor que acusa la sentencia de condena proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con base en la causal primera, y al respecto formula dos cargos que pueden compendiarse así:

Considera en un primer reproche que el Tribunal apreció erróneamente las declaraciones de Bernardo Isaza Cáceres, Rubén Darío Rodríguez y Libia Stelly Otálora, al darles el valor de plena prueba y fundamentar en sus dichos la sentencia de condena. Cita el recurrente como normas sustanciales quebrantadas, numerosos artículos del Código Penal, entre ellos el 323, además de los artículos 29 y 230 de la Constitución Nacional y varios preceptos del Código de Procedimiento Penal.

En la fundamentación del cargo sostiene el impugnante, que el Tribunal aceptó como veraces los aludidos testimonios, "...cuando esas versiones se apartan ostensiblemente de las reglas de la experiencia y el sentido común...", ya que sus afirmaciones no se refieren a lo percibido directamente por ellos, sino que llegaron al conocimiento de los hechos punibles y de sus autores, por información que les brindaran los mismos comprometidos en las conductas ilícitas.

Para desvirtuar la credibilidad que el juzgador le otorgó al testimonio de Bernardo Isaza, argumenta el impugnante lo siguiente:

"...Sin esfuerzo alguno se establece que Bernardo Isaza Cáceres de ser cierto lo afirmado por él, vale decir que los delincuentes le dijeron cómo habían despojado a Cristancho Rodríguez del carro, es un cómplice del ilícito o sea, que formaba parte de la banda porque según sus afirmaciones él estaba en la reunión cuando llegaron las personas que él señala a contarle la totalidad y modalidades de la fechoría y sin embargo, no solamente se va con ellos sino que según lo afirmado por Macareno Cruz, condujo el carro de Bogotá a La Dorada, lo que indudablemente es cierto, pues allí fue capturado con Macareno Cruz, Payares y Alben Valencia, pero esa conducta de Isaza Cáceres nos indica que no es la persona digna de confianza como para darle crédito a su declaración cuando él fue por lo menos según su dicho conocedor de los hechos realizados por las personas que él señala" (fl. 73).

Cita luego diversos apartes de la declaración de Rubén Darío Rodríguez Isaza, y aduce el demandante que "...ese criterio de dar razón, absolutamente de todo y en forma detallada es tan mendaz desde el punto de vista de la lógica y de la experiencia que la única conclusión que podemos sacar es que de ese fárrago de conceptos de Rodríguez Isaza como el hecho de haber llegado las personas que él indica a decir "a boca llena", todo lo que habían hecho, sólo implica el propósito para el declarante, de probar demasiado o más de la cuenta en contra de Jairo Iván Martínez Contreras, como para que se tuvieran en cuenta sus afirmaciones, cuando desde el punto de vista de la lógica lo que prueba demasiado no prueba nada, o sea, que cuando un argumento cualquiera no sólo concluye lo que se propone

quien afirma, sino también lo que a las claras es falso de nada sirve para probar lo que se pretende" (fl. 76).

Y en relación con Libia Stelly Otálora Abril, pregona el recurrente que su versión no fue libre y espontánea sino que llegó a los autos antes la presiones sobre ella ejercidas por Rubén Darío Rodríguez, ante el afán de favorecer a su amigo Bernardo Isaza. Y que como esta testigo se retractó de lo afirmado en el curso del proceso, no podía el Tribunal otorgarle valor probatorio alguno a su inicial versión.

El segundo cargo consiste en que el Juzgador incurrió en error de hecho en la apreciación del dictamen pericial emitido por el médico legista en relación con las heridas sufridas por el conductor Rafael Cristancho Rodríguez. Sostiene el recurrente, que si la verdadera intención del sentenciado hubiese sido la de matar, las heridas causadas a la víctima tendrían que ser de mayor gravedad, y no unas lesiones como las descritas en el reconocimiento médico legal que sólo ocasionaron una incapacidad de veinticinco días para el trabajo. Hace otras consideraciones marginales como que "...no es usual que para quitar un carro sea indispensable, necesario, conveniente o usual quitarle la vida al conductor..." y que con las heridas los delincuentes sólo procuraron amedrentar a la víctima para facilitar el apoderamiento del vehículo, sin que existiese por parte de los acusados la intención de matar. Reitera el actor que el Tribunal "...al tomar las lesiones como tentativas de homicidio", incurrió en error de hecho que lo llevó a quebrantar la ley sustancial.

Solicita como conclusión de su alegato, que la Corte case la sentencia de condena y la sustituya por un fallo absolutorio a favor de su representado.

Concepto del Procurador:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal pone de presente en su concepto los desaciertos técnicos en que incurre el demandante en su escrito de sustentación, suficientes por sí solos en concepto de la Delegada para no casar la sentencia impugnada.

Sostiene la Delegada que "...todo lo reduce el libelista, como si se tratara de una tercera instancia, a criticar bajo su muy personal estimación y apreciación probatoria, el contenido de las diversas deponencias, calificándolas en su veracidad y en el valor que a las mismas otorgaran los falladores...".

No obstante las mismas deficiencias que observa en el cargo segundo, la Procuraduría lo examina y responde afirmando que "...no admite el menor resquicio de duda que las lesiones producidas a Rafael Cristancho Rodríguez, tenían como propósito darle muerte, a juzgar nada más por el arma empleada y las varias heridas que se le infirieron a la altura del corazón, para luego ser arrojado en estas condiciones desde el interior de su vehículo, en altas horas de la noche y en lugar solitario, como tampoco que de no haber sido por la ayuda que se le prestó por algunas autoridades del C.A.I. del Barrio la Igualdad y su traslado inmediato a la Clínica Occidente, habría fallecido...".

Acorde con lo anterior, sugiere la Procuraduría no casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

El recurso extraordinario de casación, como lo ha dicho la Corte reiteradamente, no es una nueva instancia que comporte la revisión total del proceso en su aspecto fáctico y en sus cuestiones jurídicas. En el libelo que se examina, el recurrente bajo el aparente ropaje de un error de hecho, se limita a cuestionar el valor probatorio que el Tribunal otorgó a la prueba testimonial, incursionando en los predios del error de derecho, inadmisible cuando se trata de medios de convicción no sometidos a tarifa legal, y cuando a la apreciación y al análisis probatorio realizado por el Juez, sólo se opone el personal criterio del recurrente, quien señala a los declarantes como interesados y mendaces, considerando que su representado, quien negó la participación en los hechos delictuosos, es el único depositario de la verdad.

Sostiene que lo declarado por Bernardo Isaza y Rubén Darío Rodríguez, no puede ser aceptado como veraz, porque éstos sólo son declarantes de oídas, interesado el primero en favorecerse y aminorar su

responsabilidad, y siendo el segundo un homosexual que declaró días después de ocurridos los hechos con el único propósito de apoyar y beneficiar a su amigo Isaza.

Pone de presente algunas aparentes contradicciones entre los declarantes, y no considera posible que el sentenciado Martínez les hubiese relatado su participación en los hechos delictuosos, pero el censor parte de simples conjeturas, de simples apreciaciones personales que en ningún momento acreditan el error ostensible y manifiesto del juzgador en la apreciación probatoria.

En relación con la testigo de cargo Libia Stelly Otálora Abril, considera el actor que no se le puede otorgar a su versión valor probatorio alguno, porque la testigo se retractó de su dicho modificando sustancialmente su versión incriminadora. Olvida el casacionista, que la retractación no es por sí misma causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comproba-ciones del proceso.

En el caso *sub-judice*, la testigo Stelly Otálora, después de haber rendido su inicial versión en acto libre, espontáneo y sincero, que guarda armonía y plena concatenación con todos los elementos de prueba que reflejan una verdad procesal, a última hora resolvió cambiar su versión aduciendo como causas que había declarado presionada o amenazada por Rodríguez Isaza, pero sin asomar elemento alguno digno de credibilidad que reforzara su afirmación. Por ello el Juzgador, con sobrada razón y dentro de la autonomía de que disfruta en la apreciación de la prueba en el sistema de la sana crítica, que impera en el derecho penal colombiano, no consideró la retractación como inspirada en el deseo de hacer prevalecer la verdad, sino encaminada por razones diferentes a favorecer al acusado.

Se observa entonces fácilmente, que no existe el pretendido quebrantamiento de la ley sustancial a través de los errores de hecho que alega el casacionista, y que sus argumentaciones sobre el grado de credibilidad que se debe otorgar a la prueba testimonial, admisible como tema de análisis y valoración en las instancias, son del todo inapropiadas en sede de casación. No prospera el cargo.

En el segundo reproche que el actor formula por separado, se propone la demostración de una conducta desprovista de la intención de matar.

Para fundamentar el cargo, alega un presunto error de hecho en la apreciación de la prueba pericial, pues según el libelista el Tribunal dedujo la existencia de un homicidio imperfecto, cuando de tan reducida incapacidad (25 días), sólo puede desprenderse cuando más unas lesiones personales.

A simple vista se observa que el cargo formulado por el libelista, no puede en ningún caso configurar un error de hecho, pues no se adecúa a ninguna de sus hipótesis, ya que el juzgador no supuso ni desconoció ningún medio de prueba ni tergiversó su alcance o sentido. Tampoco puede afirmarse como lo hace la censura, que el Tribunal llegó a la tentativa basado únicamente en la gravedad de la lesión, sino que el elemento subjetivo de la infracción se dio por existente con fundamento en la repetición de las heridas, con arma idónea para ocasionar la muerte, la localización de dichas heridas, costado izquierdo del pecho, el abandono del cuerpo de Cristancho en lugar despoblado, el ánimo de apoderarse del vehículo acudiendo a cualquier medida extrema, comportamientos que denotan que el agente se proponía conseguir por este medio un fin más criminal que el realmente obtenido. La intención directa de matar es manifiesta en autos. No prospera el cargo.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia objeto de la impugnación.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruíz, "no"; *Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA / DERECHO DE DEFENSA / CASACION OFICIOSA

Es incuestionable que las denominadas circunstancias genéricas de agravación punitiva no trascienden en manera alguna la calificación dada a la conducta investigada. Su incidencia apenas tiene que ver con la discrecionalidad permitida en el artículo 61 del C.P. para partir por encima del mínimo señalado al momento de dosificar la pena correspondiente, operación que debe realizarse sólo en el momento de proferir el fallo, según lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte. Así las cosas, resulta improcedente la causal segunda de casación para remediar una irregularidad de tal naturaleza.

No escapa a la Corte que en la norma referida (art. 66 C.P.), existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como sería el caso del "motivo innoble o fútil" precisamente o "la preparación ponderada del hecho punible" o "el infortunio o peligro común", aspectos que pueden tener diferentes interpretaciones según la óptica con que se examinen y las circunstancias mismas que rodearon el hecho pudiendo ser objeto entonces de cuestionamiento en un momento determinado; de donde surge la necesidad de señalar claramente los presupuestos fácticos que las contiene o mencionarlos en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto, en el pliego de cargos o resolución de acusación en garantía del derecho de defensa para que pueda el procesado probatoriamente defenderse de esa imputación ya que de por sí su deducción le implica un incremento punitivo, así sea mínimo.

De la narración de los hechos que hiciera la Fiscalía en la resolución acusatoria no se desprende mención alguna de la clase de motivo que determinó la conducta del procesado; sólo vino a concretarse la fuctilidad del mismo en las sentencias de primera

y segunda instancias con el argumento "que la simple crítica o llamada de atención verbal no se puede responder a tiros", sin que se puntualizara que entendió el juzgador por "simple crítica", ni en que consistió la llamada de atención verbal apreciaciones que si se hubiesen expresado claramente desde el pliego de cargos a lo mejor habrían dado bases para ser desvirtuadas probatoriamente. Como no ocurrió así y fue una de las varias circunstancias tenidas en cuenta en el fallo sin posibilidad de aclaración alguna a esta altura del proceso, evidentemente hay que concluir en que su deducción afectó el derecho de defensa y debe remediarse oficiosamente con apoyo en los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., con la disminución de la pena en la proporción justa y equitativa según las demás circunstancias tenidas en cuenta por los falladores y que no fueron objeto de cuestionamiento en la demanda.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 120 de 25 de octubre de 1994.

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de junio 3 de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a HECTOR HELI RUBIO DIAZ a 8 años de prisión por los delitos de lesiones personales y porte ilegal de armas de defensa personal.

Hechos y actuación procesal:

1. A la media noche del 23 de febrero de 1992 Héctor Helí Rubio Díaz y Ricardo Montoya arribaron a la caseta de Eloisa Rojas Bustos, ubicada en la calle 24 con carrera 1a. de Ibagué, mostrándose agresivos y groseros, motivo por el cual apareció el esposo de dicha dama acompañado por César Augusto Pradilla Vivas, quien hizo el correspondiente reclamo a la citada pareja ofensiva, procediendo entonces

Rubio Díaz a dispararle repetidamente con arma de fuego, impactando a Pradilla Vivas en regiones pélvicas e infraescapular, dejándole como consecuencias –dictaminó Medicina Legal–: "perturbación funcional del sistema nervioso central de carácter permanente", "perturbación funcional del órgano de la reproducción de carácter permanente", "perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente", "pérdida del esfínter anal", "deformación física de carácter permanente" y "perturbación funcional del órgano de la defecación de carácter permanente" (fls. 34 y 125-1). El revólver usado para herir carecía de salvoconducto.

Rubio Díaz lesionó así a Pradilla Vivas y emprendió la huída, teniendo más adelante un enfrentamiento con otra persona, a causa del cual resultó lesionado levemente con arma de fuego.

Pradilla Vivas y Rubio Díaz fueron conducidos entonces al Hospital Regional, donde la mencionada Eloísa reconoció al segundo como el autor de las dichas lesiones, razón por la cual Rubio Díaz fue allí mismo capturado.

2. El Juzgado 2o. Penal Municipal de Ibagué abrió investigación, recibió indagatoria de Rubio Díaz (fls. 17 y ss.-1, diligencia en la cual dijo que quien hizo los disparos fue su compañero Ricardo Montoya), practicó otras pruebas y decretó la detención preventiva del sindicado (fls. 38 y ss.-1).

La Fiscalía 25 Unidad de Previas y Permanente (vigencia del nuevo C.P.P.) mediante Resolución de julio 14 de 1992 (fls. 138 y ss.-1) profirió resolución acusatoria contra Rubio Díaz por los delitos de lesiones personales y porte ilegal de armas de defensa personal, de conformidad con los artículos 336 del Código Penal y 1o. del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

3. El Juzgado 1o. Penal del Circuito de la mencionada ciudad celebró audiencia pública el 9 de febrero de 1993 (fls. 45 y ss.-2) y dictó sentencia el 16 de febrero (fls. 64 y ss.-2), por medio de la cual condenó al acusado a la pena principal de 8 años de prisión y multa de $30.000.oo,

a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por igual término, al pago de perjuicios y negó la condena de ejecución condicional.

De ese fallo apeló el defensor del procesado, y el Tribunal, por medio del suyo que éste recurrió en casación, le impartió confirmación (fls. 100 y ss.-2).

La demanda:

El casacionista acusa la sentencia con fundamento en la causal segunda de casación (art. 220-2 C.P.P.), afirmando que a Rubio Díaz se le acusó sin reprocharle agravante alguna, pero se le sentenció atribuyéndole haber obrado, en cuanto al delito de lesiones personales, por motivos innobles o fútiles, de conformidad con el artículo 66-1 del Código Penal, deduciéndosele el aumento de pena respectivo.

De otro lado, en afirmación que ni en mínimo grado desarrolla, dice que el fallador "violó el principio de favorabilidad de que tratan los artículos 29 de la Constitución Política y 10 del Código de Procedimiento Penal" (fl. 9-3).

Estima que la pena a imponer debe ser de 5 años de prisión, y en esos términos demanda la casación de la sentencia.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que sí está bien deducida en la sentencia el agravante en cuestión, porque éste "pertenece al conjunto de las denominadas circunstancias genéricas de agravación punitiva. Modalidades que no afectan en manera alguna la descripción legal de la conducta por la cual el procesado es llamado a responder en juicio criminal y tan sólo entran en acción al momento de dosificar la punibilidad, ya que son criterios generales señalados por el legislador para que sirvan de guía al Juez en la individualización judicial de la punibilidad. Es decir, los contenidos de los agravantes genéricos no integran la estructura misma del hecho punible, sino que están por fuera

de él, pero se tienen en cuenta para regular la punibilidad del tipo por aspectos externos al mismo. Así se ve claro de la lectura en cada uno de ellos: obrar por motivos innobles o fútiles, o hacer nocivas las consecuencias del hecho punible, o la preparación ponderada del hecho punible. Por lo que apenas son aspectos de dosificación de la punibilidad, que debe considerar el Juez al conformar la sentencia del caso. No ocurre así con las circunstancias específicas para cada hecho punible, en donde las mismas integran el tipo para modificarlo, caso en el cual será necesario contar con la definición de la circunstancia específica desde la calificación del proceso" (fl. 10 cdno. Corte).

Hace la Delegada algunas consideraciones en torno a la pena aquí impuesta –dosificación que comparte– y en relación con la alegada favorabilidad dice que la aseveración que en este sentido hace el actor "no presenta ningún tipo de desarrollo, ni explica de qué manera se dio la presunta violación, se queda en un mero enunciado que no guarda relación ni concordancia con el cargo planteado y contradice la causal invocada. Por esta razón no procede ni amerita pronunciamiento de la H. Corte, pues, para efectos del extraordinario recurso (*sic*) de casación, se tendrá como inexistente por su falta de fundamento. El cargo no prospera" (fls. 51 infra y 52).

Consideraciones de la Corte:

Como son dos los cargos que en definitiva formula el casacionista al fallo de condena, a ellos separadamente se refiere la Corte:

1. Dice el libelista que como el funcionario al calificar el mérito del sumario no encontró causal de agravación de ninguna especie respecto de los dos hechos punibles imputados, la sentencia fue más allá de la resolución de acusación por cuanto afirma que el procesado "obró por motivos innobles o fútiles" al cometer el delito contra la integridad personal, con lo cual incurrió en la causal segunda de casación, invocada para que la Corte elimine del fallo esa circunstancia de agravación ilegalmente deducida y profiera el que ha de reemplazarlo.

A lo anterior responder la Delegada adversamente, pues en su sentir la causal segunda de casación se refiere a un tema distinto al planteado

en la demanda, toda vez que las circunstancias genéricas de agravación no varían la descripción legal de la conducta, tan sólo sirven de elemento acrecentador de la sanción.

Razón le asiste al representante del Ministerio Público en esta sede, pues es incuestionable que las denominadas circunstancias genéricas de agravación punitiva no trascienden en manera alguna la calificación dada a la conducta investigada. Su incidencia apenas tiene que ver con la discrecionalidad permitida en el artículo 61 del C.P. para partir por encima del mínimo señalado al momento de dosificar la pena correspondiente, operación que debe realizarse sólo en el momento de proferir el fallo, según lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte. Así las cosas, resulta improcedente la causal segunda de casación para remediar una irregularidad de tal naturaleza.

No obstante, aun cuando lo ideal en una recta administración de justicia es la claridad y precisión en la formulación de los cargos por los que se acusa a un procesado, el deducir en la sentencia circunstancias genéricas de agravación que impliquen conceptos valorativos sin haberlas señalado expresamente como tales, así no se mencionen las normas que las contienen, en el respectivo pliego de cargos constituye una lesión al derecho de defensa, pues no tuvo el procesado oportunidad alguna de cuestionar probatoriamente dicha imputación. El remedio, por ende,ha de ser a través de la causal tercera de casación y no de la segunda, pues ello no constituye modificación a la calificación jurídica dada al caso capaz de romper esa consonancia imprescindible entre el cargo y el fallo, pero sí tiene incidencia en el quantum punitivo, y por consiguiente en el derecho fundamental referido.

De la misma manera, si dichas causales fueron deducidas desde el pliego de cargos pero en forma errónea, ha de decirse que el remedio es la causal primera bien por la vía directa o la indirecta, según que la falla haya sido un problema de derecho o uno de apreciación probatoria.

Pero no es solamente ésta la falencia destacable en este reproche que el casacionista denomina "cargo único", pues al sustentarlo lo hace cuestionando el incremento dado por el concurso, olvidando las más

elementales reglas de la técnica casacional que excluyen la mezcla indebida de causales, toda vez que un reparo de tal naturaleza ha debido hacerse en cargo separado y por la causal primera vía directa, por falta de aplicación del artículo 28 del Código Penal que es el que regula "el límite de la pena aplicable en el concurso".

El cargo como ha sido planteado, forzosamente está llamado al fracaso.

2. El segundo reproche que enuncia la demanda, auncuando tampoco lo presenta separadamente, consiste en ser la sentencia "violatoria de la favorabilidad de que tratan los artículos 29 de la Constitución Política y 10 del Código de Procedimiento Penal".

Este cargo, como bien lo destaca la Delegada, además de la falla referida está huérfano de demostración alguna, pues no dice el actor cómo se dio esa violación, ni el mismo guarda relación lógica con la causal invocada. Olvida el actor, por lo demás que la favorabilidad apunta al tránsito de normas jurídicas aplicables al caso bien en forma retroactiva o ultractivamente, aspectos que ni siquiera se vislumbran en la demanda y menos en el proceso.

Así las cosas resulta imposible a la Sala avocar su estudio. El cargo se desecha de plano.

Siendo totalmente inepta la demanda, habrá de desestimarse como con acierto lo sugiere la Delegada.

La casación oficiosa:

Aun cuando para la Delegada el cargo relacionado con la agravación genérica deducida sólo en la sentencia "carece de todo fundamento jurídico en razón de que la circunstancia agravante de la conducta criminal desplegada por HECTOR HELI RUBIO DIAZ, el haber obrado por motivos innobles o fútiles, pertenece al conjunto de las denominadas circunstancias genéricas de agravación punitiva. Modalidades que no afectan en manera alguna la descripción legal de la conducta por la cual

el procesado es llamado a responder en juicio criminal, tan sólo entran en acción al momento de dosificar la punibilidad ya que son criterios generales, señalados por el legislador, para que sirvan de guía al juez en la individualización judicial de la punibilidad. Es decir, los contenidos de las agravantes genéricas no integran la estructura misma del hecho punible, sino que están por fuera de él, pero se tienen en la cuenta para regular la punibilidad del tipo por aspectos externos al mismo", lo cierto es que de todas las circunstancias referidas en el artículo 66 del C.P. hay algunas que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "objetivas", esto es, evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso, y con base en ello se ha sostenido mayoritariamente que no requieren de su mención expresa como agravante en la respectiva resolución acusatoria ni constituye violación del derecho de defensa su deducción debidamente fundamentada en la respectiva sentencia por las razones que destaca precisamente el señor Procurador, pues nadie puede sentirse afectado en sus derechos si en la sentencia se le agrava la pena por haber actuado, por ejemplo, con la complicidad de otro, o de noche, etc. si en la resolución acusatoria al narrar los hechos se mencionaron dichas circunstancias, así no se hubiesen considerado expresamente como agravación genérica de la conducta ni mencionado las normas que las contienen; y no puede ser de recibo ciertamente sostener, en tal evento, que el pliego de cargos no las contiene.

Sin embargo, no escapa a la Corte que en la norma referida existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como sería el caso del "motivo innoble o fútil" precisamente o "la preparación ponderada del hecho punible" o "el infortunio o peligro común", aspectos que pueden tener diferentes interpretaciones según la óptica con que se examinen y las circunstancias mismas que rodearon el hecho pudiendo ser objeto entonces de cuestionamiento en un momento determinado; de donde surge la necesidad de señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto, en el pliego de cargos o resolución de acusación en garantía del derecho de defensa para que pueda el procesado probatoriamente defenderse de esa imputación ya que de por sí su deducción le implica un incremento punitivo, así sea mínimo.

En el caso presente, observa la Sala que de la narración de los hechos que hiciera la Fiscalía en la resolución acusatoria no se desprende mención alguna de la clase de motivo que determinó la conducta del procesado; sólo vino a concretarse la fuctilidad del mismo en la sentencias de primera y segunda instancias con el argumento "que a una simple crítica o llamada de atención verbal no se puede responder a tiros", sin que se puntualizara qué entendió el juzgador por "simple crítica", ni en qué consistió la llamada de atención verbal (en el pliego de cargos se dice solamente "se limitó a reprocharle su actitud" sin indicar igualmente cómo), apreciaciones que si se hubiesen expresado claramente desde el pliego de cargos a lo mejor habrían dado base para ser desvirtuadas probatoriamente. Como no ocurrió así y fue una de las varias circunstancias tenidas en cuenta en el fallo sin posibilidad de aclaración alguna a esta altura del proceso, evidentemente hay que concluir en que su deducción afectó el derecho de defensa y debe remediarse oficiosamente con apoyo en los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., con la disminución de la pena en la proporción justa y equitativa según las demás circunstancias tenidas en cuenta por los falladores y que no fueron objeto de cuestionamiento en la demanda.

Con base en el artículo 61 del C.P. que señala "los criterios para fijar la pena" el Juez 10 Penal del Circuito de Ibagué consideró que en el presente caso se daban: la gravedad y modalidades del hecho punible, la personalidad del agente y la circunstancia genérica de agravación referida en el numeral 1o. del art. 66 del C.P. "obrar por motivos innobles o fútiles", con base en todo lo cual y según la discrecionalidad permitida en dicha norma no partió del mínimo señalado en el respectivo tipo penal básico, sino de seis (6) años de prisión, fundamentando debidamente los dos primeros aspectos: la gravedad y modalidades del hecho, en la pericia médico-legal obrante en autos donde se da cuenta de los daños irreparables a la salud de la víctima con pérdida de órgano y desfiguraciones permanentes; y lo segundo, la personalidad, en los antecedentes que igualmente obran en el proceso sobre la condena por hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas; y en cuanto al tercero, el motivo fútil, a pesar de haberlo fundamentado, no indicó un incremento específico por cada uno de ellos, como tampoco lo hizo el Tribunal al confirmar la sentencia, aún cuando destacó sí el hecho como "gravísimo" y la necesidad de no poder seguir "insensibilizados ante la imparable arremetida delincuencial de los últimos tiempos contra humildes

personas que como el aquí ofendido sin mayores medios de subsistencia, contaba sólo con su salud corporal para trabajar la madera y se ve ahora inutilizado y reducido a una silla de ruedas sin poder realizar siquiera normalmente sus funciones fisiológicas", de donde debe inferirse que el descuento por esta tercera circunstancia ha de ser muy poco: dos (2) meses de prisión, quedando entonces una pena definitiva de siete (7) años y diez (10) meses de prisión; las accesorias impuestas quedarán reducidas a este mismo término, y la pena pecuniaria que como principal se impuso, así como el monto de la indemnización y demás determinaciones adoptadas en el fallo no sufrirán modificación alguna.

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

Resuelve:

1. *Desestimar* la demanda presentada en este caso.

2. *Casar oficiosamente* y en forma parcial la sentencia recurrida únicamente en el sentido de suprimir del fallo la circunstancia genérica de agravación punitiva referida en el artículo 66-1 del C.P. ilegalmente deducida. En consecuencia, señalar como pena privativa de la libertad al procesado HECTOR HELI RUBIO DIAZ la de siete (7) años y diez (10) meses de prisión; término al cual quedan reducidas las penas accesorias impuestas.

3. En todo lo demás, queda sin modificación el fallo impugnado. En firme esta determinación, regrese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, "no"; *Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* (salvo parcialmente mi voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Con el mismo vigor intelectual de la mayoría que no cree en la bondad del planteamiento sigo sosteniendo que las circunstancias genéricas de agravación punitiva deben deducirse en la resolución de acusación y no en la sentencia, so capa de quebrantar el derecho de defensa. Y no de cualquier manera sino con su expresa mención y subsunción dentro de su correspondiente casilla legal con el examen de los presupuestos fácticos que le son propios y peculiares. No entiendo las cosas de otra manera pues sería tanto como discurrir sobre pulmonía sin ver el enfermo. Tampoco logro asimilar la artificial diferencia que hace la Sala cuando señala que algunas circunstancias requieren "de una valoración o análisis previos a su deducción" y otras no. Lamento no entender tan demoledora aseveración que a la manera de un concurso de méritos distingue entre circunstancias de mejor y peor familia para efectos tan trascendentales como el de la punibilidad. Confieso, en buen sentido, que sigo sin entender la dignidad del sistema que se he entronizado en este asunto y otros de parecida estirpe.

Están demás mis explicaciones y mis permanentes salvamentos y aclaraciones de voto en redor del asunto cuyas proposiciones llenan mejor el cometido que me he propuesto de tiempo atrás. Y sin pedir excusas por estas repeticiones –lo que es ya un privilegio– a tales ideas me remito aunque en veces ninguna ventaja representa disentir en nuestro mundo jurídico.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

La competencia para conocer en segunda instancia del suceder procesal, con posterioridad a la ejecutoria del fallo anticipado (negativa de rebaja de pena y libertad condicional) a que se refiere el art. 37 del C. de P.P., hoy bajo la modificación introducida por el artículo 3o. de la Ley 81 de 1993, mientras se crean los jueces de ejecución de penas está a cargo de "los superiores jerárquicos de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número 125 de 3 de noviembre de 1994.

Vistos:

Con apoyo en el artículo 68.5 del C.P.P., la Sala decide de plano *la colisión negativa de competencias* suscitada entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior de Antioquia en torno al conocimiento en segunda instancia del proceso adelantado contra PEDRO MARTIN LOPEZ MORALES por el delito de extorsión, modalidad de tentativa.

Antecedentes:

Un Juez Regional de Medellín condenó al señor PEDRO MARTIN LOPEZ MORALES a 41 meses y 20 días de prisión, como autor responsable del delito de extorsión, modalidad de tentativa, mediante sentencia proferida el 1o. de octubre de 1993 con arreglo al anterior artículo 37 C.P.P. (terminación anticipada del proceso).

El 22 de noviembre siguiente, el Procurador Judicial en lo Penal solicitó al Juzgado Regional darle aplicación, por principio de favorabilidad y según lo que puede interpretársele, a los artículos 3o. y 4o. de la Ley 81 de 1993, que modificaron el 37 C.P.P. y adicionaron el 37A, con lo cual el condenado tendría derecho a que se le redujera la pena en una tercera parte, por lo que en esta proporción debía adecuarse la sentencia.

No accedió el Juzgado a la pretensión, porque la reducción penológica prevista por los nuevos preceptos para el procesado que se acoja a la audiencia especial, al oscilar entre 1/6 y 1/3 parte, es discrecional y por lo mismo no obliga a hacer la rebaja en este máximo, por lo que la disminución de 1/6 parte sigue siendo la adecuada y suficiente.

En la misma providencia el Juzgado adoptó otras decisiones, como la de ratificar en la parte motiva la improcedencia del recurso de apelación interpueto por el procesado y su defensor contra la sentencia anticipada, señalando que la sentencia aprobatoria del acuerdo sólo puede ser impugnada por el Ministerio Público; le concede redención de parte de la pena por trabajo y mantiene su negativa a la petición del sentenciado y su defensor sobre detención domiciliaria, la cual en interlocutorio del 12 de noviembre anterior, que no fue recurrido, había sido denegada por no ser procedente, toda vez que se trata de una medida sustitutiva de la detención preventiva y no de la pena (fls. 282 y 283).

Luego, en providencia del 6 de abril del año que avanza, el Juzgado Regional despachó negativamente una nueva petición de reducción de pena formulada por el propio PEDRO MARTIN LOPEZ MORALES y además le negó la libertad condicional (fls. 311 a 315).

Recurrida esta decisión en reposición y subsidiaria apelación por parte del condenado, el Jugado Regional negó aquélla y concedió ésta para ante el Tribunal Nacional, en auto del 29 de abril citado, conforme a las previsiones del artículo 200 del C.P.P. (fls. 323 a 327 y 345).

El Tribunal Nacional, en providencia del 10 de agosto de 1994, se abstuvo de resolver el recurso por considerar que no era competente para

conocer en segunda instancia de procesos por delitos de extorsión, cuando la cuantía es inferior a 150 salarios mínimos mensuales (artículo 9o., numeral 4o., inciso 2o., de la Ley 81 de 1993, modificatorio del artículo 71 del C.P.P.), pues tal es el límite que el legislador le fijó a los Jueces Regionales para conocer en primera instancia de esa ilicitud.

Ordenó entonces la remisión del proceso al Tribunal Superior de Antioquia, por competencia tanto territorial como por el factor cuantía, no sin provocarle en la misma providencia *colisión negativa de competencia*, en el evento de que no acogiera sus puntos de vista (fls. 353 a 357).

El Tribunal Superior de Antioquia, en providencia del 29 de septiembre, expresa que no comparte aquellos argumentos. Considera que en este caso lo que se discute es la competencia para conocer del proceso de ejecución de la sentencia, el cual se halla regulado por normas específicas, sin tener en cuenta factores como la naturaleza del hecho y el lugar donde se cometió, los cuales sí interesan para determinar la competencia respecto del conocimiento del proceso de juzgamiento, que se rige por las reglas generales sobre la materia.

Señala este Tribunal que el artículo 609 del anterior C.P.P. le asignó al juez que conoció del proceso en primera o única instancia la competencia para la ejecución de la sentencia. Recuerda que con base en este dispositivo legal, la Corte dirimió un conflicto de competencia negativa suscitado entre un Juez del distrito judicial de Medellín, que había dictado la sentencia y otro del distrito judicial de Antioquia donde había ocurrido el hecho, señalando al primero como el competente para asumir la actuación atinente a la ejecución del fallo.

Sostiene el Tribunal de Antioquia que bajo el nuevo régimen procesal penal, la competencia en primera instancia para conocer todo lo relacionado con la ejecución de la sentencia radica en los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Pero, mientras empiezan a despachar, esas funciones judiciales "serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia en primera instancia" (C.P.P., artículo 15 transitorio), correspondiéndole la segunda instancia al superior jerárquico del juez que dictó la sentencia de primer grado (artículo 76 C.P.P.).

Afirma, entonces, que al no ser los tribunales de distrito judicial los superiores jerárquicos de los jueces regionales, y uno de éstos fue el que dictó la sentencia de primera instancia, no son los competentes para conocer en segunda instancia de sus decisiones o de las que profieran los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en procesos que aquéllos hubieren fallado.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal de Antioquia replicó también con negativa la competencia colisionada por el Tribunal Nacional en este proceso, y por consiguiente dispuso su remisión ante esta Corte, a fin de que se dirima el conflicto.

Consideraciones de la Corte:

El procesado PEDRO MARTIN LOPEZ MORALES actualmente descuenta pena de 41 meses y 20 días de prisión, que le fuera impuesta por un Juzgado Regional de Medellín en fallo anticipado proferido el 1o. de octubre de 1993, con arreglo a lo previsto en el artículo 37 del C.P.P.

Conforme a lo reglado en el citado texto legal, vigente para la fecha en que se profirió la sentencia aprobatoria del acuerdo, ésta sólo podía ser recurrida por el Ministerio Público, quien no lo hizo, por lo cual se está en presencia de una sentencia judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Le asiste razón jurídica al Tribunal de Antioquia al declararse incompetente para conocer en segunda instancia del suceder procesal, con posterioridad a la ejecutoria del fallo anticipado a que se refiere el citado artículo 37 del C.P.P., hoy bajo la modificación introducida por el artículo 3o. de la Ley 81 de 1993.

La solicitud de rebaja de pena por aplicación de ley más favorable y de libertad condicional que formuló el condenado al Juzgado Regional de Medellín, fue presentada luego de ejecutoriada la sentencia condenatoria que tal despacho profirió.

El Juez Regional resolvió esas peticiones, que por el momento procesal y la naturaleza del asunto le competirían a los jueces de ejecución

de penas (artículo 75 C.P.P.), pues en atención a las previsiones del artículo 15 transitorio, "Mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de jueces de ejecución de penas, las atribuciones que este código les confiere serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia de primera instancia".

Por lo mismo, como el Tribunal Nacional es el competente para conocer de la segunda instancia de las providencias que profieran los jueces regionales (art. 69.1 C.P.P.), y de igual manera la alzada de las de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad correrá a cargo de "los superiores jerárquicos de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia" (art. 76 C.P.P.), tiene que reconocerse que, como el superior jerárquico del Juez Regional de Medellín, quien fue el autor de la sentencia condenatoria de primera instancia, es el Tribunal Nacional, es éste y no el Triunal de Antioquia el llamado a resolver el recurso de apelación interpuesto contra decisiones posteriores al fallo (negativa de rebaja de pena y libertad condicional).

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

Resuelve:

1o. *Dirimir* la colisión de competencias suscitada, en el sentido de asignar el conocimiento del presente asunto en segunda instancia al Tribunal Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, corporación a la cual se le enviará el proceso.

2o. Copia de esta decisión remítase al Tribunal Superior del distrito judicial de Antioquia, para su información.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"*; Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"*; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FLAGRANCIA / CONFESION / REDENCION DE PENA

La flagrancia se da ante el sorprendimiento del infractor en el momento mismo de ejecución del suceder punible.

2. Para que la diminuente de la confesión halle su repercusión benigna para el procesado, es menester que sea el fundamento del fallo de condena, pues si el esfuerzo del Estado le permitió sentar las bases de la determinación adversa en otras pruebas diferentes, no habrá causa que justifique un beneficio que tiene como política criminal el incentivo de una colaboración con la justicia que sin ese aporte trascendental del imputado no hubiera obtenido el esclarecimiento del delito ni la identificación y sanción del responsable.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diez de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 126.

Vistos:

Cumplidos los trámites de rigor, le corresponde a la Sala decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado CRISTOBAL AMAYA VARGAS, en contra de la sentencia proferida el 17 de junio de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante la cual confirmó la de condena que a la pena principal de 60 meses de prisión le impusiera en primera instancia el Juzgado Penal del Circuito de Ramiriquí por el delito de homicidio en grado de tentativa.

Hechos y actuación procesal:

1. El 8 de abril de 1990 en horas de la tarde, después de naber concurrido al mercado en Rondón para vender sus productos y hacer

algunas compras, CRISTOBAL AMAYA y Jorge Arsenio López Arias regresaban a sus respectivas fincas colindantes ubicadas en la vereda Nueva Granada jurisdicción municipal de Rondón.

En el pasado, los dos vecinos habían protagonizado algunos altercados relacionados con los linderos de sus fincas, pero aparentemente habían quedado superados. En día de los hechos, AMAYA había partido del pueblo un poco antes, y al encontrarse en el camino con su vecino, luego de un cruce de palabras, disparó su arma contra Jorge Arsenio, causándole heridas en el brazo izquierdo y en el tórax que ameritaron su intervención quirúrgica.

2. El hecho fue investigado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Rondón, ante el cual se oyó en indagatoria a AMAYA VARGAS y al momento de resolverle su situación se profirió medida de aseguramiento por el delito de lesiones personales. Clausurada la investigación, el reexamen de los hechos condujo a su nueva adecuación como homicidio imperfecto, optándose en consecuencia por la revocación del cierre instructivo y la remisión del asunto al Juzgado dieciocho de Instrucción Criminal de Ramiriquí, cuya inconformidad redundó en una colisión negativa de competencia, definida por el Tribunal otorgando razón al Juzgado Municipal.

Asignado como consecuencia el asunto al Juzgado de Instrucción de Ramiriquí, se procedió al nuevo cierre de la instrucción, calificándose su mérito con resolución de acusación en contra del procesado por el delito de homicidio en grado de tentativa.

Conocería luego de la causa el Juzgado Penal del Circuito de Ramiriquí, que a su culminación emitió en contra del acusado fallo de condena, imponiéndole la pena principal ya conocida, las accesorias de ley y el deber de cancelar los daños y perjuicios causados con la infracción. La decisión fue sometida al recurso de apelación por la defensa, obteniendo confirmación por parte del Tribunal de Tunja. Esa última determinación es ahora motivo del recurso extraordinario de casación.

La demanda:

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia por la vía de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, ambos por violación directa de la ley sustancial. El primero por falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal sobre reducción de pena por confesión; y el segundo, porque no se reconoció en favor del defendido la atenuante de la ira causada por grave e injusta provocación (artículo 60 del Código Penal).

En el primer cargo sostiene el casacionista que no se tuvo e cuenta la confesión del acusado ni la diminuente punitiva, pese a que en la injurada hizo estas manifestaciones:

> "Me hice para atrás y el siguió ahí como estábamos sin soltarme, y así llegamos a la carretera... Yo me asusté más, entonces ya comencé a seguir de para abajo... Yo mucho asustado de ver que el hombre iba intentando contra mi vida y el siguió más duro contra mí y yo me asusté y disparé una vez, lo miré que no se detuvo y me dijo hágale más... Disparé dos veces más, se sostuvo y yo me fui".

Para el censor, ni el *a-quo* ni el Tribunal atendieron la anterior explicación confundiéndola con una defensa no alegada, desestimando la rebaja que correspondía a esa confesión con la sola consideración de que se daba una situación de flagrancia por la presencia de testigos (artículo 299 del Código de Procedimiento Penal) apreciación que se opone al pronunciamiento de la Corte del 17 de noviembre de 1988 con ponencia del Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel, según el cual: "No hay se reitera, la flagrancia cuando la víctima o terceros no descubren, al momento de ejecutarse el punible, su carácter delictivo".

La conducta de CRISTOBAL AMAYA no fue "sorpresiva", y en consecuencia la flagrancia no se daba. Por ello debió reconocerse en su favor la rebaja invocada.

En *el segundo cargo* se alega la inaplicación de la diminuente del estado de ira consagrada en el artículo 60 del Código Penal, acusando de nuevo la desestimación de la diligencia de indagatoria. Destaca que el lesionado había utilizado en contra de MAYA palabras soeces, además de aprisionarlo y causarle temor por ese hecho y por la petición reiterada para que dejara de seguirlo, así que: "...por parte de López, hubo una provocación tanto de palabras como de obra, en contra de AMAYA. Este hecho es indiscutible, tanto es así, que el mismo Tribunal lo reconoció". Sin embargo, el *ad-quem* adujo que faltaba establecer si la provocación había sido injusta y grave.

Lo afirmado por el procesado contradice al Tribunal, porque la grave provocación se demuestra con el resentimiento que existía entre los oponentes originado en un problema relacionado con la cría de una vaca que AMAYA tenía en compañía de la mamá de Arsenio López. El día de los hechos, encontrándose Arsenio embriagado, procedió a reclamarle a CRISTOBAL utilizando palabras ofensivas e intentando utilizar en su contra un cuchillo.

El Tribunal llegó a cuestionar la presencia del arma porque los testigos presenciales nada dijeron sobre su existencia ni se escuchó a Hernando Amaya, pero la obligación del Estado era la de procurar que el mencionado testigo compareciera; pues de otro modo tenía que aceptarse como creíble el dicho del imputado. Si los testigos presenciales no declararon sobre la presencia del cuchillo, fue porque no se les interrogó a ese respecto; omisión que en vez de perjudicar al acusado debió de favorecerlo.

La exposición termina solicitando de la Corte case la sentencia y reconozca en favor del imputado las rebajas del artículo 60 del Código Penal y de la confesión simple.

Concepto del Ministerio Público:

A juicio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, la demanda acusa deficiencias técnicas tanto en su alcance jurídico como en claridad, incurriendo en imprecisiones tales como la de mencionar la "causal

segunda" cuando parecería referirse más bien a un segundo cargo dentro de la causal primera.

La argumentación utilizada en el escrito resulta además confusa, pues el censor pretende excluir la situación de flagrancia porque la conducta del acusado no fue sorpresiva, siendo que el término utilizado por la jurisprudencia se relaciona con el sorprendimiento, falencia que presentan otras expresiones utilizadas para referirse a la obligación que tenía el Estado de llamar al testigo, agregando que de no existir prueba en contrario debió creerse al sindicado.

Pese a los defectos señalados, sobre un estudio individualizado de cada uno de los cargos la Delegada dice que en el *primero* el censor desatendió los requisitos de técnica, pues cuando el reproche se formula por la violación directa, implica que las pruebas se acepten de la misma forma como aparecen en el proceso y fueran apreciadas por los falladores. Pero el casacionista, por el contrario, funda la censura exclusivamente en la prueba para cuestionar la valoración que de ella hiciera la sentencia, método que corresponde a la otra forma de violación, la indirecta.

Por otra parte, de ninguna manera el acusado puede ser acreedor a la rebaja de pena por confesión, pues si bien es cierto que reconoció la comisión del hecho, también lo es que en su favor alegó haber actuado bajo la justificante de la legítima defensa, y en tales condiciones, según lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Corte en fallo del 8 de octubre de 1992 con ponencia del Magistrado Doctor Guillermo Duque Ruiz, no hay lugar al reconocimiento del beneficio, por cuanto esa manifestación no sería el fundamento de la condena, exigencia que aparecía consagrada en el artículo 301 del Decreto 050 de 1987 y que ha de entenderse predicable al artículo 299 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Recuerda el Ministerio Público que ello se explica en la medida que la rebaja de pena por confesión,

> "persigue la eficacia de la administración de justicia dentro de los límites de economía procesal, atendiendo un juzgamiento justo, lo cual se logra cuando el procesado ofrece su versión de

confesión facilitando el pronunciamiento judicial, pero no cuando lo dificulta, oscurece o exige un mayor esfuerzo personal en busca de la verdad necesaria para sentenciar. Ello ocurre cuando la confesión es cualificada como sucede en el caso sometido a examen en donde la versión del procesado se puede colegir que éste alega una presunta causal de justificación del hecho (legítima defensa) que constituye un excluyente de antijuridicidad, pues en tales eventos la negación de la responsabilidad plantea dificultades procesales y probatorias especiales. Además, ciertamente que en esencia no hay verdadera confesión cuando se pretende la exoneración de responsabilidad penal como en estos eventos".

Al no haber sido la confesión calificada del procesado CRISTOBAL AMAYA VARGAS el fundamento del fallo, pues en su contra obraron pruebas incriminatorias como el testimonio de la víctima, y los de Blanca Estrella Guerrero Arias señalándolo como autor de las heridas causadas con arma de fuego, considera que el cargo no debería desestimar.

En relación *con el segundo reproche* las observaciones críticas expuestas en el cargo anterior se le hacen igualmente predicables y suficientes para señalar su improsperidad. Dejándolas sin embargo de lado, añade que para el reconocimiento de la atenuación del artículo 60 del Código Penal (ira e intenso dolor), no bastaba con que el agresor hubiese actuado motivado por la ira, pues sólo el derecho puede valorar las conductas humanas que tienen una motivación justificativa, siendo suficientes los argumentos dados por el Juzgador de primera instancia para desvirtuar la atenuante invocada en el caso que se analiza.

Así las cosas, la Delegada estima que el cargo formulado tampoco puede prosperar; por lo cual se permite solicitar de la Corte no casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte:

Muy poco habría que agregarle a las críticas que el señor Procurador le hace a la demanda, y que desde luego la Sala acompaña, pues constituye notorio desacierto invocar como se ha hecho la causal primera de casación

por la vía directa, y pese a ello fundamentarla con un cuestionamiento a la prueba, como suece cuando se afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta el dicho del imputado en su indagatoria, porque cuando se invoca esa vía, la inconformidad radica exclusivamente en razones de derecho, sea porque se hizo aplicación al caso de una norma que no correspondía, ora porque dejó de aplicarse la que era adecuable, o porque acertando en la escogencia del precepto se le dio una interpretación o alcance equivocados, alegación que presupone una coincidencia plena con la situación de hecho que le sirve como fundamento a la sentencia.

De otra parte, genera incertidumbre la argumentación utilizada por el libelista *en el cargo primero*, cuando intenta controvertir los razonamientos con los que el *a-quo* negó la diminuente, fundando su disentimiento en una interpretación equívoca del pronunciamiento de esta Corporación según el cual "No hay... flagrancia cuando la víctima o terceros no descubren, al momento de ejecutarse el punible, su carácter delictivo". Como claramente se observa en la parte que el censor evoca, y que fue lo ocurrido en el presente caso: la fla-grancia se da ante el sorprendimiento del infractor en el momento mismo de ejecución del suceder punible, de donde se desprende la ajenidad del caso frente a la situación que describe y beneficia el artículo 299 del C. de P.P. que se acusa inaplicado.

Por otra parte y como ya la Sala ha tenido ocasión de advertirlo en precedentes casos, para que la diminuente de la confesión halle su repercusión benigna para el procesado, es menester que sea el fundamento del fallo de condena, pues si el esfuerzo del Estado le permitió sentar las bases de la determinación adversa en otras pruebas diferentes, no habrá causa que justifique un beneficio que tiene como política criminal el incentivo de una colaboración con la justicia que sin ese aporte trascendental del imputado no hubiera obtenido el esclarecimiento del delito ni la identificación y sanción del responsable.

Como en el caso de estudio ya se ha visto, la sentencia tuvo como asidero de la condena el dicho del propio ofendido que al sobrevivir al ataque delató ante las autoridades a su ofensor, y la versión de quienes como testigos presenciales vieron e identificaron, para luego señalarlo, a

CRITOBAL AMAYA como el material autor del resultado lesivo reprochable. Con ese fundamento, la admisión calificada de los cargos resultaba un agregado apenas contingente, y por lo mismo ajeno al reconocimiento de la diminuente que se busca, razón de peso y suficiencia para que la censura no prospere.

El cargo se desestima.

El *segundo reproche* en el cual el censor reclama el reconocimiento de la aminorante del estado de ira causado por grave e injusta provocación, corre suerte pareja con el anterior. El libelista no se ocupa de demostrar la violación directa aleada, sino que recurriendo a cuestionar aquellas pruebas que sirvieron de fundamento a los Juzgadores pretende apoyarse en el dicho del procesado y en los de algunos declarantes, esgrimiendo con ello argumentaciones que corresponden a la violación indirecta.

Pobre resulta además el fundamento que se añade, pues la censura se limita a señalar que AMAYA VARGAS se sintió provocado de palabra y obra, y para oponerse a las apreciaciones del Tribunal que interpretó el silencio de los testigos respecto de la tenencia del cuchillo en manos de Arsenio López, apenas conjetura que esa omisión de los declarantes se debió a que no se les interrogó al respecto, situación que debió favorecer y no perjudicar a su cliente.

Desatiende el censor, si es que al final se atenía a una violación indirecta de la ley, que estaba en la obligación de desvirtuar los fundamentos todos consignados en los fallos, donde se dijo que la reacción de AMAYA fue desproporcionada a cualquier estímulo y que

> "la prueba incorporada en este caso indica sin lugar a dudas la actitud de indisposición de los dos hombres por el hecho relacionado con la vaca de propiedad del acusado, hecho que si se mira retrospectivamente fue propiciado por AMAYA al increpar a la madre de Arsenio la muerte del precitado animal, luego el episodio protagonizado por el propio acusado fue el que dio origen a los hechos y entonces la relación de causalidad resultó a la inversa: el provocador fue el propio procesado. En

síntesis, la venganza y no la ira fue la causa de los hechos que se le imputan a CRISTOBAL AMAYA (fls. 458 y 459 cuaderno original)".

En esas condiciones, manteniéndose incólume lo afirmado por el Juzgador en el sentido de que la provocación partió del agresor que ya antes había ofendido a la madre de Arsenio López, mal podría alegarse la aminorante en su favor, porque sus presupuestos parten de una condición opuesta: el reconocimiento de que el estado de ira sólo es viable en favor de quien actúa movido por una injusta y grave provocación, desencadenante de una reacción instintiva violenta y difícilmente controlable.

Este cargo tampoco puede prosperar.

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

Resuelve:

No casar el fallo recurrido por el acusado CRISTOBAL AMAYA VARGAS.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, "no"*; Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS / LEGALIDAD DE LA PENA

Según el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, el Tribunal tenía limitada su función de examinar la sentencia condenatoria de primer grado, al no poder agravar la pena si el procesado era el único apelante. La razón era obvia. Si los otros sujetos procesales no manifestaron inconformidad alguna respecto del pronunciamiento judicial, no existía ninguna razón para que el fallo desconociera su aprobación tácita reformándolo incluso en su favor. Y es que si nadie está en desacuerdo con las sanciones impuestas, si las demás partes las consideraron justas y ponderadas, por ser fiel reflejo de la realidad procesal, queda sin pie cualquier fundamento para agravarlas.

Como quiera que el único descontento es el procesado, el reexamen necesariamente debe cumplirse mirando sus expectativas, por lo que cualquier reforma que deba hacerse indefectiblemente ha de cumplirse en su favor, salvo que sea un problema de legalidad de la pena. Tal es la esencia de la prohibición de la *reformatio in pejus*, consagrada en el artículo 217 del estatuto procedimental, principio que desarrolla en forma cabal el artículo 31 de la Carta, al fijar su entendimiento e inteligencia.

Varias precisiones, sin embago, merecen hacerse al texto del precepto constitucional. La primera es lo atinente con la pena. Esta ha de entenderse en su sentido amplio y lato, esto es, que debe estimarse la sanción en sí misma, individualmente considerada, y lo que pueda afectar en su duración o aplicación así como las consecuencias que de ella se puedan extraer, como sería el caso de revocar –sin razón jurídica ninguna– la condena de ejecución condicional o una diminuente, entre otros supuestos.

Ahora bien, es claro que el principio tiene plena aplicación siempre y cuando la imposición de la pena haya cumplido con la normatividad vigente para el caso y encuentre apoyo en la

realidad procesal. Es decir, premisa fundamental de su ejercicio es que el principio de legalidad haya sido observado con la escrupulosidad del caso. Si ello no es así, si la pena impuesta es violatoria de la ley, es deber ineludible del fallador realizar la corrección necesaria.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 125 de 3 de noviembre de 1994.

Vistos:

Decide la SALA sobre el recurso de casación interpuesto por el Procurador Judicial 17 Delegado ante el Tribunal Superior de Cundinamarca contra la sentencia proferida por esa misma Colegiatura, el tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y res (1993), confirmatoria en lo fundamental de la dictada por el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Fusagasugá mediante la cual halló responsable a *Luis Alfredo Riveros Delgado* de un delito de homicidio en concurso con uno de porte ilegal de armas de defensa personal, condenándolo a purgar la pena principal de veintiocho (28) meses y veinte (20) días de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional. Revocó el *ad-quem*, la absolución atinente con los perjuicios causados con el punible para en su lugar, fijarlos en "...la suma de ciento tres mil cuatrocientos ($103.400) pesos, más el equivalente a 150 gramos oro, los que se distribuirán proporcionalmente entre los herederos del señor ARCENIO MORA CUBILLOS".

Hechos:

En los siguientes términos los deja reseñados el Juzgador *a-quo:*

"Cuentan los autos que al comenzar la tarde del día 19 de febrero de 1988, en la Vereda Corrales de la comprensión

municipal de Pasca, LUIS ALFREDO RIVEROS DELGADO, quien venía resultando víctima de las mofas y asedios constantes por parte de Arcenio Mora Cubillos, *disparó contra su humanidad en el momento en que éste último lo agredía verbalmente y le esgrimía un cuchillo dejando como resultado su muerte minutos después. El arma de fuego no se recuperó y quien la llevaba no contaba con la licencia que para su porte, concede el Ministerio de Defensa Nacional".*

Actuación procesal:

Con fundamento en la denuncia instaurada por *María Nieves Vanegas* y el acta de levantamiento del cadáver de *Arcenio Mora Cubillos*, el Juzgado 50 de Instrucción Criminal de Fusagasugá abrió la correspondiente investigación. Luego de indagar a *Riveros Delgado* quien admitió la autoría del delito alegando haber obrado en legítima defensa y de recaudar diversa prueba testimonial, documental y pericial, el Juzgado 21 de Instrucción Criminal de aquella ciudad calificó el mérito sumarial profiriendo resolución acusatoria por el concurso delictual de homicidio y porte ilegal de armas. Reconoció el instructor el estado emocional de la ira que caracterizó el comportamiento del acusado.

Ejecutoriada la acusación, y luego de realizarse la audiencia pública, puso término a la primera instancia, el Juzgado 2o. Penal del Circuito de la ciudad de Fusagasugá condenando al implicado como autor de los referidos punibles. Fijó la pena de veintiocho (28) meses y veinte (20) días de prisión tras partir del mínimo previsto en el artículo 323 del Código Penal, reconociendo la aminorante punitiva de la ira y la *rebaja de pena por confesión*. Además, otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelada esta determinación *únicamente* por el defensor de *Riveros Delgado*, el Tribunal no halló ningún reparo en relación con la diminuente de la ira, pero encontró improcedente la *rebaja de pena por confesión* dada la situación de flagrancia en que operó la captura del procesado. Sin embargo, teniendo en cuenta la preceptiva del artículo 31 de la norma fundamental, no realizó el incremento consiguiente.

Contra esta decisión del Tribunal Superior de Cundinamarca alza su protesta, el Procurador Judicial 17 Delegado ante esa Corporación.

La demanda:

Un solo cargo eleva el actor bajo el auspicio de la causal *primera* de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusando violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 31 de la Carta, reproducido y desarrollado por los arts. 17 y 217 del C. de P.P., utilización "...que llevó al Tribunal a no corregir el yerro en que incurrió el *a quo* al conceder de manera improcedente la rebaja de pena por confesión (artículo 299 del C.P.P.), que trajo la imposición de pena en cantidad inferior al mínimo legal (arts. 29 de la C.N. y 1o., 60 y 323 del C.P.) y el indebido otorgamiento de la condena de ejecución condicional (art. 68 del C.P.).".

La interpretación errónea del *ad-quem*, afirma el censor, le hizo ver que "...la única excepción a la no *reformatio in pejus* se presenta cuando es vulnerado el principio de la legalidad de la pena al imponer una inferior al mínimo legal", restringiendo los eventos que pueden violar dicho principio y en los cuales no opera la prohibición del artículo 31 en cita. Tal ocurre en casos como la imposición de sanciones que no consulten los derroteros legales para su tasación (agravantes o atenuantes) o la imposición de penas a inimputables o de medidas de seguridad a imputables, ejemplos expuestos en la aclaración de voto hecha a la sentencia de dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Luego de recordar las cuatro garantías que se derivan del principio de *legalidad criminal* (no hay delito sin ley), *penal* (no hay pena sin ley), *jurisdiccional* (sólo el juez puede aplicar las penas legales a través de un juicio legal) y *ejecutiva* (las penas se ejecutan conforme a la ley o el reglamento respectivos), en cualquiera de cuyos supuestos es posible quebrantar el principio de reserva, advierte que en el caso de autos ello sucedio judicialmente "...en la actividad intelectual de determinación de la pena al fijarse una inferior al mínimo legal... porque el *a-quo* concedió una rebaja improcedente".

Aclara que el fallador de primera instancia se equivocó al reducir la sanción con fundamento en el artículo 299 del C. de P.P., asegurando que el procesado confesó el hecho en su primera versión y no fue capturado en flagrancia, pues aunque es cierto que no fue aprehendido cuando perpetraba los delitos sí hubo testigos presenciales que lo señalaron inequívocamente como el autor de los mismos.

A continuación afirma que esta rebaja, aunque no es una circunstancia específica de atenuación punitiva, sí tiene incidencia en la cantidad de pena impuesta y se otorga en ejercicio de la garantía judicial que integra el principio de reserva. El yerro del fallador consistió, por consiguiente, en fijar un correctivo inferior al mínimo legal no por la vía "...de las circunstancias específicas de atenuación punitiva o de los 'fundamentos modificadores de los límites de la pena', sino por la vía de la rebaja (referida al juez o pena imponible) que en la sentencia de primera instancia se vulneró el principio de la legalidad de la pena al conceder la reducción (art. 299 del C. de P.P.) improcedente".

Cuando el Tribunal recalca que en este evento "no se desconocieron los límites punitivos previstos en los tipos penales", a su juicio está considerando que sólo con el quebranto de las normas del C.P. es factible vulnerar el principio de reserva. Sin embargo, también puede resultar desconocido con la transgresión de otras disposiciones sin interesar el ordenamiento sustancial o procesal donde se hallen insertas. Lo definitivo es que con su improcedente aplicación se desconozcan los límites punitivos fijados por el legislador.

Si el Tribunal hubiese corrigo el desacierto de primera instancia ajustando la pena a los límites legales, no habría transgredido el artículo 31 de la Carta Política, ya que "ante una pena cuantitativamente ilegal es deber del *ad-quem* tasar la correcta", sin que el ajuste resultante implique agravación, sino la corrección de un yerro judicial. Luego de traer en su apoyo a Manzini recuerda en el mismo sentido a la *Corte* (Casación de 29 de julio de 1992) en su afirmación de que el artículo 31 de la Carta no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de los confines de la juridicidad.

Por consiguiente, precisa, tanto el principio de legalidad de las personas como la *reformatio in pejus* no se oponen sino que se complementan, dado que éste descansa en aquel. Por consiguiente, al no existir la base en la cual se apoya, no hay fundamento para dar aplicación al artículo 31 de la Carta. "No es que se esté desconociendo este precepto sino que es imposible acudir a él por sustracción de materia". Una vez corregido el yerro, entonces si se torna operante la *reformatio in pejus*. Antes no porque el artículo no puede servir de protector de violaciones a otros preceptos constitucionales.

> *"En sentido estricto no se estaría agravando la pena, pues debe imponerse la cantidad consagrada en la ley. Jurídicamente no hay aumento, sino la corrección de un yerro judicial que lleva a imponer al acusado la pena mínima prevista en la ley para el homicidio simple (doloso) cometido en estado de ira".*

Por lo demás, concluye el libelista, aunque "el principio de reserva es una garantía para el procesado de que no se le impondá una pena en cantidad y calidad distinta a la prevista por la ley", es de ver, que el mismo "también es una garantía con rango constitucional para los asociados de que no se dosificará pena inferior al mínimo ni superior al máximo legal". Por tanto, la tesis del Tribunal conduce a que violaciones a la Carta se prolonguen indefinidamente, bien que existen mecanismos para impedirlo como la excepción y la acción de inconstitucionalidad, a la que se agregan las derivadas de los artículos 29 y 31, porque ante una pena cuantitativamente ilegal es deber del *ad quem* tasarla en forma correcta.

En estas condiciones, pide el censor la casación parcial de la sentencia impugnada, en el sentido de revocar la decisión que reconoció la rebaja de pena por confesión y proceder al ajuste de la misma.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Para el representante del Ministerio Público, aunque es cierto que el fallador de segunda instancia advirtió la sinrazón de las consideraciones del *a quo* en punto del reconocimiento de la rebaja de pena por confesión,

de todas maneras, la Colegiatura *ad quem* tenía limitada su actividad revisora.

De un lado, afirma la condición de "único apelante del sentenciado", y del otro, la reforma procesal introducida por la Ley 81 de 1993 que en su artículo 34 limitó la facultad revisora del superior exclusivamente a "los aspectos impugnados", completándose de esta forma "la estructura del principio que impide la *reformatio in pejus*, pues sólo cabe decidir sobre la materia específica respecto de la cual el recurrente expresa su inconformidad".

Pero, además, controvierte el Procurador Delegado:

> *"No es cierto que, con la rebaja de pena por confesión tal y como lo hiciera el Juzgado del conocimiento, se hubiere impuesto una pena en cantidad inferior al mínimo legal como lo asevera el actor, ya que el* a-quo *reconoció la rebaja punitiva, precisamente por considerar que se reunían los* requisitos legales *para ello. Para ese efecto en la transacción punitiva partió de los 40 meses de prisión que debían imponerse, luego del descuento por la aplicación del art. 60 del C.P., para reducir en una tercera parte por confesión, de acuerdo con lo previsto en el art. 299 del C.P. para arribar a un subtotal de 26 meses y 20 días, quantum que se incrementó en dos meses más por el porte ilegal de armas, proceder permitido y ordenado por la ley.*
>
> *"En estas condiciones, el haber impuesto una pena inferior al mínimo de los diez (10) años previstos en el art. 323 del C.P., no constituye ilegalidad como lo pregona el demandante, porque se tiene que en reiterados fallos de mayoría la Corte se inclina por 'restringir el tema de la ilegalidad de la pena al quebranto de los mínimos o máximos autorizados por laley, o la determinación de una prevista en el repertorio de las que trae el C. Penal' (C.S. de J. Abril 28 de 1993".*

Inclusive, en opinión de la Delegada, la inquietud del censor no es más que la discrepancia sobre una situación fáctica-probatoria de comisión

del delito: La flagrancia o no en que se produjo la captura del implicado, aspecto sobre el cual variadas son las tesis de ese instituto. Por eso, para el caso en estudio, concluye:

> *"Ante el sentido que cobra el artículo 11 (sic) de la Carta, en el desenvolvimiento jurisprudencial, es claro que no cabe decir que hubo falta de aplicación del texto, ya que lo decidido se amolda a los criterios que hata ahora mantiene la Corporación al respecto. Y ni aún planteándolo como en nuestro sentir debió hacerse: con violación indirecta por error de apreciación de los hechos y el significado atribuido a ellos, por el juzgador de las instancias, se tendría éxito como que el criterio de la jurisprudencia lo impide, ante la evidencia de que no se trata de un error de legalidad de la pena, sino de un juicio diverso sobre la flagrancia que hace legal (aunque pudiera ser un error sobre la concepción de los hechos conformantes de la flagrancia) la decisión de primera instancia. Por esta última razón, cae el argumento del recurrente relativo a la ilegalidad de la penalidad deducida por el sentenciador de primera instancia".*

Pide, por consiguiente, no casar la sentencia impugnada.

La Corte:

1. Según el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, en cuya vigencia se profirió la revisión en segunda instania de la sentencia impugnada, el Tribunal tenía limitada su función de examinar la sentencia condenatoria de primer grado, al no poder agravar la pena si el procesado era el único apelante. La razón era obvia. Si los otros sujetos procesales no manifetaron inconformidad alguna respecto del pronunciamiento judicial, no existía ninguna razón para que el fallo desconociera su aprobación tácita reformándolo incluso en su favor. Y es que si nadie está en desacuerdo con las sanciones impuestas, si las demás partes las consideraron justas y ponderadas, por ser fiel reflejo de la realidad procesal, queda sin pie cualquier fundamento para agravarlas.

Como quiera que el único descontento es el procesado, el reexamen necesariamente debe cumplirse mirando sus expectativas, por lo que cualquier reforma que deba hacerse indefectiblemente ha de cumplirse en su favor, salvo que sea un problema de legalidad de la pena. Tal es la esencia de la prohibición de la *reformatio in pejus*, consagrada en el artículo 217 del estatuto procedimental, principio que desarrolla en forma cabal el artículo 31 de la Carta, al fijar su entendimiento e inteligencia.

2. Varias precisiones, sin embargo, merecen hacerse al texto del precepto constitucional. La primera es lo atinente con la pena. Esta ha de entenderse en su sentido amplio y lato, esto es, que debe estimarse la sanción en sí misma, individualmente considerada, y lo que pueda afectar en su duración o aplicación así como las consecuencias que de ella se puedan extraer, como sería el caso de revocar –sin razón jurídica ninguna– la condena de ejecución condicional o una diminuente, entre otros supuestos.

Ahora bien, es claro que el principio tiene plena aplicación siempre y cuando la imposición de la pena haya cumplido con la normatividad vigente para el caso y encuentre apoyo en la realidad procesal. Es decir, premisa fundamental de su ejercicio es que el principio de legalidad haya sido observado con la escrupulosidad del caso. Si ello no es así, si la pena impuesta es violatoria de la ley, es deber ineludible del fallador realizar la corrección necesaria. En este sentido, le asiste razón al censor cuando advierte que la *reformatio in pejus* resulta aplicable luego de examinarse el referido esquema de legalidad, pues sólo a partir de allí, es obligatorio mantener el fallo impuesto en todo lo que le sea favorable.

De lo anterior se colige con claridad que la interpretación jurídica que haga el juzgador de un fenómeno procesal, es de por sí un juicio de valor que como tal, y siempre que encuentre respaldo procesal y probatorio, no viola la ley en ningún caso. Por consiguiente, si favorece los intereses del procesado, el fallador de segunda instancia se encuentra obligado a respetarlo, aun cuando su criterio sea diferente.

3. En el caso de la especie es claro que el defensor de *Riveros Delgado* fue el único sujeto procesal que recurrió en apelación ante el

Tribunal, por lo que norma del artículo 31 de la Carta cobijaba sin duda alguna al acriminado. Por tanto, si la sanción impuesta observó los requisitos y presupuestos legales para deducirla, le estaba vedado al Tribunal modificarla en cualquier sentido que agravara su situación jurídica.

Teniendo en cuenta lo anterior, la inquietud del censor sería válida si en verdad la tasación punitiva de la sentencia de primera instancia fuera arbitraria y de suyo completamente insostenible frente a la sistemática penal. Repasado el texto dedicado a la "punibilidad", definitivo resultó que el mínimo punitivo de diez años de prisión marcaría el linde inicial, dada la concurrencia sólo de circunstancias de atenuación punitiva, como lo fueron, su buena conducta anterior y el haber obrado en estado de emoción. Luego, el Juzgado hizo el reconocimiento de la rebaja de pena por confesión, pues el inculpado "confesó el hecho ante una autoridad jurisdiccional en su primera versión, y además no fue capturado en flagrancia". Al surtirse la segunda instancia, el Tribunal encontró ajustada a derecho la condena impuesta y como tal la confirmó.

Como bien se ve, no se ha violado el principio de legalidad de las penas pues ellas fueron impuestas de acuerdo con lo prescrito en la normatividad vigente. Escrupulosamente, teniendo en cuenta la realidad procesal, los falladores dictaron la sanción que correspondía, sin apartarse del mandato legal, presentándose divergencias de interpretación y nada más, que, de todas maneras no trascendieron en la decisión tomada por el superior, dado que le impartió la confirmación correspondiente. No puede, por consiguiente, alegarse ninguna falencia al respecto.

Diferente hubiera sido el caso si, en abierto desobedecimiento de la ley, el fallador de segundo grado hubiese hecho imperar su criterio, reformando la sentencia del inferior aunque ello hubiese significado desmejorar la situación del infractor al acrecentarse su situación punitiva. Ello no fue así.

4. En este orden de ideas y no teniendo el recurrente razón en el reproche presentado a consideración de la *Sala*, el libelo ha de rechazarse.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA

Tanto la admisión como el decreto de pruebas en el curso del proceso penal se hayan sometidos a los principios de legalidad, necesidad, libertad, oportunidad, publicidad, contradicción y conducencia, a través de los cuales se garantizan los derechos a la intimidad y a no autoincriminarse, el de igualdad de oportunidades, la imparcialidad y la lealtad en la búsqueda de la verdad como pilares del debido proceso y fundamentos del estado de derecho y la credibilidad en la justicia.

Dentro de esa estructura se comprende que la aportación de las pruebas cuente con oportunidades definidas y preclusivas que al mismo tiempo garanticen la oportunidad de su conocimiento y debate, como aseguren la imposibilidad de un sorprendimiento de los sujetos procesales.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda* .

Aprobado Acta número 126.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de alzada interpuesto por el Delegado de la Fiscalía ante el Tribunal Nacional en contra de la negativa del juzgador para la admisión parcial de las pruebas aportadas en el curso de la audiencia pública seguida en contra del procesado JORGE EDGAR SANDOVAL RINCON, a quien se sigue la presente causa por hechos cometidos durante el desempeño del cargo de Fiscal Regional.

Antecedentes:

El 2 de noviembre de 1993 formuló la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional resolución de acusación en contra del implicado, imputándole el delito previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, por haber facilitado la evasión del individuo que respondía al nombre de Andrés Téllez, persona que al parecer concurrió a la práctica de una diligencia de allanamiento adelantada por el ahora procesado, infracción cometida en concurso con el delito de prevaricato activo radicado en la expedición de la orden de entrega de la avioneta HK 3568 que se hallaba inmovilizada –Folios 279 y siguientes del cuaderno No. 3–.

Mediante auto de enero 11 de 1994 que seguía las pautas del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal corrió traslado en la causa a los sujetos procesales, recibiendo solamente del defensor una solicitud para la práctica de pruebas. La Procuraduría Judicial pidió a su vez se decretara la nulidad de la providencia de la Fiscalía, que en atención a vigencia de la Ley 81 de 1993 modificó lo atinente con la reapertura de la investigación, modificándola para ordenar la preclusión de la instrucción respecto del delito de cohecho propio.

Mediante auto del 18 de marzo de 1994, el *a-quo* admitió y dispuso la práctica de las pruebas solicitadas por el defensor, al tiempo que se abstuvo de decretar la nulidad planteada por el Ministerio Público, decisión ésta última sometida al recurso de alzada, y confirmada en esta Corporación.

Siguiendo el curso del proceso, mediante auto del 8 de junio fijó el Tribunal la fecha para la diligencia de audiencia, a la cual dio inició el día 30 de ese mes, suspendiéndola y reiniciándola los días 6 de julio y agosto 8 respectivamente. Durante estas sesiones se recepcionaron los testimonios del doctor Gustavo García Melo, los de los capitanes Henry Arturo Ruiz Molina y Nicolás Muñoz Martínez y el de Javier Narciso Estrada.

Reiniciado nuevamente el debate el 17 de agosto, la presidencia dispuso que ante la ausencia de los testigos Andrés Téllez y María Elena

Buitrago, previamente convocados, se terminaba la práctica de pruebas, admitiendo sí las documentales relacionadas con la actuación preliminar radicada 18186 surgida de una orden precedente, y recibidas de la Dirección Regional de Fiscalías en copia autenticada. Luego, obedeciendo lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del Código de Procedimiento Penal se dio traslado de esa determinacón a los sujetos procesales, sin que por parte de los allí intervinientes se hubiesen presentado objeciones o solicitud adicional.

Agotada de este modo la práctica de pruebas, con sujeción al artículo 451 *ibídem* –folio 210–, se concedió el uso de la palabra por una vez a la Fiscalía Delegada, y ésta manifestó que previa cualquier consideración hacía entrega para ser considerados como medios probatorios de los siguientes documentos:

a) Certificación expedida por el Jefe de Secretaría común de la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá sobre las preliminares 014, radicadas bajo el número 18186 en relación con la incautación y entrega de la avioneta HK 3558, y

b) Documentos encaminados a la individualización de Andrés Téllez, a saber: tarjeta decadactilar, copia de la escritura 1932 de la Notaría 9a. del Círculo de Bogotá donde figura como el propietario del inmueble donde se llevó a cabo el allanamiento que generó la investigación presente, y una constancia del Juzgado 49 del Circuito Penal donde se afirma que en contra del nombrado existía orden de captura vigente desde abril de 1987. Tanto la escritura como la constancia del Juzgado aparecen expedidas en junio 30 de 1994.

La Sala del Tribunal, luego de deliberar, encontró que si bien era cierto, de lo dispuesto en el artículo 448 inciso 2. del Código de Procedimiento Penal se hacía viable aceptar las pruebas aportadas antes de la culminación de la audiencia, su procedencia dependía de que surgieran de probanzas evacuadas en la oportunidad contemplada en esa disposición.

De este modo y en cuanto a las propuestas por el Fiscal, tan sólo los documentos relacionados con la avioneta podían aceptarse, ya que se

encaminaban a desvirtuar afirmaciones hechas en desarrollo de la etapa probatoria agotada en el curso de la audiencia, y relacionadas con las evacuadas en ese momento procesal.

Por el contrario, los documentos que apuntaban a la individualización de Andrés Téllez, no derivaban de los medios recepcionados en esa vista pública, y por tratarse de nuevos elementos que la Fiscalía pretendía hacer valer en hora postrera debían rechazarse, pues de llegar a aceptarse vendrían a vulnerar el derecho de contradicción.

Notificado en estrados, el Fiscal interviniente interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de alzada, argumentando que no debe considerarse el aporte de la prueba como inútil o tardío, y mucho menos que la disposición que se invoca haga exclusiva referencia a los medios probatorios directos, ostensibles o evidentes; pues también ha de entenderse respecto de todas las pertinentes y útiles al proceso y que tiendan al esclarecimiento de los hechos.

Recuerda que de la prueba testimonial recepcionada en la audiencia y en la etapa instructiva, tanto los capitanes que intervinieron en el operativo, el mismo Doctor Sandoval, su asistente de nombre Narciso; así como de la prueba trasladada donde aparecen las manifestaciones del sastre señor Geren y del portero del edificio, se hace mención al nombre de Andrés Téllez pero como si se tratara de una imagen fantasmal. Una duda tan grande añade, no debe permitirse en un proceso penal, máxime cuando la condición personal que muestran los documentos aportados puede estar relacionada con el desaparecimiento que del lugar de los hechos hiciera el controvertido personaje.

De otra parte, esa figura ha sido esgrimida como columna vertebral de la defensa al afirmar, que se presentaría a declarar en el proceso disciplinario y en la audiencia de esta causa, pretendiendo en ello el acusado forjar la ausencia de compromiso en la infracción que le fuera endilgada, cuando la verdad es que el mencionado Téllez de ninguna manera iba a comparecer. Tampoco se concibe que un sistema como el imperante de tendencia acusatoria pueda "quedar amarrado a formalidades matemáticas cuya aplicación estricta y taxativa, niega la posibilidad de

la finalidad de cualquier proceso, como es el esclarecimiento de los hechos". Por otra parte, debe el juez como rector de la diligencia de audiencia adoptar las determinaciones que considere necesarias para lograr los fines antes dichos.

Del recurso de reposición se dio traslado a los sujetos procesales, que guardarían silencio. Entonces el Tribunal desestimó el recurso frente al principio de preclusión por eventualidad, ya que la aportación de las pruebas operó por fuera del momento que fijaba el procedimiento.

Argumenta el *a-quo* que el primer momento para la aportación de pruebas en el juicio aparece consagrado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal –dentro del traslado allí previsto–, y como única excepción, lógica dentro de la dinámica del juicio, el inciso 2o. del artículo 448 fija una última ocasión respecto de aquellas pruebas que solicitadas antes de concluir la audiencia, tuvieren relación con las ordenadas y practicadas en esa fase del proceso.

Lo anterior indica –al contrario de cuanto entiende la Fiscalía–, que no existe una amplia e ilimitada facultad para introducir en el proceso pruebas por fuera de las oportunidades superadas, pues con ello se atentaría contra el derecho de contradicción, y se reduciría el de defensa a un mero enunciado teórico sin contenido material. Igualmente, resulta inaceptable invocar las facultades del director de la audiencia para que en su desarrollo y por fuera de los límites ya vistos se acoja una propuesta extemporánea. Al tiempo que se desestimó la reposición se concedió la apelación interpuesta de manera subsidiaria.

Consideraciones de la Corte:

Como acertadamente lo observa el Tribunal, tanto la admisión como el decreto de pruebas en el curso del proceso penal se hallan sometidos a los principios de legalidad, necesidad, libertad, oportunidad, publicidad, contradicción y conducencia, a través de los cuales se garantizan los derechos a la intimidad y a no autoincriminarse, el de igualdad de oportunidades, la imparcialidad y la lealtad en la búsqueda de la verdad como pilares del debido proceso y fundamentos del estado de derecho y la credibilidad en la justicia.

Dentro de esa estructura se comprende que la aportación de las pruebas cuente con oportunidades definidias y preclusivas que al mismo tiempo garanticen la oportunidad de su conocimiento y debate, como aseguren la imposibilida de un sorprendimiento de los sujetos procesales.

No ajena a esa estructura, la etapa de la causa fija expresa y taxativamente las oportunidades y requisitos propios para esa actividad, otorgando a lo intervinientes procesales como ya en forma repetida lo ha sostenido la doctrina de esta Sala "...en primer término el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal y luego, en la audiencia pública, una vez concluida la práctica de las decretadas para evacuar dentro de la misma. Si ninguno de los intervinientes considera que como consecuencia de las anteriores surjan otras, entonces precluye la oportunidad legal para solicitar pruebas. Las que demanden las partes en el momento de su intervención de fondo, no podrán ser consideradas por el juez, ya que por su extemporaneidad, de ser atendidas, se violaría ostensiblemente el mandato constitucional ya visto" –artículo 29 de la Carta Política– (cfr. providencia de julio 27 de 1994, Magistrado ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Desde este aspecto resulta pertinente resaltar que cuando el impugnante solicitó que se tuviesen como pruebas algunos elementos que a su juicio esclarecían el debate, la Presidencia de la audiencia apenas terminaba de dar por precluída la etapa probatoria y de notificar a las partes en estrado, de modo que si el acto inmediatamente subsiguiente fue la petición del Delegado para que a aquellas se incluyeran las que presentaba, dicha solicitud podía interpretarse cuando menos a manera de reposición, y bien parece que en tal sentido lo acogieron los asistentes al debate porque ningún reparo hicieron al respecto, pues no se olvida que la Sala acogió parcialmente aquellos medios, aspectos que si bien no resulta objeto de la alzada, importa descollar en cuanto se hace común a la adjunción de pruebas su "oportunidad".

Sobre este aspecto también la Sala había dicho que

> "...si lo esencial del derecho probatorio radica en la aducción de la prueba y la publicidad y contradicción de ésta, debe el

> medio probatorio proponerse inexorablemente antes de la intervención de las partes que, como se recordará, es por una sola vez" (Providencia de octubre 19 de 1993, Magistrado ponente Dr. Dídimo Páez Velandia),

y aún añadido cómo:

> "...de la ordenada secuencia que establecen los artículos 448 a 451 del Código de Procedimiento Penal resulta un inalterable orden y una ocasión precisa para el recibo de pruebas en la audiencia, pues si bien es cierto que allí se autoriza practicar aquellas decretadas con antelación y aún aquellas que surgieren "necesarias para el esclarecimiento de los hechos", *la oportunidad para pedirlas y decretarlas tenía que anteceder a la intervención oral de las partes (arts. 449 y 451), pues a ésta se procede "Concluida la práctica de pruebas", siendo ese el orden legal y lógico que impera y no otro, si es que en realidad se quiere respetar el derecho constitucional que asiste para la controversia de los medios"*. (Providencia de agosto 25 de 1994, ponencia del mismo Magistrado que aquí cumple igual función).

No siendo, sin embargo, el único requisito superable el de la oportunidad de la solicitud o la adjunción de medios, lo que llevó al Tribunal a su rechazo fue la estimación de que el certificado emanado del Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá, la fotocopia de la tarjeta de preparación de la cédula expedida a ANDRES TELLEZ y la fotocopia de la ecritura 1932 que ofrecía el acusador tampoco se derivan de los medios recepcionados en el curso de la vista, motivo por el cual podían considerarse como "verdaderos nuevos elementos de juicio".

La referencia, por supuesto, remitía al condicionamiento contenido en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto siendo ésta la última ocasión de hacer aportes probatorios, no la de iniciarla o prolongarla, resulta comprensible la exigencia de que sean medio suscitados más por la necesidad de controvertir los arrimados en esa última etapa, que por la de introducir innovaciones que distraigan el debate o aún procuren con deslealtad el sorprendimiento de las partes.

Connotada esta advertencia se observa en la sustentación del recurrente que el objeto de las pruebas rechazadas en la audiencia no era otro que el de acreditar la verdadera identidad del ANDRES TELLEZ a quien distintos declarantes referían pero sin la aportación de otros datos, al punto de haberse pretendido su existencia como la de una "imagen fantasmal" bajo la cual lograron imponer en un principio sus exculpaciones como coartada ante la Fiscalía Regional.

La explicación impone recordar que justamente uno de los cargos por los cuales responde el acusado se hace consistir en la violación del artículo 39 de la Ley 30 de 1986 al facilitarse por el doctor JOSE EDGAR SANDOVAL RINCON la evasión de TELLEZ pese a su sorprendimiento flagrante conservando una cantidad de heroína descubierta en el curso de diligencia de allanamiento practicada en su apartamento (cfr. hoja 13 y siguientes de la resolución de acusación –cuaderno 3 folio 279 y ss.–).

En el memorial solicitud de pruebas presentado en la causa por el señor defensor del procesado se incluyeron como medios decretados luego por el Tribunal varias ampliaciones y recibo de testimonios, incluido el del propio TELLEZ bajo la afirmación de que se pretendía probar que durante la diligencia de allanamiento no existió incriminación alguna en su contra y que mucho menos se le sorprendió en flagrancia.

En el curso de la diligencia de audiencia intervino el acusado doctor SANDOVAL RINCON y en sus respuestas a la Sala hizo énfasis en cuanto a la conducta asumida en el caso del señor TELLEZ advirtiendo que los únicos sorprendidos en tenencia de fármacos habían sido "Prudencio" y Pedro Nasser, admitiendo que mientras se localizó en una de las alcobas del apartamento, el citado TELLEZ se evadió con Nasser, dando lugar a que ordenara por radio su captura, siendo lograda solamente la del último de los nombrados. Rindieron también declaración los Capitanes Nicolás Ramsés Muñoz y Henry Arturo Ruiz, coincidiendo sobre la presencia e intervención de TELLEZ en el curso del allanamiento sin suministrar datos sobre la identidad de éste sujeto pero afirmando que se trataba del ocupante del apartamento donde se realizó la diligencia, y del cual logró evadirse después de haber prestado colaboración para que al sitio concurriera Nasser o Boutros Kaisser quien por poco logra también eludir

la acción de las autoridades. En la versión del último de los nombrados se apunta que por el apremio y la tensión de la diligencia ni siquiera recuerda si al sujeto conocido como ANDRES TELLEZ, quien se presentó como el esposo de una señora embarazada que se hallaba en el apartamento y sólo concurrió cuando la diligencia estaba en curso, se le identificó debidamente, añadiendo sí que por ese nombre se refirieren a tal individuo "Prudencio" y Nasser.

A su vez, el auxiliar de la Fiscalía señor Javier Narcizo Estrada al referirse a la persona que ingresó al apartamento cuando ya se hallaba en curso la diligencia, inicialmente ni siquiera la identifica por nombre sino con la siguiente descripción: "trigueña, alta, fornida con acento como costeño" que al parecer era el esposo de doña María Victoria la mujer que atendó al personal de policía, pero con quien no llegó a dialogar pero ni siquiera a identificar, pese a que el testigo era quien mecanografiaba el acta de la diligencia, dado por todo dato que la mujer se refería a aquel con el nombre de ANDRES.

Como el anunciado señor TELLEZ jamás concurrió a rendir el testimonio que de él se solicitaba y tampoco compareció la señora María Victoria Barrera personas de quienes la defensa esperaba clarificación sobre las circunstancias de la evasión de aquél, queda claro que los datos sobre la identidad del citado individuo persistieron frente a las pruebas recaudadas en la causa del modo referencial que ha quedado anotado, aspectos que con las pruebas anunciadas por la Fiscalía tienden a clarificarse, con mayor razón si la referencia que se hace a TELLEZ como el propietario del apartamento donde se llevó a cabo la diligencia se esclarece mediante la copia de la escritura que aporta el Delegado y los datos de su personalidad se perfilan todavía con mayor certeza en el aporte que se hace relacionado con el requerimiento judicial de captura que operaba en su contra y pretende demostrarse mediante la certificación que también quiere allegar el recurrente, sin descontar la posibilidad que otorgaría la tarjeta de preparación de cédula de ciudadanía para que en el cruce de sus datos con la copia de la escritura y la descripción que da el testigo Estrada González de establecer que la persona a quien éste describía era la propietaria del inmueble.

Relacionada la viabilidad de las pruebas requeridas en la audiencia (segundo inciso del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal) con el surgimiento dentro de las verificadas en ese mismo acto de factores relevantes en el esclarecimiento de los hechos, se ha de concluir en la procedencia de las que en tal momento viene a suscitar la Fiscalía Delegada y que son el objeto de su inconformidad de ahora, porque de las versiones comentadas y su conjugación con la inasistencia del sujeto ANDRES TELLEZ y su compañera como declarantes, viene a afianzarse una indefinición sobre su identidad que le conviene a la causa se disipe, como quiera que frente al cargo de infracción al artículo 39 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, se hace relevante establecer si aquel sujeto que se presentó al apartamento donde se incautó el estupefaciente tanía un compromiso penal determinante con los hechos motivo del allanamiento que obligaban su retención por parte del funcionario responsable de la realización del acto.

A la anterior razón se suma el hecho que advirtiera la defensa en cuanto que los medios rechazados por la Sala de juzgamiento podían llegar incorporados a unas copias cuya adjución se había dispuesto, pues de esa afirmación emerge que además se trataría de elementos previamente ordenados o previstos en el auto que dispuso la complementación de medios en la causa, y que de no obtenerse de otro modo, precisamente facilitaba el Fiscal con su aporte.

Tiénese, pues, que las demostraciones ofrecidas no eran vanas, tampoco desconectadas con el hecho principal que ocupa el proceso, ni su contenido ajeno a las resultas de las diligencias verificadas en el curso de la audiencia, requisitos todos que auspician su admisibilidad como elementos clarificadores del debate sobre los cuales no resulta predicable una desleal sorpresa para los demás sujetos procesales, que aún no inician la etapa del debate oral.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Revocar la decisión motivo de alzada por medio de la cual parcialmente se deniega la admisibilidad de pruebas en el curso de la

audiencia pública, disponiendo en su lugar se tengan como válidamente allegadas por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional las documentales encaminadas al esclarecimiento de la identificación del individuo ANDRES TELLEZ y su vinculación como propietario y responsable del apartamento materia de allanamiento.

Cópiese, notifíiquese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, "no"; *Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / COMPETENCIA / TRIBUNAL NACIONAL

Cierto es que en el artículo 69 que regula dentro del mismo estatuto la competencia del Tribunal Nacional, no se incluyó un numeral que hubiese adscrito a esa corporación el conocimiento de la acción de revisión cuando se trate de sentencias, cesaciones de procedimiento o preclusiones adoptadas por los juzgados regionales. Mas, esa omisión no autoriza a sostener que estas providencias se quedaron sin acción de revisión, ni a recurrir a disposiciones sustituidas para pretender que el conocimiento sigue siendo de la Corte, como tampoco a inferir una competencia por analogía cuando ella ha de estar señalada por el legislador de modo expreso, porque de la interpretación sistemática que se viene elaborando surge inequívocamente que las sentencias de los jueces regionales son susceptibles de esta acción extraordinaria, que de ellas no conocen ni la Corte ni los Tribunales de Distrito por cuanto ni a aquella ni a estos les ha sido asignada dicha competencia, pero que adjudicadas en cambio en el inciso final del artículo 235 del Código de Procedimiento Penal atribuciones en ese ámbito al Tribunal Nacional, y señalándole el procedimiento, surge de allí una competencia residual que tanto se acomoda con los principios bajo los cuales se distribuyen los demás asuntos entre la Corte y los Tribunales de Distrito, como con la especial materia adscrita a ese Tribunal único y los juzgados regionales que se le subordinan jerárquicamente.

Es verdad que el artículo 1o. de la Ley 15 de 1992 dispuso que para los delitos de competencia de los jueces regionales y el Tribunal Nacional se aplicarían las normas especiales de procedimiento y sustanciales de conformidad con el artículo 5o. transitorio del Decreto 2700 de 1991.

Mas, como este Decreto se había derogado lo atinente a la competencia exclusiva de la Corte para conocer de la acción de revisión no resulta posible que por esa sola evocación vinieran a revivir disposiciones abrogadas.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 126.

Vistos:

Procedentes del Tribunal Nacional llegan las presentes diligencias seguidas en contra de NURY NOHEMI DIAZ DE MOSQUERA y otro a quienes un Juzgado de Orden Público con sede en Pasto condenó por violación de la Ley 30 de 1986. Obedece la remisión al criterio del Tribunal Nacional que considera a la Corte Suprema de Justicia como órgano competente para resolver sobre la acción de revisión que interpone la defensora de la condena.

Antecedentes:

En la ciudad de Pasto, el 2 de junio de 1988, unidades de la Sijin de la Policía Nacional decomisaron en la residencia de Nury Nohemí Díaz de Mosquera, diecinueve recipientes plásticos de diez galones de capacidad en cuyo interior se comprobó que había sido almacenada acetona.

Por este hecho abrió investigación el Juzgado Treinta y Tres de Instrucción Criminal y en su oportunidad calificó el mérito del sumario el Juzgado Veinte de la misma especialidad, profiriendo resolución acusatoria en contra de Nury Nohemí Díaz de Mosquera y Jairo Arturo Mosquera por infracción al artículo 43 de la Ley 30 de 1986. La providencia previó también la cesación de procedimiento en favor de unos agentes de la policía que habían resultado involucrados, decisión

consultada y confirmada por el Tribunal Superior de Pasto mediante providencia del 17 de octubre de 1990.

La etapa de juzgamiento correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito donde el proceso permaneció casi un año en inactividad. Posteriormente se advirtió que la competencia correspondía a la jurisdicción de orden público, así que se dispuso la remisión del expediente a la Dirección Seccional de esa especialidad en Cali. Citó en efecto el Juzgado de Orden Público para audiencia, profiriendo la sentencia de febrero 28 de 1992 que por no haber sido objeto de apelación ni de consulta, cobró ejecutoria en su despacho de origen.

Recientemente la sentenciada otorgó poder para instaurar la acción de revisión, presentando ante el Juez Regional de Cali la correspondiente demanda que de allí se remitió al Tribunal Nacional, pese a que el Juez había previsto su envío al Tribunal Superior de Distrito Judicial.

El Tribunal Nacional se limitó a ordenar la remisión del expediente a esta Corporación, argumentando que por disposición del artículo 4o. del Decreto 2790 de 1990, modificado por el 099 de 1991 y adoptado como legislación permanente según Decreto 2271 del mismo año, corresponde a la Corte conocer "del recurso extraordinario de revisión" en los procesos adelantados por esa jurisdicción.

Agrega que la Corte reconoció el carácter especial de esas disposiciones, las que al no contrariar la ley prevalecen sobre cualquier otra que regule la materia.

Consideraciones de la Corte:

Las razones del Tribunal Nacional serían de recibo si con posterioridad a los decretos que invoca no se hubiese expedido una nueva Codificación Procesal Penal mediante Decreto 2700 de 1991, regulándose en ella el tema de la revisión para variar la concepción de la legislación precedente instituyéndola como acción extraordinaria y regulando íntegramente sus causales, el procedimiento y la competencia.

Dentro de esta normatividad se tiene respecto de la procedencia de la acción (artículo 232) su extensión a todas las "sentencias ejecutoriadas" –naturaleza de la que aquí se ataca–, sin que se haya previsto excepción alguna, ni se haga diferencia respecto de los motivos, así se trate de asuntos de la competencia de los jueces ordinarios o los regionales, haciéndose pertinente recordar que en el artículo 5o. transitorio *ibídem* se dispuso precisamente la "integración" de la hasta entonces llamada jurisdicción de orden público a la ordinaria, sustituyendo su nombre por el de jueces regionales y Tribunal Nacional.

En cuanto al trámite se refiere, el artículo 235 también lo unifica así se trate de asuntos sometidos al conocimiento de la Corte o de los Tribunales, y si bien las disposiciones sobre competencia no resultaron en cuanto a claridad las más afortunadas, tampoco de la suficiente se carece para entender, de acuerdo a su origen, cuál es el órgano que ha de adelantar la acción de revisión, según sea el origen de la sentencia o decisión que se ataque.

La primera regulación que en este sentido se descubre, la constituye la referencia que trae el Código de Procedimiento Penal en los artículos 235, 236, 239, 240 y 241, porque invariablemente aluden a la actuación de "Magistrados" y de "Salas" en una inequívoca referencia a la necesidad de que el conocimiento de esta acción extraordinaria quede en las corporaciones judiciales, y de modo coincidente los artículos 68-2 y 70-3 le adjudican ese conocimiento a la Corte en Sala de Casación Penal cuando la acción recaiga sobre providencia "proferida en única o segunda instancia por esta Corporación, por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito", y a los Tribunales Superiores de Distrito, en Salas de Decisión Penal, cuando se trate de providencias ejecutoriadas "emitidas por los jueces del respectivo distrito".

Cierto es que en el artículo 69 que regula dentro del mismo estatuto la competencia del Tribunal Nacional, no se incluyó un numeral que hubiese adscrito a esa corporación el conocimiento de la acción de revisión cuando se trate de sentencias, cesaciones de procedimiento o preclusiones adoptadas por los juzgados regionales. Mas, esa omisión no autoriza a sostener que estas providencias se quedaron sin acción de revisión, ni a

recurrir a disposiciones sustituidas para pretender que el conocimiento sigue siendo de la Corte, como tampoco a inferir una competencia por analogía cuando ella ha de estar señalada por el legislador de modo expreso, porque de la interpretación sistemática que se viene elaborando surge inequívocamente que las sentencias de los jueces regionales son susceptibles de esta acción extraordinaria, que de ellas no conocen ni la Corte ni los Tribunales de Distrito por cuanto a aquélla ni a estos les ha sido asignada dicha competencia, pero que adjudicadas en cambio en el inciso final del artículo 235 del Código de Procedimiento Penal atribuciones en ese ámbito al Tribunal Nacional, y señalándole el procedimiento, surge de allí una competencia residual que tanto se acomoda con los principios bajo los cuales se distribuyen los demás asuntos entre la Corte y los Tribunales de Distrito, como con la especial materia adscrita a ese Tribunal único y los juzgados regionales que se le subordinan jerárquicamente.

Es verdad que el artículo 1o. de la Ley 15 de 1992 dispuso que para los delitos de competencia de los jueces regionales y el Tribunal Nacional se aplicarían las normas especiales de procedimiento y sustanciales de conformidad con el artículo 5o. transitorio del Decreto 2700 de 1991. Mas, como en este Decreto se había derogado lo atinente a la competencia exclusiva de la Corte para conocer de la acción de revisión conforme queda visto, no resulta posible que por esa sola evocación vinieran a revivir disposiciones abrogadas, de donde se infiere que de la acción de revisión propuesta en contra de la sentencia proferida por el entonces Juzgado de Orden Público con sede en Pasto que condenó a NURY NOHEMI DIAZ DE MOSQUERA, deberá conocer el Tribunal Nacional al cual le asigna el legislador la competencia conforme a los preceptos indicados.

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

Resuelve:

Primero: Abstenerse de conocer por falta de competencia, de la acción de revisión interpuesta por la defensora de Nury Nohemí Díaz de Mosquera, y

Segundo: Ordenar en su lugar la remisión del asunto al Tribunal Nacional para lo de su cargo.

Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, "no"*; Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DELITO POLITICO

Exorbitado resulta pretender que el mero hecho de pertenecer los procesados a una organización delictiva, confiere el distintivo de combate.

Dado que esa condición, indispensable para la aplicación de los beneficios consagrados en el Título III de la Primera Parte de la Ley 104 de 1993, no cobró entidad, ninguno de los beneficios para que el que está siendo procesado previstos en la Ley 104 de 1993 "Por el cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia..." podrá ser rconocido en este caso, por vedarlo expresamente esa normatividad en el tercer inciso de su artículo 48:

"No se aplicará lo dispuesto en este Título con relación a delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie".

Cuando estando en curso el proceso medie solicitud de beneficios especiales como los aquí referidos, lo correcto es suspender la actuación en los términos del parágrafo del artículo 56 de la Ley 104/93, y no pedir las copias del proceso al juzgado, como erradamente lo hizo el Tribunal.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 126 de 9 de noviembre de 1994.

Desata la Corte el recurso de apelación interpuesto contra el auto emitido el *14 de septiembre* del año que transcurre por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Medellín, *denegatorio* de los beneficios de carácter jurídico-penal solicitados ante el Ministerio de Justicia y del Derecho con fundamento en la Ley 104 de 1993 por la apoderada común de los procesados CARLOS ALBERTO BALLESTEROS MORALES Y WILMAR GIOVANNY GALLEGO.

Antecedentes:

a) Por haber dado muerte mediante disparos de arma de fuego de defensa personal a Marco Antonio Cano Gutiérrez y Francisco Luis Cano Montoya el 17 de febrero de 1993 en el barrio El Porvenir del municipio de Itagüí, fueron vinculados a este proceso y condenados CARLOS ALBERTO BALLESTEROS MORALES Y WILMAR GIOVANNY GALLEGO como coautores de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, en fallo de segunda instancia contra el cual al momento de notificarse interpusieron recurso de casación, hallándose pendiente el trámite de esta impugnación (fls. 261 v. y 267).

b) Aduciendo ser sus procurados miembros del movimiento subversivo *"Corriente de Renovación Socialista"*, de conformidad con la relación entregada al Gobierno Nacional para efectos de la Ley 104 de 1993, la señora apoderada especial solicitó ante el Ministerio de Justicia y del Derecho para ellos el otorgamiento de los "beneficios jurídicos" contemplados en esa Ley.

c) Transferido el asunto al funcionario jurisdiccional competente, para el caso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por ser el cognoscente del proceso al momento de elevarse la petición, esa Corporación la denegó en la providencia que ha sido apelada, por no encontrar correspondencia entre la situación prevista en la ley como generadora de la favorable situación deprecada y las circunstancias en que fueron cometidos los delitos.

d) La profesional sustenta la alzada con extensos razonamientos de carácter sociológico y político sobre el origen de la violencia y sus causas en Colombia, hasta arribar a la conclusión de que "En nuestros

barrios en la ciudad, se ha venido fortaleciendo el fenómeno de la lucha armada política mediante la implementación de grupos de milicias..." y que "la guerra que se libra en las ciudades no es igual a la desarrollada en los campos de batalla" porque en aquélla se ha impuesto como método de lucha por parte de uno de los bandos la delación, habiendo obligado al otro a perseguir a quienes han cedido a ese método, dándose la situación de manera más notoria en las Milicias Populares y, en particular en la ciudad de Medellín en donde ha sido notorio el crecimiento de "bandas delincuenciales al servicio del narcotráfico y demás delitos de carácter común" a las que se vieron enfrentadas aquéllas milicias, a las cuales pertencían los procesados.

Tras reconocer que dentro del proceso no se investigó esa pertenencia, solicita que "ante las específicas características del proceso insurgente de las Milicias Populares en Medellín y su área metropolitana..." se interprete el término "combate" previsto en el artículo 127 C.P. "en su más amplia expresión y no sólo como un corto sondeo táctico, sino como el desenvolvimiento de amplias estrategias", para que los homicidios de los cuales se responsabiliza a sus clientes se subsuman en el delito de rebelión que define y sanciona el artículo 125 del mismo Estatuto.

Consideraciones de la Corte:

En orden a establecer los presupuestos de la Ley 104 de 1993 que permite el otorgamiento de beneficios jurídicos para condenados y procesados por delitos políticos, conviene puntualizar:

1. El acervo probatorio pone de manifiesto que los occisos fueron atacados con armas de fuego de defensa personal en horas de las noche 17 de febrero de 1993, cuando se hallaban ya entregados al reposo en su casa de habitación, por tres individuos que aparecieron súbitamente –de los cuales dos fueron identificados al correr de la investigación como CARLOS ALBERTO BALLESTEROS MORALES y WILMAR GIOVANNY GALLEGO.

Por la mañana de ese mismo día tres sujetos con el rostro cubierto habían estado donde la familia Cano sugiriendo a quien los atendió la

posibilidad de un atentado contra aquéllos e indagando sobre sus posibilidades económicas para evitarlo y, al enterarse de que eran nulas, se retiraron insinuando que sólo querían brindarles protección.

2. Según conjeturas de algunos declarantes, los agresores, aparentes integrantes de una banda de delincuentes que asolaba el sector, presumiblemente buscaron vengar con esas muertes la colaboración que uno de los obitados diera días antes a Juan de Dios Pérez para recuperar un semoviente que le había sido hurtado. También este ciudadano resultó muerto la misma noche en circunstancias similares que son objeto de separada investigación.

3. Como integrantes de la agrupación "Corriente de Renovación Socialista" de Medellín figuran los procesados *Ballesteros y Gallego en el acta No. 44* "Sobre indulto y amnistía" remitida por el Ministerio de Justicia y del Derecho para efectos del estudio de la petición denegada en primera instancia (fls. 277 y 278).

Aunque los acusados forman parte de la mencionada organización al margen de la ley que ha manifestado su voluntad de reintegro a la vida civil, no puede desconocerse, por lo que el proceso así revela, que los delitos de homicidio por los cuales están siendo procesados no fueron cometidos en la circunstancia modal del *combate*.

En el ataque contra sus víctimas no *hubo* la refriega propia de una lucha armada o cuerpo a cuerpo entre occisos y agresores, ni estrategias que hagan presumir que eran esperados para la pelea o para sorprenderlos y superarlos. o al menos para enfrentarlos, como lo supone el concepto de combate a que se refiere el artículo 127 del C.P. invocado por la apelante.

No. Los ofendidos –uno, un anciano de 80 años– yacían inermes y esperanzados en que la velada amenaza de la mañana no transcendiera a la realidad, ajenos por tanto, a la expectativa del que lucha por un ideal, o colabora para mantenerlo.

En estas condiciones, exhorbitado resulta pretender que el mero hecho de pertenecer los procesados a esa organización delictiva, confería el

distintivo de *combate* a la agresión de que hicieron objeto a los occisos, como lo afirma la distinguida apoderada en su memorial sustentatorio de la apelación con sus vehementes y muy respetables reflexiones en torno al fenómeno generalizado de la violencia que infortudamente azota al país.

Y dado que esta condición, indispensable para la aplicación de los beneficios consagrados en el Título III de la Primera Parte de la Ley 104 de 1993, no cobró entidad, *ninguno de los beneficios* para el que está siendo procesado previstos en la Ley 104 de 1993 "Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia...", *podrá ser reconocido en este caso*, por vedarlo expresamente esa normatividad en el tercer inciso de su artículo 48:

> "No se aplicará lo dispuesto en este Título con relación a delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o a actos de ferocidad o barbarie".

Asistiendo pues, la razón al *a quo* en la denegatoria impugnada, *se le impartirá confirmación.*

Por último, ha de decirse que cuando estando en curso el proceso medie solicitud de beneficios especiales como los aquí referidos, lo correcto es suspender la actuación en los términos del parágrafo del artículo 56 de la Ley 104/93, y no pedir las copias del proceso al Juzgado, como erradamente lo hizo el Tribunal.

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

Resuelve:

Confirmar el auto recurrido. En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, "no"*; Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA

Si bien es cierto que los impedimentos se han instituido para garantizar dentro del proceso la operancia del principio de imparcialidad, permitiéndole a su vez a la justicia mantener frente a la comunidad su respeto y credibilidad, también resulta verdadero que no todo escrúpulo, incomodidad o inequietud espiritual del juzgador basta para separarle del conocimiento de un determinado asunto, porque es de la exclusiva iniciativa del legislador el señalamiento taxativo de las causales y motivos bajo las cuales esa separación opera.

La única opinión capaz de distanciar al funcionario de la definición de un proceso es aquella que se vierte por fuera de sus funciones oficiales, pues dentro del anotado principio de taxatividad lo actos emitidos bajo la órbita propia del juez o magistrado solamente le marginan en el evento de haber dictado la decisión de cuya revisión se trata, y en el de los agentes del Ministerio Público el de haber emitido concepto sobre esa misma providencia sometida luego a revisión de instancia, sentido definido dentro de la causal 4a. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal expresamente remitida a ese supuesto dentro de las diferentes hipótesis posibles (haber proferido la decisión, haber participado en su adopción, o ser cónyuge o pariente de quien la produjo.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 126.

Vistos:

De plano se pronuncia la Corte sobre el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Villavidencio doctor FAUSTO

RUBEN DIAZ RODRIGUEZ para participar en el conocimiento del presente asunto, luego de ser desestimada su excusa por sus colegas integrantes de la Sala.

Antecedentes:

El Juzgado Primero Superior de Villavicencio mediante sentencia del 6 de julio de 1987, confirmada por el Tribunal Superior, condenó a Luis Ernesto Castro León a veinticuatro años de prisión en causas acumuladas por los delitos de homicidio agravado y homicidio voluntario y a Efraín Chaparro Ortiz a dieciséis años de prisión por el homicidio agravado. En la audiencia pública que antecedió al citado fallo intervino en calidad de Fiscal del Juzgado el doctor FAUSTO RUBEN DIAZ RODRIGUEZ, quien al concluir su exposición solicitó al jurado de conciencia declarar responsables a los acusados (tesis acogida por unanimidad en el veredicto).

Antes, en dos oportunidades más el mismo Fiscal había expresado sus puntos de vista en relación con este proceso: al rendir concepto precalificatorio el 7 de marzo de 1984 y en desarrollo de una primera audiencia pública con jurado, cuyo veredicto fue declarado contraevidente.

Ahora, a raíz de un pronunciamiento del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Villavicencio (antes Primero Superior) que denegó al sentenciado Castro León la libertad condicional y mereció su impugnación por vía de alzada, le correspondería al Tribunal entrar a emitir el pronunciamiento de rigor, hallándose con la manifestación del ex-Fiscal y ahora Magistrado quien funda su impedimento por haber participado dentro del proceso en las circunstancias anotadas.

La Sala Dual del Tribunal desestimó el impedimento al considerar que la participación del doctor Díaz Rodríguez como Agente del Ministerio Público, demostrada con los alegatos previos a la calificación y su intervención en la audiencia pública, no compromete su criterio para resolver lo atinente a la reducción de pena y la libertad condicional, "pues sus pretensiones como Agente Fiscal ya fueron resueltas por el

Juzgado competente, y hoy de lo que se trata es de resolver la impugnación del auto señalado anteriormente, que no tiene relación con su intervención pasada en el proceso".

Se agrega que la causal prevista en el artículo 103-6 del Código de Procedimiento Penal tendría cabida si se fueran a decidir asuntos relacionados con la intervención del doctor Díaz Rodríguez, pero como se trata de temas que no conservan un nexo causal con los planteamientos de entonces, no existe razón válida para separarse del conocimiento en contra del verdadero alcance de la disposición citada.

Consideraciones de la Corte:

Si bien es cierto que los impedimentos se han instituido para garantizar dentro del proceso la operancia del principio de imparcialidad, permitiéndole a su vez a la justicia mantener frente a la comunidad su respeto y credibilidad, también resulta verdadero que no todo escrúpulo, incomodidad o inquietud espiritual del juzgador basta para separarle del conocimiento de un determinado asunto, porque es de la exclusiva iniciativa del legislador el señalamiento taxativo de las causales y motivos bajo las cuales esa separación opera.

Para el caso que se analiza, es evidente que las razones esgrimidas por la Sala Dual del Tribunal para desestimar aquellas sobre las cuales se hace descansar la declaración de impedimento se hacen fieles a la doctrina de la Corte según la cual la única opinión capaz de distanciar al funcionario de la definición de un proceso es aquella que se vierte por fuera de sus funciones oficiales, pues dentro del anotado principio de taxatividad los actos emitidos bajo la órbita propia del juez o magistrado solamente le marginan en el evento de haber dictado la decisión de cuya revisión se trata, y en el de los agentes del Ministerio Público el de haber emitido concepto sobre esa misma providencia sometida luego a su revisión de instancia, sentido definido dentro de la causal 4a. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal expresamente remitida a ese supuesto dentro de las diferentes hipótesis posibles (haber proferido la decisión, haber participado en su adopción, o ser cónyuge o pariente de quien la produjo).

No se discute, pues, que al Magistrado doctor Díaz le correspondió participar en el debate público que precedió el fallo de primer instancia. Pero una vez en firme esa providencia, que por igual le obliga como a los otros magistrados –así hubiesen particiado incluso en su proferimiento–, nada en absoluto le distancia ni impide para que entre a revisar ahora no los argumentos que pudo esgrimir como agente del Ministerio Público de entonces, sino una situación enteramente independiente cual es la de definir si en el acusado coinciden los requisitos para acceder a la libertad condicional, en muy buen grado ulteriores al proferimiento de la decisión para la cual participó antaño el funcionario.

Impropia además sería la causal 11 de impedimento contenida en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal como consecuencia de la innovación introducida por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993, porque esta expresamente se restringue a haber actuado como Fiscal, dentro de la connotación que a éste término le concede ahora la Constitución Política, definidamente distinta de la del agente del Ministerio Público.

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Villavicencio doctor Fausto Rubén Díaz Rodríguez, disponiendo el regreso del expediente al Despacho de origen para lo de su competencia.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, no firma; *Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / DERECHO DE DEFENSA / DEMANDA DE CASACION / TERMINO / NULIDAD / PRUEBA / COMPETENCIA / CONTRAVENCION / INDAGACION PRELIMINAR / INSPECCION DE POLICIA

Cuando se alega error en la denominación jurídica es deber del impugnante indicar cual es entonces la denominación que corresponde.

2. Esta Corporación entiende que en ejercicio del derecho de defensa, es válido presentar cuanto argumento considere conveniente el representante de los intereses del procesado, pero lo que no es permitido, es inventar en forma malintencionada la prueba, en un claro intento de obtener un resultado favorable, alterando la realidad procesal.

3. La autonomía que rige a las causales de casación permite que se puedan formular cargos excluyentes, pero siempre que se presenten por separado, de manera que al interior de cada censura no es procedente mezclar diversos motivos de inconformidad, porque esto conduce a que finalmente no exista claridad sobre la verdadera pretensión del impugnante.

4. El simple hecho de que se hubiere sobrepasado el término previsto para la indagación preliminar no da lugar a la nulidad.

El hecho de que una prueba sea nula no invalida la actuación, simplemente ella no puede ser tenida en cuenta en la decisión. Para que sea viable decretar la nulidad del proceso es necesario demostrar la existencia de un error que afecte su estructura formal la garantía de los sujetos procesales.

El hecho de que las pruebas que sirven de fundamento a una sentencia se hayan recaudado durante la indagación preliminar,

no significa que resulte afectado el derecho a la defensa, pues es la propia ley la que establece que uno de los fines de ese período el obtener pruebas sobre los autores y partícipes del punible, de manera que ellas pueden ser apreciadas en el fallo y de ningún modo se pueden calificar como obtenidas a espaldas de los procesados.

5. La ley 23 de 1991 vigente a partir del 21 de marzo del mismo año, estableció en su artículo 1o. numeral 14, que se asignan a los Inspectores Penales de Policía, o a los Inspectores de Policía donde aquellos no existan y en su defecto a los Alcaldes el conocimiento de algunas contravenciones especiales, dentro de las que se encuentra la de estafa cuya cuantía no exceda de diez salarios mínimos legales.

Acorde con la normatividad de la ley 23 de 1991, nos encontramos ante una contravención especial, (estafa cuya cuantía no excede de diez salarios mínimos legales) de competencia de los Inspectores Penales de policía, que de acuerdo con el artículo 18 del Decreto 800 de 1991 obligaba al rompimiento de la unidad procesal, razón por la cual debe esta Sala decretar nulidad parcial del proceso en relación con este hecho, que debe ser investigado y juzgado por las autoridades mencionadas y de conformidad con el respectivo procedimiento, debiendo compulsarse copias de lo actuado.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre dieciseis de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 128.

Vistos:

Procede la Sala a pronunciarse sobre las demandas de casación presentadas por los defensores de LUIS ALBERTO RAFFAN SANABRIA, CESAR JULIO DEVIA JIMENEZ y LUIS FERNANDO

LUNA SERNA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual se confirmó la de primer grado proferida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, en donde se condenó a *Luis Alberto Medina Castillo* y *Luis Fernando Luna Serna* a la pena principal de veintitrés (23) años de prisión, por los delitos de doble homicidio, doble secuestro y hurto calificado y agravado, y a *Luis Alberto Raffán* y *César Julio Devia Jiménez* por estos mismos punibles en concurso con falsedad en documento privado y estafa en grado de tentativa, a la pena principal de veintiseis (26) años de prisión y multa de $1.000 y veinticinco (25) años de prisión y multa de $1.000 respectivamente. Como pena accesoria para todos se determinó la interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años y en forma solidaria al pago de los perjuicios. A *Fernando Ignacio Patiño Cardeñosa*, se lo absolvió de los cargos proferidos en su contra.

I. Hechos y actuación procesal:

En la mañana del 14 de diciembre de 1988, en la ciudad de ibagué, fueron vistos por última vez con vida los señores JULIO ENRIQUE DIAZ NUÑEZ y su amigo EDGAR CAMPOS MEDINA, quienes se movilizaban en un vehículo Renault 21 de placa GM 75-72.

En las primeras horas de la tarde del día siguiente, sus cadáveres fueron encontrados por un campesino en el sitio "Vara Santa", jurisdicción del Municipio de Ambalema. Del acta de levantamiento y de la necropsia, se estableció que a los dos infortunados ciudadanos se les amarraron sus extremidades inferiores con cabuyas, se les tapó la boca con esparadrapo, y las muñecas de sus manos fueron sujetadas con elemento no determinado, pero al parecer esposas, dadas las huellas que les fueron encontradas. A cada uno le propinaron a quemarropa cuatro disparos en la cabeza.

La investigación estableció, que hacia las nueve y treinta de la mañana del 14 de diciembre, los dos amigos fueron interceptados por hombres armados que vestían prendas de la Policía Nacional, quienes los esposaron, y luego uno de los agentes tomó el volante y partieron con rumbo desconocido.

Tres días después, es decir, el sábado 17 de diciembre, el Teniente de la Policía LUIS ALBERTO RAFFAN SANABRIA y el agente CESAR JULIO DEVIA JIMENEZ, fueron capturados en Bogotá en momentos en que pretendían adquirir mercancía por valor de diecisiete mil doscientos veinte pesos ($17.220) en el almacén "Caricia" del Barrio Restrepo, utilizando una de las tarjetas de crédito del obitado JULIO ENRIQUE DIAZ. La coartada inventada sobre el hecho de estar adelantando un operativo en un caso de secuestro fue totalmente desvirtuada, y además se estableció que el automóvil Renault 21 estaba en poder del Teniente RAFFAN.

La investigación le correspondió al Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal de Ibagué, despacho que en la etapa de indagación preliminar, con el objeto de poder identificar e individualizar a los posibles autores o partícipes de estos hechos, procedió a recoger abundante material probatorio que le permitió dar inicio formal al proceso mediante providencia de 27 de marzo de 1989, en la que se ordenó la vinculación al mismo de los Tenientes de la Policía Nacional *Luis Alberto Raffán Sanabria*, Fernando Ignacio Patiño y Eduardo Carrillo Calderón, así como de los agentes *César Julio Devia Jiménez*, *Luis Fernando Luna Serna*, *Luis Alberto Castillo* y Joel Angel Alvis.

Teniendo en cuenta que los Juzgados 75 de Instrucción Penal Militar de Ibagué y 24 de Instrucción Criminal de Bogotá, iniciaron investigaciones contra el Teniente *Raffán* y el agente *Devia*, directamente relacionadas con la que fuera objeto de indagación por el Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal, mediante autos de 6 de mayo y 6 de julio de 1989, se ordenó su investigación conjunta.

Así, una vez escuchados en indagatoria y habiéndose definido la situación jurídica de los procesados con medida de aseguramiento, se procedió a cerrar la investigación, siendo calificado el mérito del sumario con Resolución de Acusación en contra de LUIS ALBERTO RAFFAN SANABRIA, LUIS FERNANDO LUNA SERNA, CESAR JULIO DEVIA JIMENEZ, LUIS ALBERTO MEDINA CASTILLO, y FERNANDO IGNACIO PATIÑO CARDEÑOSA, por los delitos de homicidio, hurto, falsedad personal y tentativa de estafa. Igualmente se

decretó Cesación de Procedimiento en favor de EDUARDO CARRILLO CALDERON.

Apelado el auto calificatorio por los defensores, el Tribunal superior lo modificó así: LUIS ALBERTO RAFFAN, JULIO CESAR DEVIA JIMENEZ, LUIS FERNANDO LUNA Y LUIS ALBERTO MEDINA CASTILLO, coautores de doble secuestro simple, dos homicidios agravados y hurto calificado y agravado. Además, a los dos primeros se les imputó falsedad documental y tentativa de estafa. A FERNANDO IGNACIO PATIÑO se le enjuició como autor del punible de favorecimiento.

Al Juzgado Segundo Superior de Ibagué le correspondió el trámite de la causa, y con posterioridad a la realización de la audiencia pública profirió sentencia de primera instancia –febrero 7 de 1992– en la que condenó a LUIS ALBERTO RAFFAN SANABRIA a veintiséis (26) años y mil pesos ($1.000) de multa, CESAR JULIO DEVIA JIMENEZ a veinticinco (25) años y mil pesos ($1.000) de multa, a LUIS FERNANDO LUNA SERNA y a LUIS ALBERTO MEDINA a veintitrés (23) años de prisión. FERNANDO IGNACIO PATIÑO fue absuelto del cargo formulado en su contra.

Apelada esta decisión, fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior de Ibagué, y contra ella interpusieron casación todos los condenados, pero la demanda presentada por la defensora de LUIS ALBERTO MEDINA fue rechazada in límine, declarando en consecuencia desierto para él el recurso.

II. Demanda a nombre de Luis Alberto Raffán Sanabria:

Cargo Primero: Nulidad por errónea denominación jurídica de los hechos.

El sentenciador incurrió en este yerro al considerar que en el caso se tipifica la transgresión al artículo 269 del C.P., norma que se aplicó indebidamente al igual que el artículo 26 de la misma normatividad, dejándose de aplicar el 29 de la Constitución Nacional, así como el 2o. del Código Penal y el 247 del estatuto adjetivo.

Este ilícito contra la autonomía personal no se configura, porque el hecho de colocar a la víctima en estado de indefensión o inferioridad, mediante la sorpresa, estructura la causal específica de agravación consagrada en el numeral 3o. del artículo 324 del Código Penal.

Además el sentenciador acepta que el fin propuesto era el Homicidio, de donde no se entiende cómo deduce un dolo específico para "romper la incoluminidad de dos vidas y, a su vez, estructurar un delito contra la Autonomía Personal, en la modalidad de *secuestro simple*".

Cargo Segundo: Error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba por distorsión de la misma.

El yerro se presenta al tener como demostrado que los obitados dejaron de existir el 15 de diciembre de 1986, cuando la realidad es que el Dictamen Médico Legal, no permite hacer esta inferencia.

Dictamen que obra a folios 6 y 7 y en el que señala que:

> "...JULIO ENRIQUE DIAZ NUÑEZ, para el día del levantamiento, que lo fue el 15 de diciembre de 1988, hacia las 6 de la tarde, presentaba por los signos postmortem, evidencias de haber fallecido de *36 a 48* horas atrás..."

Igual deducción se hizo respecto de Edgar Campo, de donde se puede concluir que los decesos ocurrieron el día 14 hacia el medio día y no el 15.

De no haberse incurrido por el sentenciador en este manifiesto error que queda demostrado, se habría concluido en la exclusión del punible de que trata el artículo 269 del Código Penal.

Finalmente solicita que se Case la sentencia, decretándose la nulidad de lo actuado a partir del auto de clausura, ordenándose retrotraer la actuación para que se califique con acierto jurídico en su "nomen juris".

Subsidiariamente, y con apoyo en la segunda censura impetra la absolución por el delito de secuestro simple.

III. Demandas a nombre de César Julio Devia Jiménez y Luis Fernando Luna Serna:

El defensor de los procesados antes mencionados, presenta demandas por separado en favor de los mismos, que por conllevar planteamientos y peticiones idénticas, serán resumidas en forma conjunta.

Al amparo de la causal tercera de casación plantea varios cargos, con los que pretende que se decrete la nulidad de lo actuado al existir irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y vulneran el derecho a la defensa.

Primero: Violación de los artículos 29 de la Constitución Nacional y 2o. del Código de Procedimiento Penal.

Considera que la presunción de inocencia no es un consejo susceptible de acogimiento, rechazo u olvido, sino un mandato de rigurosa ejecución, es decir, implica para el titular de la acción penal –el Estado– la obligación de probar plenamente la responsabilidad del individuo sindicado.

Por eso resulta tan peligrosa la costumbre de invertir la presunción, haciendo que se ingrese a la esfera del proceso con el estigma de responsabilidad, recibiendo el tratamiento de culpable, desde antes de dictar sentencia, que fue exactamente lo que ocurrió en este proceso en donde "IGNORANDO ILEGALMENTE LA PRESUNCION DE INOCENCIA QUE AMPARA A LOS PROCESADOS, SE LES DIO DURANTE TODO EL SUMARIO EL TRATAMIENTO DE RESPONSABLES EN ACTITUD FRANCAMENTE PREJUZGADORA".

En este caso el Estado en cambio de demostrar la presencia del procesado en el lugar de los hechos y su participación en ellos, decidió trasladarle a sus defendidos la carga de la prueba y declarar que no habían probado a satisfacción las actividades desplegadas, descartando las versiones de los procesados, así como los soportes documentales y testimoniales que las respaldan.

Fruto directo de la violación a la presunción de inocencia, es la incredulidad absoluta que al instructor le merecieron las pruebas que

demostraban las actividades que CESAR JULIO DEVIA JIMENEZ había realizado durante los días 14, 15 y 16 de diciembre de 1988. En relación con LUIS FERNANDO LUNA la violación a la presunción se presenta igualmente teniendo en cuenta que las pruebas recibidas de las autoridades de Bogotá, que se referían a la conducta del oficial Raffán Sanabria fueron trasladadas al procesado LUNA SERNA.

Como síntesis del cargo señala que mediante el desconocimiento de la presunción de inocencia se violaron los artículos 29 de la Constitución Nacional y 2o., 249 y 254 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo: Violación del Título III del Libro Segundo del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos y el juzgamiento –Indagación Preliminar, hoy Investigación Previa–.

Las tres finalidades para las cuales la ley consagra la indagación preliminar son, determinar si ha tenido ocurrencia el hecho; establecer si el hecho está descrito en la ley como delito y aportar pruebas relacionadas con la identidad o individualización de los autores o partícipes.

Este tercer requisito, para la época en que conoció el proceso la Juez Promiscuo Municipal de Ambalema, significaba el principal obstáculo para decidir abrir la investigación penal, al no existir prueba que condujera a la identificación de los autores o partícipes de tan execrable crimen, por lo que resultó de auténtica legalidad el auto que con fecha 22 de diciembre de 1988 dictó la Juez de Ambalema, dando inicio a la indagación preliminar por el homicidio de los señores hallados en el perímetro urbano de su jurisdicción penal.

Cuando el señor Juez 21 de Instrucción Criminal el 11 de enero de 1989 dictó auto avocando el conocimiento de la indagación preliminar iniciada por la Juez de Ambalema, tenía pleno derecho para ello, ya que para esa época no tenía información alguna respecto de los posibles autores del hecho investigado.

El 18 de enero de 1989, recibió información del Juez Setenta y Cinco de Instrucción Criminal, donde le indicaba que tenía un proceso por abuso

de confianza en el cual era objeto el vehículo en el que se desplazaban los occisos; ordenando en consecuencia que adelantara una inspección judicial al mencionado proceso, porque allí seguramente podría encontrar la respuesta al interrogante que tenía.

Como resultado de la diligencia se encontró una completa investigación que le permitiría identificar claramente a los presuntos autores del hecho, obteniendo de esta manera los requisitos para poder dar inicio formalmente al proceso. Sin embargo ni se los llamó a oír en versión libre, ni se declaró terminada la indagación preliminar, sencillamente el Juez siguió practicando a sus anchas las pruebas que apuntaban directamente contra los sindicados, hasta el 27 de marzo de 1989, cuando finalmente ordenó la apertura de la investigación.

Cuántas disposiciones de la ley penal se violaron con semejante proceder? Para empezar todas las que regulaban la indagación preliminar.

El tiempo máximo de la pre investigación es de 15 días más el de la distancia, disposición que fue soslayada por el instructor sin ninguna justificación. Lo jurídico hubiera sido que identificados los posibles autores o partícipes, se hubiera dado inicio al proceso. La importancia que cobra este yerro radica en que durante el transcurso de la indagación –que en su parte sustancial se orientó con base en las informaciones obtenidas del proceso penal militar– se negó arbitrariamente e injustamente el sagrado derecho a la defensa contemplado por la Ley y la Constitución en favor de todos los ciudadanos.

Pero además se violentó también el Principio de Contradicción que consagra la Constitución Nacional y la Legislación Procesal, al punto que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Además de ello el Juez olvidó sujetarse al principio de lealtad, así como a la finalidad del procedimiento contenida en el artículo 9o. del estatuto procesal.

Paradójicamente durante la investigación se negó la práctica de pruebas solicitadas por uno de los procesados aduciendo el agotamiento del término de instrucción.

Frente a la indagación preliminar acorde con el preceptuado en el inciso final del artículo 346 Procesal Penal, "debe entenderse no como la potestad de abrir investigación o continuar con la indagación preliminar, sino como el mandato perentorio de con base en las pruebas recaudadas" decidir si abre la investigación o prefiere el auto inhibitorio. No puede entenderse de otra manera, puesto que con el logro de la identidad o individualización de los autores o partícipes, se agota con la finalidad de la indagación preliminar".

"LA ACTUACION DEL INSTRUCTOR EN ESTE CASO, VIOLENTA LA REGLAMENTACION ANALIZADA, DESPEDAZANDO LA INSTITUCION DEL DEBIDO PROCESO".

Tercero: Violación del derecho de defensa.

La trascendencia de la prolongación de la indagación preliminar y su ilegalidad, estriba en el fenómeno repugnante de que ese mecanismo se utilizó para demorar al máximo la recepción de los descargos de los procesados y por supuesto el conocimiento de las imputaciones, únicos mecanismos mediante los cuales se entraba a la esfera del conocimiento que les permitiera plantear los argumentos de su defensa.

Cuando la Constitución Nacional declara nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso, precisamente está garantizando a la colectividad que ni el sumario, ni el juicio, ni el recaudo de las pruebas sea secreto. Por ello cuando se prolonga, como aquí la indagación preliminar, sin haber recibido la correspondiente versión del procesado, se están violando a la vez el debido proceso y el derecho que el procesado tiene a defenderse de los cargos que el Estado le formula. Es evidente que en relación con Luis Fernando Luna Serna se le resolvió la situación jurídica, se le convocó a juicio y se le condenó objetiva y exclusivamente con las pruebas de cargo que en contra del oficial Raffán Sanabria recolectó el Juez Instructor durante la indagación preliminar.

Pero aún más, durante la indagación preliminar se recibió la totalidad de la prueba que sirvió de base para proferir en contra de los procesados la resolución de acusación.

En últimas el sumario se dividió en dos grandes etapas perfectamente definidas. Una indagación preliminar durante la cual se recaudó sin posibilidades de defensa y contradicción la totalidad de la prueba de cargo; y otra desde la apertura de la investigación hasta la calificación del mérito del sumario, durante la cual, con inversión de la presunción de inocencia, se le exigió a sus defendidos desvirtuar contraprobándole al Estado su inocencia en condiciones de absoluta desventaja e inferioridad, amén de que incluso pruebas solicitadas por los procesados como fueron la de reconocimiento en fila de personas, se negaron sin justificación alguna.

Solicita se declare la nulidad del proceso desde el 24 de enero de 1988, fecha en la que se debió abrir la investigación penal.

IV. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se pronunció sobre las cuatro demandas de casación presentadas, sin advertir que la formulada a nombre de LUIS ALBERTO MEDINA CASTILLO fue rechazada, por lo tanto no era necesario que se le diera respuesta.

La síntesis del concepto respecto a los tres libelos declarados ajustados a los requisitos formales es la siguiente:

Primera Demanda:

El defensor de Luis Alberto Raffán Sanabria al amparo de las causales tercera y primera plantea dos cargos a saber:

Primer Cargo.

Se yerra en la calificación legal de una conducta, cuando la determinación jurídica que se le da es distinta a la que le corresponde, siendo procedente en este caso acudir a la causal tercera de casación, por atentarse contra el debido proceso. Adoptada esta vía de censura, el demandante debe analizar las razones expuestas por el funcionario instructor en la resolución acusatoria para demostrar el error alegado, señalando el delito que en concepto del libelista es el que corresponde a la conducta imputada.

En este caso el actor ataca el fallo impugnado por vía de la nulidad, por cuanto en su sentir se erró en la denominación jurídica del delito imputado, al colegir el Tribunal que se trata de un delito de secuestro simple, pero no especificó cual era la adecuación típica correcta, limitándose a señalar que el hecho punible no se tipifica de acuerdo a lo probado.

El demandante no tiene claridad sobre la técnica de casación, por lo que no escogió la vía correcta para fundamentar la presunta atipicidad que alega. Si en su concepto el problema es de atipicidad, el camino a seguir era recurrir a la violación directa de la ley por indebida aplicación del artículo 269 del Código Penal, y en consecuencia impetrar la absolución.

No obstante esto y en aras de despejar dudas sobre la tipicidad de la conducta, así como sobre la supuesta nulidad que se alega se debe entrar a desechar estas posibilidades a la luz de la prueba obrante en el proceso.

Julio Enrique Núñez Díaz y Edgar Campos Medina fueron retenidos contra su voluntad el 14 de diciembre de 1988 en Ibagué, siendo trasladados hasta Ambalema –sitio "Vara Santa"–, donde fueron ultimados, como se estableció con el relato hecho por Arturo Polanco Inspector de Policía de la localidad. Por ello el Tribunal con atinada razón consideró que "...ninguna duda existe, en torno a que esa violenta actividad de los protagonistas del hecho, se subsume con holgura en el supuesto fáctico que define el artículo 269 del Código Penal".

No podía ser otra la conclusión jurídica a que se debía llegar, si se tiene en cuenta que se probó que los señores Núñez y Campo fueron tomados por la fuerza, amordazados, inmovilizados –atados de pies y manos– suprimiéndoseles su derecho de locomoción durante un prolongado espacio de tiempo, con el propósito de acabar con sus vidas a varios kilómetros de distancia y así asegurar el apoderamiento de sus bienes.

Desde luego en nada modifica esta situación el hecho de que se haya agravado el homicidio por la circunstancia de indefensión de las víctimas,

porque esta circunstancia no conlleva la ilícita retención ni su encuadramiento excluye el concurso delictual que se le ha atribuido en este caso.

Segundo Cargo.

A la misma conclusión se debe llegar frente al segundo reproche, que no es sino un complemento del inicialmente invocado, persiguiendo la misma finalidad, esto es la exclusión del ilícito de secuestro, basándose en un supuesto que no consulta la realidad del proceso.

Se parte del supuesto de que el fallador hubiera tenido como fecha en que ocurrió el homicidio, el 15 de diciembre de 1988, cuando de acuerdo con el médico rural de Ambalema, Díaz y Campos llevaban de "36 a 48 horas" de fallecidos para el momento del levantamiento de los cadáveres.

El actor en forma reprochable acomoda a su conveniencia la transcripción que dice hacer del "Dictamen Médico Legal" al agregar la expresión "para el día del levantamiento" afirmación que no se hace en las actas de necropsia. Agregado hecho por el censor en forma malintencionada para dar a entender que las diligencias se produjeron el día en que se llevó a cabo el levantamiento de los cadáveres, cuando para esa fecha el Juzgado Promiscuo de Ambalema no había solicitado que se cumpliera la intervención pericial, lo que vendría a suceder hasta el 16 de diciembre.

Tampoco es veraz que en el reconocimiento médico se anotara como hora en que se produjo el levantamiento las seis de la tarde, porque en la propia acta de la diligencia se registró las 8:25 de la noche.

Aún en el caso que el cargo consultara la realidad probatoria, la alegación pierde trascendencia por tratarse de un hecho aislado frente a la prueba indiciaria que debidamente sopesada permitió declarar probado el delito de secuestro.

Segunda y Tercera Demandas.

En relación con los libelos presentados en favor de César Julio Devia Jiménez y Luis Fernando Luna Serna, el representante del Ministerio

Público emite concepto en forma conjunta por haber sido presentadas bajo un idéntico supuesto jurídico y factual.

Primer Cargo.

No es la nulidad una causal supletoria de casación que por lo mismo esté eximida de requisitos de orden técnico específicos que se exigen para una debida formulación y desarrollo de la censura.

Por esto la escueta afirmación que hace el libelista en el primer cargo de violarse el debido proceso, al desconocerse la presunción de inocencia, nada conlleva en la medida que no se acompaña esta afirmación con la mención de las etapas procesales cuya conculcación efectivamente permitiera comprender de qué manera este principio resultó lesionado.

La presunción de inocencia impone la necesidad de que a toda persona que se le impute la participación de un hecho punible se le tenga por inocente, mientras judicialmente no se le haya declarado responsable. Pero este no es un concepto absoluto sino que a lo largo del proceso va sufriendo un gradual y paulatino desgaste en la medida que las decisiones judiciales comprometan a la persona imputada con el hecho investigado, razón por la cual, no se ve de qué forma se habría desconocido en la investigación, dada la manera abstracta y confusa como se hace el planteamiento, lo que impide saber por qué se afirma que a los procesados se les dio "TRATAMIENTO DE RESPONSABLES EN ACTITUD FRANCAMENTE PREJUZGADORA".

Pero más confuso se torna el reproche cuando lo entremezcla con una presunta violación del debido proceso, acusando igualmente –sin hacer distinción alguna– la falta de verificación de las versiones dadas por los procesados, máxime cuando ni siquiera se aducen con claridad cuales eran las citas que siendo beneficiosas para los imputados debían ser corroboradas, resultando imposible para la Corte revisar minuciosamente el proceso para comprobar la existencia de violaciones al derecho de defensa, porque esto supondría reemplazar al libelista supliendo obligaciones que le corresponden.

Desatinada resulta la afirmación del actor según la cual la violación de este principio se presenta al no darle credibilidad a las pruebas que demostraban las actividades a las que se habría dedicado Devia Jiménez del 14 al 16 de diciembre, porque como se observa, esta poniéndose en discusión el juicio de convicción de los falladores, lo que habría ameritado ataque por vía de error de derecho, aún cuando sin ninguna posibilidad de éxito, al regirse nuestro sistema procesal por las reglas de la sana crítica que impide que las conclusiones del fallador puedan tildarse de equivocadas si se rigen por las reglas de la lógica y la experiencia.

El cargo debe ser desestimado.

Segundo Cargo.

Tan difuso y genérico como el anterior resulta este reproche, toda vez que según lo manifiesta el censor se presenta la violación del Título III, Libro Segundo del Código de Procedimiento Penal, generándose una nulidad.

Para el actor el Juzgado 21 de I.C. Ambulante de Ibagué, excedió en forma injustificada el término de indagación preliminar, al haberse sobrepasado objetivamente el máximo que conforme al art. 346 del C.P.P. vigente para la época, debía perdurar dicha etapa, pero además para el día 24 de enero de 1989 el instructor contaba con prueba idónea que le permitía la identificación de los presuntos autores de los hechos debiendo en consecuencia proceder inmediatamente a decretar la apertura de la investigación.

Debe recordarse al actor que los términos de duración de la etapa preliminar –hoy investigación previa– así como los demás plazos fijados por la ley, no constituyen una camisa de fuerza de la que no se pueda salir, y además la experiencia judicial permite constatar que con frecuencia dichos términos son superados en interés de la administración de justicia justificado en gran medida por la fuerza de las circunstancias, siendo ello intrascendente siempre que no conlleve la violación del derecho de defensa.

Este derecho no ha sido menoscabado en este proceso, no solo porque las pesquisas iniciadas por los Juzgados Setenta y Cinco de I.P.M. de Ibagué y Veinticuatro de I.C. de Bogotá, recaudaron diverso material probatorio entre el que se destaca haber escuchado en indagatoria a Devia y Raffán, y en testimonio a Luna y Medina, sino porque también con posterioridad a la vinculación de la totalidad de imputados al proceso ya unificado, facilitó el ejercicio del derecho de defensa técnica y material al permitirse actuar en procura de sus intereses como a bien tuvieron.

Por lo demás, es el criterio del actor opuesto al del juzgado instructor, el que lleva a argumentar que estaban dadas todas las circunstancias para que se declarara abierta formalmente la investigación, lo cual no se compadece con la complejidad de los hechos objeto de la investigación.

La coincidencia que advierte el censor en el sentido de que tanto Devia como Raffán estuvieran siendo investigados por el delito de abuso de confianza en el Juzgado Setenta y Cinco de I.P.M. y que con posterioridad se dispusiera su vinculación en la actuación adelantada por el Juzgado Veintiuno de I.C. por el ilícito de homicidio y otros, no puede valorarse con el criterio según el cual de los elementos allí obrantes, forzosa resultaba la apertura de la investigación, ya que solo al avanzar la averiguación entendió que se reunían los requisitos para ordenar la vinculación al proceso no solo de estos señores, sino además de los tenientes Patiño, Carrillo y de los agentes Luna, Medina y Alvis.

Igualmente manifiesta su inconformidad el libelista, al considerar que durante el período de indagación preliminar se practicaron pruebas que apuntaban directamente contra los sindicados, con lo cual en su concepto se violentó el principio de contradicción, pero sin precisar el motivo por el cual no se ejercitó durante las etapas posteriores.

Finalmente en un acápite aparte que denomina "violación del derecho de defensa", reitera la ilegalidad de la prolongada indagación preliminar, pero significando que como está demostrada la violación del debido proceso, se vulneró igualmente el derecho a la defensa, teniendo en cuenta que los procesados no pudieron ejercer en toda su dimensión esta garantía al desconocer los cargos que se le imputaban.

Este punto prácticamente ya ha sido respondido, debiendo agregarse simplemente que acorde con el artículo 341 del C. de P.P. el Juez no estaba obligado a enterar a los imputados sobre la existencia de la indagación en curso, por ser estos sabedores de su existencia y en consecuencia lo procedente hubiera sido que hubiesen solicitado directamente les fuera recibida versión libre. Pero de haberse presentado esta situación tampoco se habría permitido la controversia probatoria en la medida que solo el auto cabeza de proceso brindaba la ocasión para ello.

El cargo tampoco debe prosperar.

Casación Oficiosa.

Teniendo en cuenta que los procesados Luis Alberto Raffán Sanabria y César Julio Devia Jiménez, fueron condenados por el delito de Estafa en grado de tentativa en cuantía de $17.220, y sabiendo que a partir del 21 de marzo de 1991 entró a regir la ley 23, por medio de la cual se degradaron algunas conductas delictuales convirtiéndolas en contravenciones, siendo una de ellas la estafa en cuantía no superior a los diez salarios mínimos legales mensuales, solicita la Delegada a la Corte casar parcialmente la sentencia declarando la nulidad del fallo en relación con este ilícito, enmendando en consecuencia lo relacionado con el quántum de la pena, debiendo confirmarse en todo lo demás el mismo.

V. Consideraciones de la Sala:

I. Demanda a nombre de Luis Alberto Raffán Sanabria:

Primer Cargo:

El defensor acude a la causal tercera de casación, bajo el entendido de que existe una indebida calificación por error en la denominación jurídica, teniendo en cuenta que en su concepto el ilícito de secuestro simple no se configura.

En realidad la situación planteada por el censor no es de error en la denominación jurídica, sino de atipicidad de la conducta –su ataque va

encaminado a demostrar que el secuestro simple no existió–, por lo tanto la vía escogida es equivocada, ya que no es un problema de nulidad sino de violación de la ley sustancial, que exigía enmarcar el reparo en el campo de la causal primera de casación.

Cuando se alega error en la denominación jurídica es deber del impugnante indicar cuál es entonces la denominación que corresponde, exigencia que en este caso el actor no cumple, pero resulta explicable porque su pretensión no radica en que se califique nuevamente la conducta por tratarse de una infracción diversa a la que se le endilga a su defendido, sino que su propósito es que se declare la no tipificación del secuestro imputado, por lo que, a la luz de la técnica que gobierna este extraordinario recurso, la censura ha debido presentarla por violación directa o indirecta de la ley sustancial, según que estimara que el error fue en la selección de la norma o en la apreciación de las pruebas, lo cual condujo a la indebida aplicación del artículo 269 del Código Penal.

Al margen de lo anterior, suficiente para desestimar el cargo, es oportuno destacar que los argumentos traídos a colación por el censor tampoco son válidos para demostrar que el ilícito de secuestro simple no se configuró. Veamos:

No es cierto que el sentenciador dedujo la existencia del secuestro de la circunstancia de haber puesto a las víctimas en condiciones de indefensión e inferioridad.

Al respecto el Tribunal Superior de Ibagué a folios 14 y 15 de su proveído manifestó:

> "IV. 3.1. *Del Secuestro.*
>
> "La conducta consistió en que los hoy interfectos Julio Enrique Díaz Núñez y Edgar Campos Medina, siendo aproximadamente las nueve de la mañana del 14 de diciembre de 1988, fueron retenidos en el Barrio La Pola de esta Ciudad, por unos individuos uniformados que resultaron ser un oficial y tres agentes de la Policía Nacional, quienes procedieron a

conducirlos con rumbo desconocido, pero lo que si se evidencia es que al día siguiente –15– a las 2 P.M., fueron hallados sus cadáveres, los cuales presentaban múltiples impactos de proyectil de arma de fuego hechos a corta distancia en la cabeza, alejados a 50 metros de la carretera, en un sector montañoso del sitio denominado Vara Santa, a orillas de un zanjón de aguas lluvias, dentro de la Comprensión Territorial de Ambalema, atados de sus extremidades inferiores y amordazados.

"Como es obvio, las personas objeto material del delito, fueron privadas por los uniformados de su derecho a la libertad de locomoción, contra su voluntad, y posteriormente eliminados, y, despojados de sus bienes y documentos que portaban".

No fue la situación de indefensión de las víctimas –como equívocamente lo insinúa el libelista–, lo que llevó al Tribunal a manifestar que se configuró el ilícito de secuestro, sino que fue el haber sido privadas de su libertad en la ciudad de Ibagué y trasladadas de allí hasta el municipio de Ambalema donde finalmente fueron asesinadas lo que permitió al Juzgador concluir que la conducta se tipificaba dentro del marco del artículo 269 del Código Penal.

Esta situación específica se desprende de las versiones de un sordomudo, quien manifiesta que los uniformados llegaron en una motocicleta al barrio La Pola de la ciudad de Ibagué, a la residencia de Julio Enrique Díaz Núñez, allí amarraron a los dos occisos y se los llevaron, la cual es corroborada por el Teniente Coronel del Ejército Alvaro Pérez Díaz, quien fue informado de estos hechos.

Sobre el punto el sordomudo ayudado de una intérprete señaló:

"Seguidamente el suscrito juez le puso de presente al testigo las fotografías correspondientes a los hoy occisos Julio Enrique Díaz Núñez y Edgar Campos Medina, como también la del vehículo que para la época de los hechos conducía el primero de los nombrados. Siendo interrogado sobre que sabe de éstos, por intermedio de la intérprete, respondiendo con señas el testigo de que ellos se encuentran muertos y en el cementerio.

> Interrogado luego por la intérprete sobre quién o quiénes se los pudieron llevar, mediante señas expresa que se los llevaron dos uniformados que tenían armas y que habían llegado en una moto, uno de ellos usando gafas, con insignias en sus vestimentas y portando un arma cruzada sobre el pecho y que los amarraron. Así mismo que los dos uniformados sacaron sus armas y que llegaron en la moto hasta la casa demarcada con el número 4-114 (la que ocupaba el hoy interfecto Díaz Núñez, para diciembre de 1988) y que otro vehículo con sirena los esperaba o estaba estacionado sobre la carrera 4a-B con calle 4a esquina. Interrogado por el juez por intermedio de la intérprete, quien manejó el vehículo después que a ellos los amarraron, contestó por medio de señas que el de gorro militar con gafas se fue manejando el automotor del hoy occiso Díaz Núñez y que el otro uniformado se fue en la moto". (folio 392 cuaderno No. 4).

Por su parte el Teniente Coronel Alvaro Pérez señaló:

> "Bueno con respecto al señor Díaz Núñez tuve conocimiento de que fue secuestrado en la ciudad de Ibagué, no recuerdo exactamente la fecha, pero creo que fue el 14 de diciembre de 1988 a eso de las nueve de la mañana cerca a la plaza de mercado del Barrio La Pola por tres sujetos que dicen vestían uniformes de la Policía. Posteriormente tal vez dos días después me enteré de que su cadáver había aparecido por los lados de Cambao o Lérida... La información relacionada con el señor Díaz Núñez la obtuve a través de una niña que no se exactamente su nombre, pero me parece que es FABIOLA quien trabajó en la Contaduría de la Sexta Brigada y era prima de la señora del señor Díaz Núñez". (fol. 244 cuaderno No. 4).

También señala el censor que como el sentenciador agregó que el fin propuesto era el homicidio, no se entiende como se deduce un dolo específico para estructurar el ilícito de homicidio y el de secuestro simple.

Del material probatorio obrante en el expediente aparece con claridad meridiana que tanto el ilícito de secuestro como el de homicidio se consumaron. El primero cuando los señores Julio Enrique Díaz Núñez y

Edgar Campos Medina, el 14 de diciembre de 1988, fueron abordados por los uniformados, siendo amarrados y trasladados en el propio vehículo de uno de ellos desde la ciudad de Ibagué hasta la jurisdicción del municipio de Ambalema. El segundo cuando en esa localidad se les segó su vida en forma violenta, por lo que no resulta válido afirmar que si se configura el homicidio el secuestro no se presenta; pero además la circunstancia de indefensión mencionada por el actor viene a constituirse en un agravante del delito de homicidio, que en nada afecta la tipificación del secuestro.

El reproche no prospera.

Segundo Cargo.

Lo hace consistir el censor en un error de hecho en la apreciación del dictamen médico legal, ya que en su concepto de él se desprende que los hechos tuvieron ocurrencia el 14 de diciembre y no el 15 como equivocadamente lo considera el Tribunal y por lo mismo el ilícito de secuestro no se configura.

Lo primero que puede decirse sobre este cargo, es que se queda en una simple afirmación carente de respaldo y demostración. Escasamente se limita a señalar que como el homicidio tuvo ocurrencia el 14 de diciembre y no el 15 del mismo mes, el ilícito de secuestro no se tipifica, dejando a la Corte la tarea de deducir, y aún más, descubrir, las razones de su aseveración.

Al respecto es importante recordar, que el principio de limitación impide a la Corte complementar la demanda, supliendo las falencias y omisiones argumentativas tendientes a demostrar las causales propuestas.

Pasando a otro aspecto, es reprochable que la transcripción que el censor hace de un aparte de la experticia médico legal no corresponda a la verdad. Textualmente manifiesta el libelista:

"*CARGO SEGUNDO:* ERROR MANIFIESTO DE HECHO en la apreciación de la prueba, por DISTORSION de la misma,

al tener como demostrado que los obitados dejaron de existir el día 15 de diciembre de 1988, cuando la realidad es que el Dictamen Médico Legal, que debe ser apreciado y valorado por el Juzgador, no permite hacer tal inferencia. Conforme al mismo (obrantes los folios 6 y 7 del encuadernamiento principal) se vienen en conocimiento que:

'...JULIO ENRIQUE DIAZ NUÑEZ, para el día del levantamiento, que lo fue el 15 de diciembre de 1988, hacia las 6 de la tarde, presentaba por los signos post-mortem, evidencias de haber fallecido *36 a 48* horas atrás...'"

Ahora miremos que dice exactamente el informe de la Necropsia practicada en el cadáver de JULIO ENRIQUE DIAZ NUÑEZ.

"CONCLUSIONES: cadáver de sexo masculino de 36 a 48 horas de fallecido, con múltiples heridas de bala en cráneo (sic) sin otras heridas en le (sic) resto del cuerpo, disparos estos realizados a quemarropa. (menos de 50 cm). Causa probable de muerte; laceraciones cerebrales múltiples y edema causados por proyectil de arma de fuego. Cordialmente. JOSE LUIS MARTINEZ JIMENEZ. Médico Rural. *Ambalema 16 de diciembre de 1988*". (folio 9 cuaderno principal).

Comparadas las dos transcripciones podemos concluir:

a. La del censor es inventada, en ninguno de sus apartes obedece a lo manifestado por el médico legista.

b. Como lo pone de relieve el Procurador en su concepto, el libelista agregó la expresión "para el día del levantamiento", con la intención de dar a entender que las diligencias se produjeron el día en que se llevó a cabo el levantamiento del cadáver, cuando lo cierto es que para dicha fecha el Juzgado Promiscuo Municipal de Ambalema no había solicitado la intervención pericial, lo que ocurrió hasta el 16 de diciembre.

c. Tampoco es cierto que la diligencia de levantamiento del cadáver se produjo a las seis de la tarde, porque en la misma se dejó

expresa constancia de haber sido realizada a las ocho y veinticinco de la noche.

d. Finalmente, ni siquiera coincide el folio en el que manifiesta que obra el reconocimiento médico legal, ya que indica que aparece a folios 6 y 7 del encuadernamiento principal, cuando lo cierto es que se encuentra en los folios 8 y 9, en una táctica más para despistar y confundir a la Sala.

Esta Corporación entiende que en ejercicio del derecho de defensa, es válido presentar cuanto argumento considere conveniente el representante de los intereses del procesado, pero lo que no es permitido, es inventar en forma malintencionada la prueba, en un claro intento de obtener un resultado favorable, alterando la realidad procesal, por lo tanto se compulsarán copias para el Consejo Seccional de la Judicatura –Sala Disciplinaria– con el fin de que si lo estima procedente investigue al abogado QUEIPO ALEJANDRO VARON LOBO, autor de la demanda.

La impugnación será desestimada.

II. Demandas a nombre de César Julio Devia Jiménez y Luis Fernando Luna Serna:

Primero: Nulidad por violación de los artículos 29 de la Constitución Nacional y 2o. del Código de Procedimiento Penal.

Como fundamento central de su ataque, arguye el actor la violación de la presunción de inocencia, en la medida que se le trasladó la carga de la prueba a sus defendidos –CESAR JULIO DEVIA JIMENEZ y LUIS FERNANDO LUNA SERNA–, llegando a afirmar que los funcionarios de instancia se debieron preocupar por verificar las versiones dadas por los procesados y no desacreditarlas de entrada descartando los soportes documentales y testimoniales que las respaldan.

Al respecto varias son las precisiones que se deben hacer:

a) La presunción de inocencia es efectivamente una garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, y reafirmada en

el artículo 2o. de Código de Procedimiento Penal, según la cual "toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal".

Pero como bien lo señala el Ministerio Público, este principio no tiene carácter absoluto, y sus consecuencias se van limitando a medida que se recaudan pruebas que comprometan al implicado, de manera que la propia ley autoriza que ante determinado caudal probatorio el instructor pueda vincular a una persona al proceso, ordenar su detención, o enjuiciarla, sin que por ello se afecte la garantía ni se destruya totalmente la presunción de inocencia, la cual se conserva hasta que exista un pronunciamiento judicial ejercutoriado sobre su responsabilidad.

b) En el caso que nos ocupa, es incuestionable que con el material probatorio recogido en la actuación resultó comprometida gravemente la responsabilidad de los miembros de la institución policial en la cadena de ilícitos investigados, destacándose entre otros elementos de juicio, las declaraciones de varios oficiales que manifiestan que el Teniente Raffán aceptó que en compañía de algunos agentes acabó con la vida de los hoy occisos, ya que hacían parte de una organización guerrillera y estaban dedicados al secuestro.

La presunción de inocencia no fue vulnerada en momento alguno, lo que ocurrió fue que a medida que las pruebas fueron comprometiendo a los imputados, se tomaron las decisiones correspondientes, y ante cargos concretos, correspondía a los procesados aportar los elementos de juicio que estimaran suficientes para desvirtuarlos, sin que eso pueda ser entendido como una inversión de la carga de la prueba.

c) De otra parte, el actor no demuestra por qué considera que la supuesta infracción al principio de la presunción de inocencia genera nulidad, y en su lugar lo que presenta es una alegación que revela inconformidad con la práctica, la valoración y la interpretación probatoria, aspectos estos últimos que no es procedente plantearlos a la luz de la causal tercera, ya que corresponden a la causal primera, violación indirecta de la ley sustancial.

Ejemplo de lo anterior es la afirmación de que como fruto del desconocimiento de la presunción de inocencia, se le negó credibilidad a los testimonios que demostraban las actividades de CESAR JULIO DEVIA durante los días 14, 15 y 16 de diciembre, con lo cual da por demostrado lo que debía demostrar, y se desvía a criticar la valoración probatoria realizada por el juez, mezclando dos temas que debieron ser tratados por separado.

También ilustra este punto, el pasaje de la demanda a nombre de LUIS FERNANDO LUNA SERNA, en donde dice que las pruebas que se referían únicamente a RAFFAN SANABRIA, se trasladaron como por arte de magia en contra de su defendido, problema de tergiversación propio del falso juicio de identidad que pertenece a la causal primera.

d) La autonomía que rige a las causales de casación permite que se puedan formular cargos excluyentes, pero siempre que se presenten por separado, de manera que al interior de cada censura no es procedente mezclar diversos motivos de inconformidad, porque esto conduce a que finalmente no exista claridad sobre la verdadera pretensión del impugnante.

Esta es otra regla que tampoco observa en este caso el defensor, y para establecerlo basta tener en cuenta las referencias que hace a la supuesta irregularidad, consistente en no haber investigado con igual celo las circunstancias que favorecían a su representado, tema que pertenece al ámbito del derecho a la defensa, y sobre el cual tiene también una gran confusión, pues no darle crédito a unas pruebas no significa que no se haya averiguado con igual eficacia lo favorable y lo desfavorable a los acusados.

La censura no prospera.

Segundo: Violación del Título III del libro Segundo del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos y el Juzgamiento (Indagación Preliminar, hoy Investigación Previa).

Su planteamiento radica en que la indagación preliminar fue excesivamente prolongada y que para el 24 de enero de 1989 contaba con prueba idónea que le permitiera la identificación de los sujetos procesales y que como no se abrió la investigación penal con ello se vulneró el sagrado derecho a la defensa.

De acuerdo con el artículo 341 del estatuto procesal vigente para la época de los hechos, la indagación preliminar tenía las siguientes finalidades:

a. Determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que ha llegado a conocimiento de las autoridades.

b. Si está descrito en la ley penal como punible.

c. Recaudar las pruebas indispensables para identificar o individualizar a los posibles autores o partícipes del hecho.

Estos aspectos que constituyen las finalidades de esta etapa preprocesal, deben ser valorados por el funcionario instructor para determinar si es viable dar inicio o no al proceso penal, siendo en consecuencia este funcionario el encargado de señalar en qué momento es posible tomar esta decisión.

A juicio del recurrente el sumario ha debido iniciarse desde la fecha en que se practicó la inspección judicial al proceso que se seguía en el Juzgado 75 de instrucción Penal Militar por abuso de confianza, (enero 24 de 1989), pero no tiene en cuenta que lo que realmente se hizo en esa diligencia fue aportar fotocopias de toda la actuación, las cuales, como es obvio, solo después de su cuidadoso estudio podían servir de base para cualquier determinación. Lo que allí existía era un diligenciamiento iniciado por abuso de confianza y posteriormente cambiado a hurto, falsedad y estafa, pero desde luego era necesario encontrar pruebas que permitieran vincular a esos mismos acusados con el homicidio que en ese instante estaba en diligencias previas, por esa razón el instructor fue prudente y sólo ordenó la apertura de la investigación en marzo 27 siguiente.

Es claro que el demandante tiene un criterio distinto al que en su momento adoptó el Juez de Instrucción Criminal para orientar el proceso, y dada la complejidad del hecho no es extraño que tuvieran cabida varios puntos de vista, pero lo que para la Sala no ofrece duda, es que en ningún momento se le puede atribuir al investigador que tuvo el propósito de practicar pruebas a espaldas de los procesados, o que no inició la instrucción con la intención de desconocerles su derecho a controvertir los medios de prueba allegados.

Una demostración contundente de la corrección con que fue adelantado el trámite procesal, lo constituye la forma como sindicados y defensores ejercieron su derecho a intervenir activamente en defensa de sus intereses, siendo así que solicitaron pruebas y participaron en su práctica, presentaron alegatos, interpusieron recursos, e incluso el imputado DEVIA JIMENEZ amplió en dos oportunidades su indagatoria, sin que el Juez obstaculizara para nada la activa participación de la defensa. La apertura de instrucción fue en marzo 27, pero se prolongó hasta octubre 9 del mismo año, fecha en la cual se ordenó el cierre, de modo que no corresponde a la verdad la supuesta lesión a las garantías de los acriminados.

De otra parte, olvida el actor que el artículo 344 del Decreto 050 de 1987 establecía la posibilidad de que el imputado solicitara su propia versión, que necesariamente debía ser recibida en presencia de su defensor, momento a partir del cual éste podía conocer lo adelantado hasta entonces, alternativa que no fue utilizada, y antes bien, durante todo ese tiempo trataron de evitar cualquier relación con los homicidios que se investigaban por separado, inventando toda clase de coartadas.

Como tantas veces lo ha repetido la jurisprudencia, el simple hecho de que se hubiere sobrepasado el término previsto para la indagación preliminar no da lugar a nulidad. Otra cosa sería que se demostrara que el instructor se negó a abrir la investigación para poder recaudar las pruebas sin intervención de la defensa, hecho que en este caso efectivamente no se dio.

Tampoco es cierto que las pruebas practicadas en esa etapa previa al sumario, "apuntaban directamente contra los procesados", porque si se

revisa minuciosamente el expediente, se ve claramente que el funcionario instructor estuvo atento a determinar si las actividades a las que se dedicaban los hoy occisos, así como el tipo de relaciones que los mismos tenían, hubieran sido la causa de su muerte. Incluso se investigó si un incidente que tuvo el señor Julio Enrique Díaz Núñez con anterioridad, en el que recibió un disparo, al parecer por tratar de hurtarle el vehículo, tenía o guardaba relación con este hecho. En fin la actividad en la indagación preliminar se encaminó a dilucidar aquellos aspectos que eran necesarios para poder darle inicio al proceso, y no para tratar de recopilar el material probatorio perjudicial para los procesados como lo da a entender el libelista.

Lo dicho es suficiente para concluir que el cargo debe ser desestimado.

Tercero: Violación del derecho de defensa.

Constituye una simple reiteración del cargo precedente, en el que nuevamente se plantea la violación del derecho de defensa con los mismos argumentos esbozados con anterioridad, por lo que las consideraciones expuestas respecto del segundo cargo son válidas en relación con el que ocupa nuestra atención en este instante.

Sin embargo resulta oportuno hacer algunas consideraciones adicionales así:

El censor confunde el principio Constitucional que establece que la prueba ilícita es nula de pleno derecho, con las irregularidades que dan lugar a la nulidad del proceso. El hecho de que una prueba sea nula no invalida la actuación, simplemente ella no pueda ser tenida en cuenta en la decisión. Para que sea viable decretar la nulidad del proceso es necesario demostrar la existencia de un error que afecte su estructura formal a las garantías de los sujetos procesales.

El hecho de que las pruebas que sirven de fundamento a una sentencia se hayan recaudado durante la indagación preliminar, no significa que resulta afectado el derecho a la defensa, pues es la propia ley la que

establece como uno de los fines de ese período el obtener pruebas sobre los autores y partícipes del punible, de manera que ellas pueden ser apreciadas en el fallo y de ningún modo se pueden calificar como obtenidas a espaldas de los procesados. Además, existiendo como existió en este caso, tan amplia oportunidad para controvertir las pruebas y la sindicación endilgada a los vinculados a la actuación, resulta verdaderamente ajeno a la realidad procesal el reproche aduciendo violación del derecho a la defensa.

Finalmente, cabe aclarar que si el libelista consideraba que se dejaron de practicar pruebas injustificadamente, y que su apreciación habría sido trascendente, ha debido formular un cargo separado demostrando su afirmación de manera clara y precisa, y no limitarse a hacer en el desarrollo de los ataques formulando comentarios, que antes que contribuir a su sustentación, introducen perplejidad sobre la verdadera inconformidad del recurrente.

III. Casación Oficiosa:

La ley 23 de 1991 vigente a partir del 21 de marzo del mismo año, estableció en su artículo 1o. numeral 14, que se asignan a los Inspectores Penales de Policía, o a los Inspectores de Policía donde aquellos no existan y en su defecto a los Alcaldes el conocimiento de algunas contravenciones especiales, dentro de las que se encuentra la de Estafa cuya cuantía no exceda de diez salarios mínimos legales.

En el caso en estudio el Juzgado Segundo Superior de Ibagué condenó a LUIS ALBERTO RAFFAN SANABRIA y CESAR JULIO DEVIA JIMENEZ, entre otros delitos, por el de tentativa de estafa en cuantía de $17.220.

Acorde con la normatividad de la ley 23 de 1991, nos encontramos ante una contravención especial, de competencia de los Inspectores Penales de Policía, que de acuerdo con el artículo 18 del Decreto 800 de 1991 obligada al rompimiento de la unidad procesal, razón por la cual debe esta Sala decretar nulidad parcial del proceso en relación con este hecho, que debe ser investigado y juzgado por las autoridades

mencionadas y de conformidad con el respectivo procedimiento, debiendo compulsarse copias de lo actuado.

Como consecuencia lógica de lo anterior, se deberá reducir la pena impuesta para ajustarla al marco de legalidad. Teniendo en cuenta que nos encontramos frente a una conducta de estafa, que además se realizó bajo la modalidad de tentativa y en la cuantía señalada, la pena se reducirá en tres (3) meses para cada uno de los procesados condenados por ese hecho, y se les suprimirá la multa quedando como pena definitiva la siguiente: Para Luis Alberto Raffán Sanabria veinticinco (25) años y nueve (9) meses de prisión, y para César Julio Devia Jiménez veinticuatro (24) años y nueve (9) de prisión. La interdicción de derechos y funciones públicas se mantiene en el término señalado en el fallo.

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

Resuelve:

Primero: Desestimar las demandas presentadas por los defensores de los procesados LUIS ALBERTO RAFFAN SANABRIA, CESAR JULIO DEVIA JIMENEZ y LUIS ALBERTO MEDINA CASTILLO.

Segundo: De oficio casar parcialmente la sentencia recurrida, decretando la nulidad parcial del proceso en relación con el delito de Estafa en la modalidad de tentativa, por no ser de competencia de la justicia ordinaria. En consecuencia compúlsense copias de la actuación y remítanse a las autoridades de Policía de esta ciudad para que se investigue por aparte la contravención especial "Estafa".

Tercero: Reducir la pena de prisión a LUIS ALBERTO RAFFAN SANABRIA y CESAR JULIO DEVIA JIMENEZ en tres (3) meses y suprimir la multa impuesta conforme a lo dicho en la parte motiva.

Cuarto: Compulsar las copias con destino a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, para que si tiene a bien realice la

investigación correspondiente contra el Dr. Queipo Alejandro Varón, tal como se dejó reseñado en esta providencia.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"; *Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO

El prevaricato es un delito contra la Administración pública, y por tanto basta con el daño causado a ésta, o con la posibilidad de ocasionarlo, para afirmar la antijuridicidad de la conducta, calificativo que no desaparece por la circunstancia de que eventualmente el hecho pueda no haber producido perjuicio "en los sujetos procesales".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 128.

Por vía de apelación revisa la Sala la sentencia de 17 de mayo de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali absolvió al doctor GERARDO ANTONIO FRANCO GARCIA, ex Juez del Distrito Penal Aduanero de Buenaventura, del delito de prevaricato que se le había imputado en la resolución de acusación.

Antecedentes:

1. El 22 de octubre de 1986, a la altura del kilómetro 11 de la carretera que conduce de Buenaventura a Cali, una patrulla de la Aduana Interna de dicha ciudad detuvo y requisó el vehículo Renault 4 de placas NB-5033, conducido por Fabián Cardona Rojas y halló dentro del mismo cigarrillos y licores de contrabando. Mientras se inventariaba esta mercancía, Cardona Rojas, al parecer, abandonó en el automóvil el lugar.

El Juzgado Segundo de Instrucción Penal Aduanero abrió investigación, practicó algunas pruebas y luego remitió el proceso, por competencia, al Juzgado Tercero de Distrito Penal de Cali, ordenando

"adelantar las averiguaciones del caso para establecer el destino del vehículo a bordo del cual se transportaba la mercancía retenida materia de investigación" (fls. 5).

Posteriormente el expediente fue enviado, también por competencia, al Juzgado del Distrito Penal Aduanero de Buenaventura, a cargo del doctor Gerardo Antonio Franco García, quien el mismo 15 de septiembre de 1987 avocó su conocimiento y ordenó la retención del automotor referido (fls. 16), el cual fue puesto a su disposición el 15 de julio de 1988 por el Jefe de Impuestos de Cali (fls. 8). El señor Ariel Humberto Cetina Salazar, propietario del automóvil, dio poder a un abogado para que gestionara su entrega, petición que éste hizo el 26 de julio de dicho año. El 2 de agosto siguiente el Juez Franco García, sin proferir auto alguno, libró el oficio No. 348 con destino al Director de Tránsito y Transporte de Cali, informándole la "entrega incondicional" del vehículo al mencionado dueño (fls. 53).

2. Como se advirtiera la irregularidad de la entrega de dicho automóvil (este hecho lo denunció el doctor Ricardo De La Pava Marulanda –fls. 2–), la Procuraduría adelantó la respectiva investigación y por medio de resolución No. 004 de 20 de mayo de 1991 (fls. 11 y ss) acusó al Juez y demandó del Tribunal Superior de Aduanas la correspondiente sanción. La citada corporación, por conducto de una de sus Salas Disciplinarias y mediante fallo de 16 de enero de 1992 (fls. 19 y ss), le impuso al acusado suspensión en el cargo por 20 días y expidió las copias de rigor con destino a la Sala Penal del Tribunal de Cali, que abrió investigación y practicó algunas pruebas.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, el proceso pasó, por competencia, a la Fiscalía Delegada ante dicha corporación, la cual declaró persona ausente al doctor Franco García, quien capturado posteriormente rindió indagatoria (fls. 217), diligencia en la cual dijo tener 32 años de edad, haber litigado y haber sido Juez de Distrito Penal Aduanero de Buenaventura por dos años largos. Sobre los hecho explicó que dispuso la retención del automotor con el fin de establecer si era o no de contrabando, y que al encontrar todos los documentos en regla ordenó su entrega. Afirma que no tuvo conocimiento

del poder que el dueño del vehículo dio al abogado ni de la petición que éste hiciera de entrega de aquél, anotando que "en estos casos siempre se debe dictar auto interlocutorio, pero por algún descontrol de la Secretaría no aparece notificado el señor Fiscal de entonces" (fls. 217 vto.). Asevera que actuó de buena fe y que no perjudicó a nadie con la actuación que se le reprocha, e insiste en estar seguro de que el referido auto interlocutorio "debió extraviarse o confundirse con los documentos de la mesa del Secretario" (fls. 218-1).

Dictada medida de aseguramiento de caución prendaria por el delito de prevaricato (fls. 233 y ss-1), la investigación se clausuró y calificó mediante resolución de 26 de agosto de 1993 (fls. 273), con acusación por dicho delito en su forma omisiva (art. 150 C.P.). "Sin lugar a dudas –dice la providencia a fls. 274– el plurimencionado funcionario actualizó el tipo referido cuando sin proferir providencia alguna de sustentación o interlocutoria –historia asaz conocida dentro del protocolo–, impulsó mediante simple oficio la devolución de un vehículo automotor, entrabado en el otrora punible de contrabando, preteritiendo los conductos de obligatoria observancia, máxime cuando existía un petitum reclamatorio formulado por la parte interesada".

Apelada dicha providencia por el procesado, la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte declaró desierta la impugnación por no haber sido sustentada (fls. 292 y ss).

3. El Tribunal Superior de Cali celebró audiencia pública el 17 de marzo de 1994 (fls. 320 y ss.), en el curso de la cual los sujetos procesales alegaron, sustancialmente, lo que a continuación se anota:

–El procesado doctor Franco García dijo inicialmente que ordenó la retención del vehículo, dado que el mismo era medio de transporte de la mercancía de contrabando (fls. 321) y que estimó que no era necesario tramitar incidente para dicho procedimiento, pues dispuso la incautación del automóvil "para averiguar su procedencia". Dice finalmente: "Estimo que este fue un caso sui generis, porque el vehículo no fue retenido en el momento en que se transportaba esa mercancía, sino que dentro de mis funciones y ya posteriormente quise verificar su procedencia como lo

anoté y mi interpretación fue que una vez agotado este procedimiento debía devolverlo de la misma manera y entendí que en ese proceder no existía dolo ni violación a disposiciones legales o procedimentales" (fls. 321 vto.).

–Por su parte, el Fiscal Delegado ante el nombrado juzgador de primera instancia consideró que en cuanto a la entrega que del vehículo hizo el procesado, "precisamente las exigencias de ley garantizaban la intervención de todos los sujetos procesales entrabados en investigación por contrabando, derecho que les fue coartado cuando por un oficio se mutilaron hipotéticos recursos y se enervó el resorte que permitía el grado de jurisdicción denominado consulta, tal como acertadamente lo anotara el desaparecido Tribunal Superior Sala Disciplinaria" (fls. 322 vto.). Concluye diciendo que como el procesado "evadió el cumplimiento de su deber, debe recibir la condigna sanción" (fl. cit.).

–Por último, el defensor del acusado sostiene la inculpabilidad del comportamiento endilgado al ex Juez y en ese orden de pensamiento precisa: "...el concepto de dolo, que es atribuible a este tipo de conductas (como cualquier dolo jurídicamente entendido), parte de dos grandes cimientos: el conocimiento del agente en relación con un acto delictivo y la voluntad de llevar a efecto dicho acto. Aceptemos en gracia de discusión que las condiciones intelectuales y del orden cultural-jurídico que deben ser inherentes a un administrador de justicia, no le permitan servir de argumento para que se le exonere de responsabilidad, lo que no podemos aceptar ni siquiera en gracia de discusión, es esa segunda faceta del dolo, que es el aspecto volitivo (es decir la intencionalidad de causar daño), lo que nos permite, recapitulando, aceptar que la conducta de mi cliente fue típica, fue antijurídica, y que no permite exonerarse de responsabilidad dolosa desde el punto de vista de su conocimiento jurídico, sin embargo, que sí admite la exoneración de responsabilidad por su no intencionalidad, que es, al final de cuentas, el complemento del dolo como forma de culpabilidad" (fls. 325 vto.).

4. La providencia apelada:

Mediante sentencia de 17 de mayo de 1994 (fls. 328 y ss-1), dicho Tribunal absolvió al procesado doctor Gerardo Antonio Franco García del delito contra la administración pública materia de enjuiciamiento.

Esta Corporación dice, primeramente, que el automóvil no fue retenido en el momento de producirse la incautación de la mercancía señalada de contrabando, sino después por orden del Juzgado. "En otras palabras –expresa– el proceso investigativo adelantado por el Juzgado de Aduanas a cargo del acusado, no giraba en relación con la procedencia del automóvil, sino de la mercancía hallada en su interior y que había sido puesta oportunamente a órdenes del funcionario competente. Significa lo anterior que si el vehículo en referencia no formaba parte de la investigación y que su retención obedeció a un procedimiento cautelar, su devolución no tenía necesariamente que sujetarse a los trámites establecidos por la codificación del ramo, pues no se trataba de un bien con titularidad disputable entre el Estado y quien lo reclamaba como dueño legítimo. Por tanto, su incorporación de manera impropia a ese proceso, tampoco podía determinar el pronunciamiento de una providencia después de agotar un trámite innecesario e igualmente impropio" (fls. 338 y 339-1).

Luego dice que si es dable admitir que existió irregularidad en la dicha entrega, no puede afirmarse que la misma estuvo presidida por el dolo, aparte de que con ella tampoco se causó daño alguno a nadie, anotando que "el reproche a la conducta omisiva resulta legítimo cuando se trata de decisiones legítimas que deben tomarse en el proceso, pero no cuando se busca definir una relación jurídica exótica como la que traduce el acto omisivo del ex Juez Franco García, porque el decomiso o retención del automóvil se había dispuesto más para satisfacer inquietudes o especulaciones propias de la investigación que por la certeza probatoria de que dicho automotor estuviese bajo cargos concretos de haber ingresado ilegalmente al país, cosa que nunca sucedió y que, por lo mismo, nunca concitó reclamo del Estado o de terceros de manera que pudiera decirse hoy que hubo afectación de algún interés jurídico dentro del proceso" (fls. 343 y 344-1).

Concluye el fallo:

> "Que se omitió el trámite del incidente, es un hecho inobjetable, pero que esa omisión conduzca irremediablemente a identificarla con el dolo es bien distinto al no existir elemento

de juicio que certeramente permitan deducir que el ex Juez acusado obró con voluntad y conciencia de transgredir el ordenamiento procesal, así se admita como desacertada la decisión.

"En un acercamiento más objetivo al caso concreto que se endilga al ex Juez Franco García, cabe reflexionar en este sentido: frente a un decomiso de las características del que rodeó la retención del automóvil Renault-4 de que aquí se habla, ha señalado el legislador un procedimiento expreso?. No lo parece, pues el artículo 146 (hoy 65 C. de P.P.) estaba reservado para casos específicos, clásicos, que se describen en el contexto de esa normatividad. Entonces, frente a un vacío normativo sobre la materia, no aparece desfasado que el funcionario obrara como lo hizo, sin que en su conducta influyera –como él lo explica– ánimo distinto al de no querer perjudicar a nadie con la retención prolongada del automotor. Y esa buena fe excluye el dolo, sin el cual no cabe hablar de delito, incluido el prevaricato, pues esta figura jurídica, en la modalidad omisiva que es materia de este juzgamiento, apareja por sí sola un 'no actuar' conforme a determinadas reglas, reglas que en este evento no han sido diseñadas por el legislador y que por lo tanto admitían una interpretación razonable y lógica y fue lo que precisamente hizo el procesado" (fls. 345 y 346-1).

Criterios de las apelaciones:

Contra este fallo interpusieron apelación el Procurador 62 en lo Judicial –Asuntos Penales– y el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior.

Este último, al sustentar dicho recurso, expresa: "El motivo de mi disentimiento, respetuoso por lo demás, radica de manera fundamental en mi total alejamiento de la exégesis desarrollada por el respetable triunvirato frente al caso *sub-litem*, ya que existían normas precisas en el estatuto Penal Aduanero que regulaban la materia y que no admitían espacios hesitacionales en su interpretación, tal como lo manifestara la Sala Disciplinaria del desaparecido Tribunal Superior de Aduanas en un

proceso displinario –y al respecto existe unidad doctrinaria y jurisprudencial– que sí reclamaba el elemento culpabilidad para la estructuración del comportamiento sancionado" (fls. 355).

Argumenta que el vehículo "no fue decomisado para averiguar su procedencia, sino por que en él se transportaba mercancía de contrabando y se trataba de establecer quién lo conducía o quién era el propietario, poseedor o tenedor legítimo, a la época del decomiso, y así poder finiquitar, acertadamente, el respectivo proceso penal aduanero. Mientras todo esto se establecía, cosa que no hizo y ni siquiera se intentó, lo procedente y recomendable era la entrega provisional del vehículo, sin que tenga eco estantías exculpaciones tratando de justificar la insumisión a claros parámetros procedimentales" (fls. 356. Negrillas del original).

De su lado, al hacer lo propio el Procurador 62 en lo Judicial –Asuntos Penales–, manifiesta en primer lugar, que la retención del vehículo no se efectuó para averiguar su procedencia –como admite el fallo impugnado– sino porque era medio de transporte de la mercancía de contrabando, de conformidad con los artículos 53 y 55 del estatuto Penal Aduanero (Decreto 051 de 1987). "Lejos de constituir –dice este apelante– la retención de vehículos un hecho exótico como se desprende del fallo de instancia, su aprehensión se constituía en un imperativo legal por haber servido como medio de transporte a mercancía de contrabando, contingencia que obligaba a tramitar su devolución, atendida la petición de quien se acreditó como propietario, mediante trámite incidental, pues así lo disponía el numeral 5o. del artículo 46 del estatuto penal Aduanero, en armonía con los artículos 143 y ss. del anterior Código de Procedimiento Penal, trámite que el procesado omitió" (fls. 360). Añade que el dueño del vehículo tenía entonces, de acuerdo con la ley, calidad de sujeto procesal.

Estima que los hechos muestran "inequívocamente" que el procesado incurrió en prevaricato omisivo, máxime si se tiene en cuenta la experiencia de aquél en estas materias. Expresa luego: "La entrega del vehículo en la forma como lo hizo el acusado no constituye ligera irregularidad como lo dice el fallador de instancia, pues al omitir el trámite incidental para la entrega del vehículo, resultaron vulneradas de manera

grave las formas procedimentales establecidas para el caso, toda vez que se burló la oportunidad para que algunos de los sujetos procesales intervinientes en el proceso se opusieran a la entrega del vehículo en caso de no ajustarse a los supuestos de hecho involucrados en esa determinación, entrega de plano que de otra parte se llevó de bulto el grado jurisdiccional de consulta requerido para darle firmeza a las providencias que ordenaban la entrega definitiva de la mercancía o de los medios de transporte o de sus precios, como lo consagraba el artículo 50 del estatuto Penal Aduanero" (fls. 362). Agrega, por último, que no es cierto tampoco que el Estado no estuviera interesado en el automotor, ya que por disposición legal, el vehículo en cuestión estaba llamado a ser rematado y el precio del mismo destinado a ingresar a las arcas del Estado", de lo cual concluye que "la conducta investigada si era susceptible de causar daño".

Este impugnante remata así, la sustentación:

> "En consecuencia, esta representación del Ministerio Público encuentra contraria a la evidencia la ABSOLUCION impugnada, de allí que demande un fallo de CONDENA y como quiera que la absolución encuentra soporte en la interpretación de los hechos con un absoluto desconocimiento de claros dispositivos del estatuto Penal Aduanero, ello amerita las explicaciones del caso por parte de la Sala de Decisión Penal promulgadora de la sentencia impugnada, razón por la cual se solicite a la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, proceder de conformidad" (fls. 363).

Consideraciones de la corte:

1. Princípiese por recordar, transcribiéndolas, las normas del Estatuto Penal Aduanero (Decreto 051 de 1987) que en su momento regularon el asunto que originó este proceso.

a) Artículo 53. "Aprehensión. Toda persona que aprehenda mercancía de contrabando la entregará en depósito inmediatamente, en el Fondo Rotatorio de Aduanas, junto con los medios de transporte, y comunicará los hechos al juez dentro de las veinticuatro horas siguientes".

b) Artículo 46. "Los sujetos procesales son: (...) 5o. Por medio de apoderado, los terceros de buena fe que tengan derecho patrimonial sobre los bienes involucrados en el proceso. Su intervención se tramitará como incidente de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal".

c) Artículo 50. "Consulta. Son consultables, cuando no se hubiera interpuesto recurso de apelación dentro del término legal, la sentencia absolutoria y las providencias que ordenen la entrega definitiva de la mercancía o de los medios de transporte, o de sus precios".

d) Artículo 65. "Remate. De no ser posible la venta directa, el juez, por auto de sustanciación, ordenará el remate de la mercancía y medios de transporte, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, sobre la base del avalúo judicial, por conducto del Fondo Rotatorio de Aduanas o de Martillo legalmente autorizado".

De conformidad con las normas que acaban de transcribirse, para la Sala es absolutamente claro que la aprehensión de los medios de transporte utilizados para movilizar la mercancía de contrabando, lejos de ser una medida "exótica" o "irregular", como inexplicablemente la califica el Tribunal en el fallo impugnado, era un mandato legal de obligatorio cumplimiento, no sólo para quienes incautaran la mercancía, sino también para los jueces, en el supuesto de que aquellos no lo obedecieran.

Aparece nítido también para la Corte, que decomisado el automotor que servía para transportar la mercancía de contrabando y vinculado al respectivo proceso, bien sea por iniciativa de los aprehensores de la mercancía u oficiosamente por el juez, como ocurrió en este caso, la entrega definitiva del mismo únicamente podía ser ordenada previa la tramitación de un "incidente de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal".

Tampoco ofrece la menor duda para la Sala que la entrega definitiva de los medios de transporte era necesario disponerla, después de culminado el incidente, mediante auto interlocutorio susceptible de los recursos ordinarios, pero de todos modos consultable.

Ante la absoluta claridad de estos preceptos, no puede la Corte entender cómo el Tribunal, para fundamentar la absolución recurrida, expresó que la aprehensión del vehículo en que se transportaba la mercancía de contrabando decomisada fue "irregular" o "exótica". Mayor perplejidad y asombro causa a esta Sala la siguiente expresión, que sirvió también como argumento para el fallo impugnado: "si no hay una absoluta legitimidad en el decomiso (ya la Corte demostró que sí la hubo), tampoco puede exigirse legitimidad en los mecanismos de entrega cuando se han despejado las dudas que justificaron el irregular procedimiento".

Con igual contundencia debe ser rechazada también la aseveración del a quo, en el sentido de que el legislador no señaló "un procedimiento expreso" para la devolución de un vehículo oficiosamente decomisado por el juez. Parecería que no conociera el ya transcrito artículo 46 del Estatuto Penal de Aduanas, que le reconoce carácter de sujeto procesal a "los terceros de buena fe que tengan derecho patrimonial sobre los bienes involucrados en el proceso", pero sin distinguir, porque ninguna necesidad ni conveniencia había, si esta involucración tenía su origen en la actividad de los aprehensores de la mercancía u obedecía a una decisión oficiosa del juez.

De la misma manera y con idéntico énfasis debe rechazar esta Sala las extrañas consideraciones hechas por el Tribunal para negarle el carácter de antijurídico al proceder del acusado, toda vez que ellas van en contravía de las normas legales que regulaban este asunto. Olvidó el a quo que el prevaricato es un delito contra la Administración Pública, y que por tanto basta con el daño causado a ésta, o con la posibilidad de ocasionarlo, para afirmar la antijuridicidad de la conducta, calificativo que no desaparece por la circunstancia de que eventualmente el hecho pueda no haber producido perjuicio "en los sujetos procesales". Mayor repudio merece la categórica aseveración del Tribunal, de que ni siquiera el Estado tenía interés "en reclamar el vehículo en referencia", pues una conclusión diametralmente opuesta es la que se impone de la simple lectura del artículo 65 ya transcrito, que ordena el remate no sólo de la mercancía de contrabando sino también de los medios que sirvieron para transportarla. Ni el acusado ni su defensor se atrevieron a tanto, pues ambos admitieron que el hecho imputado era típico y antijurídico. Si reclamaron una

sentencia absolutoria, fue sólo bajo la consideración de la ausencia de dolo, pero nada más.

2. Dentro del proceso está plenamente acreditado, y ésto no ha sido cuestionado por ninguno de los sujetos procesales, que el doctor GERARDO ANTONIO FRANCO GARCIA, en su calidad de Juez del Distrito Penal Aduanero de Buenaventura, dispuso la devolución y entrega definitiva del vehículo de placas NB-5033, que había sido vinculado a un proceso que por el delito de contrabando adelantaba su despacho, pero no mediante auto interlocutorio que resolviera el incidente que por mandato expreso de la ley tenía que tramitar, sino por medio de un simple oficio dirigido al Director de Tránsito y Transportes de la ciudad de Cali, con lo cual violó de manera ostensible el artículo 46 del Estatuto Penal Aduanero y las demás normas relacionadas con éste.

Este comportamiento tipifica el delito de prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del Código Penal, tal como lo concretó la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (fls. 273 y ss.).

La conducta del acusado fue, a no dudarlo, como sin razón lo hizo el a quo, antijurídica, pues es claro que con ella resultaron lesionados no sólo el buen nombre de la Administración Pública, sino también los intereses del Estado en cuyo favor podría, eventualmente, haberse rematado el bien aprehendido, y que con la decisión del ex juez no pudieron tutelarse, ya que no se tramitó el incidente dispuesto por la ley, ni se ordenó la entrega mediante interlocutorio, que una vez notificado tenía que ser objeto de consulta, en el vento de que los sujetos procesales no lo apelaran, como bien podían hacerlo.

También para la Sala está plenamente acreditada la culpabilidad del acusado, a título de dolo, que es la única forma que admite el delito de prevaricato, y que consiste, en este caso, no en el propósito de inferir daño a alguien, sino en omitir, consciente y voluntariamente, la actividad ordenada por la ley.

Las explicaciones vertidas por el acusado durante la audiencia y que fueron alegremente aceptadas por el *a quo*, no son de recibo para la Corte,

no sólo por la experiencia de aquel en el desempeño de las funciones de juez penal de aduanas, como que para la fecha en que ordenó la entrega del vehículo (2 de agosto de 1988) llevaba casi dos años de estarlas desarrollando (desde el 17 de septiembre de 1986 –fl. 64–), sino además porque dichas explicaciones carecen de consistencia.

En efecto. Es importante destacar cómo el acusado sostuvo en su injurada, contra toda evidencia procesal (a este respecto puede verse la inspección judicial que obra al folio 47), que él sí dictó una providencia ordenando la entrega del vehículo, la cual "debió extraviarse o confundirse con los documentos de la mesa del secretario, Franklin González, pues una vez dictado el auto a él le correspondía dentro de sus funciones realizar la notificación al Ministerio Público" (fl. 218). Y esta mentirosa afirmación del procesado era apenas lógico que se produjera, ya que él era consciente de que la entrega del vehículo, así hubiese dispuesto su aprehensión oficiosamente, sólo podía ordenarse mediante providencia de carácter interlocutorio, tal como sin ambages lo admitió en su indagatoria, cuando expresó: "en esos casos *siempre se debía dictar auto interlocutorio*" (fl. 217 vto.). Lo único que el procesado cuestionó fue la obligación de la consulta, respecto de lo cual dijo: "no fue mi intención obrar de mala fe sino que como cuando el resguardo era quien retenía el vehículo ahí entendí si se consultaba". Y no obstante que según las propias exculpaciones del procesado éste admitió que la decisión de entregar el vehículo para que fuera legal era menester disponerla en proveído interlocutorio, el Tribunal, olvidándose de ésto, no tuvo empacho alguno para acoger las postreras explicaciones del ex juez, cuando durante la audiencia sostuvo que "de la misma manera como ordené su retención entendí que debía ordenar su devolución", dando a entender así que tampoco se requería de providencia alguna.

En otros términos: así el Tribunal, contra toda evidencia, hubiera llegado a la conclusión de que la decisión de entregar la mercancía no era consultable, por las inaceptables razones que esgrimió el procesado, es censurable que también sobre este aspecto hubiera desbordado las explicaciones del propio incriminado, pues terminó excusándolo no sólo por omitir la consulta, sino también hasta por ho haber proferido auto alguno.

Es importante destacar, así mismo, que el acusado tenía conocimiento de que en el vehículo cuya entrega ilegalmente efectuó se había transportado la mercancía de contrabando, y que por ello precisamente ordenó su aprehensión, tal como lo manifestó en la audiencia: "En el caso concreto de este vehículo y *conociendo que en él se había transportado mercancía que fue declarada de contrabando, entendí como un deber elemental ordenar su retención...*" (fl. 321). Más explícito sobre este aspecto había sido en su indagatoria: "Mi deber frente a los vehículos que transportan mercancía de contrabando es averiguar si el vehículo también es de contrabando, obtener los documentos de tránsito, el manifiesto de importación de la aduana, establecer la propiedad..." (fl. 217 vto.).

Este último aserto del procesado, en el sentido de que sólo ordenó la aprehensión del vehículo para verificar si era de legítima procedencia pero no en acatamiento de lo dispuesto por los artículos 53 y 65 del Estatuto Penal Aduanero, que fue acogido por el Tribunal sin reflexión alguna, tampoco es admisible para la Corte por no obedecer a la realidad de lo ocurrido.

Prueba de ello es que todo el diligenciamiento relacionado con el automotor aprehendido, desde la captura hasta su entrega, lo tramitó en el mismo proceso que cursaba para investigar el contrabando de la mercancía y no en uno distinto, como hubiera sido lo lógico de ser cierta su versión de que por ho haber sido aquel vehículo puesto a su disposición por los aprehensores de la mercancía, era imposible vincularlo con el contrabando de éstas.

Y a pesar de lo anterior, el Tribunal no tuvo inconveniente alguno en sostener, contrariando la realidad de lo ocurrido, que "el proceso investigativo adelantado por el Juzgado de Aduanas a cargo del acusado, *no giraba en relación con la procedencia del automóvil*, sino de la mercancía hallada en su interior y que había sido puesta oportunamente a órdenes del funcionario competente" (fl. 338). No se entiende cómo pudo el a quo desechar, para llegar a esta insólita conclusión, las clarísimas palabras del mismo autor de la conducta punible, ya recordadas antes: "Mi deber frente a los vehículos que transportan la mercancía de

contrabando es averiguar si el vehículo también es de contrabando". También es motivo de mucha perplejidad para la Corte que el a quo tampoco hubiera tenido en cuenta que el mismo procesado era quien por auto de 15 de septiembre de 1987, había decidido "retener y dejar a disposición de ese Juzgado el vehículo de placas NB-5033".

Pero lo peor, y es una consideración que surge de bulto y que extrañamente el Tribunal también pasó por alto, es que aún aceptándose, como lo hizo éste, las explicaciones del ex juez, de todas maneras la entrega definitivamente del vehículo debía ser dispuesta mediante auto que tenía el grado jurisdiccional de la consulta, y jamás por oficio, que no era notificable, ni recurrible, ni mucho menos, susceptible de ser sometido a una consulta que precisamente se quería eludir.

De veras. Si como el acusado afirma, la orden de aprehensión del automotor sólo tenía por fin determinar si era o no legítima su procedencia, que bueno es advertir nadie cuestionó, obviamente ello implicaba que este vehículo, en vez de aparecer vinculado al proceso por haber servido para transportar la mercancía de contrabando, pasaba ya a ser objeto material (mercancía) de otro delito de contrabando. Y si el ex juez acusado, como lo ha dicho, pudo establecer que el tantas veces mencionado automotor había sido lícitamente adquirido, pues desde luego que ha debido entregarlo, tal como lo disponía el artículo 70 del Estatuto Penal Aduanero, pero también mediante el mismo procedimiento señalado en el ya referido artículo 50 ibídem.

Como consecuencia de todo lo expuesto la sentencia impugnada se revocará, pues la razón asiste a los apelantes, toda vez que en este proceso se logró demostrar, plenamente, como lo exige el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, tanto la materialidad del delito de prevaricato imputado en la resolución de acusación, como la responsabilidad del acusado.

3. De conformidad con la acusación, al doctor Franco Carcía se le condenará como responsable del delito de prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del Código Penal. Teniendo en cuenta los criterios señalados en el artículo 61 *ibídem*, se impondrá al procesado, como pena

principal, trece (13) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, en atención a que su conducta anterior fue buena, y que como circunstancia de mayor punibilidad solamente concurre la prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, dada su posición distinguida en sociedad.

Mas como quiera que en favor del procesado concurren todos los requisitos consagrados en el artículo 68 del C.P. para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, se le reconocerá este subrogado, pero únicamente en relación con la pena privativa de la libertad, ya que la de interdicción sí estima conveniente la Sala que se cumpla (artículo 69 *ibídem*), para lo cual se expedirán las copias que ordena el artículo 508.2 del Código de Procedimiento Penal.

Dado que la interdicción referida priva al procesado de la facultad de ejercer cualquier función pública u oficial durante el tiempo señalado (art. 50 C. P.), se comunicará también esta decisión al Concejo Municipal de Tuluá (Valle), ciudad en la que el doctor Franco García dijo estar desempeñando el cargo de Personero Municipal (fls. 217), para que adopte las medidas que corresponda si todavía el doctor Franco García ejerce dichas funciones.

La ejecución de la sentencia se suspenderá, en los términos indicados, por un período de prueba de dos (2) años, tiempo durante el cual el doctor Franco García deberá cumplir con las obligaciones señaladas por el artículo 69 del Código Penal, para lo cual suscribirá la correspondiente diligencia de compromiso. Las presentaciones se fijan cada treinta (30) días, ante la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Cali.

Como caución para garantizar el cumplimiento de las citadas obligaciones, se tendrá la prendaria de $50.000.oo prestada por el sentenciado al resolvérsele su situación jurídica (fls. 233 y ss).

Por no advertirse que se haya causado daño particular con el hecho punible, no se condenará al pago de perjuicios.

4. Como de todo el contexto de esta providencia surge la posibilidad de que los magistrados autores de la sentencia absolutoria que se revoca

hubieran prevaricado al emitirla, la Sala ordenará la expedición de copias del proceso con destino a la Unidad de Fiscalías ante la Corte, tal como también lo solicitó el Procurador impugnante (fl. 363).

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

Resuelve:

1. *Revocar* la sentencia absolutoria impugnada.

2. *Condenar* al doctor GERARDO ANTONIO FRANCO GARCIA, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena principal de trece (13) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del delito de prevaricato por omisión de que trata el Código Penal en su libro 2o., Título III, Capítulo VII, art. 150, por el cual se le profirió resolución de acusación.

3. *Otorgar* al doctor Franco García el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, excepto en lo referente a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, que se hará efectiva.

El doctor Franco García suscribirá diligencia de compromiso en los términos señalados en los considerandos de esta providencia.

5. Por la Secretaría de esta Sala se librarán y expedirán las comunicaciones y copias indicadas en los numerales 3o. y 4o. de la parte motiva de este fallo.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"; *Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*, "no".

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

ALLANAMIENTO

Una orden judicial de allanamiento, expedida con todas las de la ley, para un determinado efecto, no priva a la autoridad que lo realiza de descubrir actuaciones ilícitas propias de ese inicial cometido, afines al mismo o completamente extrañas a ese propósito, surgiendo como diligencia plenamente válida todo lo que al respecto se haga y los logros que surjan en ese plano al descubrir una acción ilícita. Y esto se dice no solo porque el asentimiento a ese acceso no puede darse con condicionamiento, v.gr., la restricción de no revisar sino algunas zonas de la habitación, no interrogar a nadie, revisar solo las cosas pero no personas, etc., pues la autoridad no puede tener esta veda cuando la actuación se ciñe a los dictados de la ley pertinente reguladora de la misma.

La Corte ha puntualizado, que mal haría la autoridad pesquisidora que, en procura de averiguación de actividades de narcotráfico, se contuviera ante la evidencia de un secuestro, un homicidio, una bien organizada empresa de falsificación de moneda, documentos etc. Y viceversa. Es que ya todo esto, si no se quiere entender la amplitud de la proyección del allanamiento, se vuelca hacia el ámbito de la flagrancia, situación en la cual la autoridad puede prescindir del requisito de la autorización del morador o de la orden escrita del funcionario judicial. Además, sería recortar de manera aberrante el radio de acción de la autoridad, en desmedro de las garantías constitucionales que cuentan para la sociedad, a la vez que se dipensaría insólito e indebido tratamiento de privilegio a la delincuencia, la cual, no se niega, goza de protecciones jurídicas pero en espacio propio y con una reglamentación muy conocida y bien evaluada en su contenido y alcance.

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

Magistrado ponente: *Doctor Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta número 129.

Vistos:

Se conoce del recurso extraordinario de casación, interpuesto contra el fallo de once de febrero del año mil novencientos noventa y tres (11-02-93), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante el cual, por conducta contemplada en la Ley 30/86, se impuso a MARIA ELVIRA PABON OBANDO, sesenta (60) meses de prisión y multa en cuantía de setecientos diecisiete mil noventa pesos ($717.090.oo), así como interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad.

La demanda fue admitida en auto de dos de julio del ya citado año.

Hechos:

El día catorce de marzo de mil novecientos noventa y dos, los agentes de la policía Escandón, Ramírez, Chávez, Rolong y Pérez hacían el seguimiento de unos electrodomésticos hurtados y parece que tenían noticia de hallarse aquellos en casa de la PABON OBANDO, a donde solían llevarse esta clase de objetos a cambio de estupefacientes. Tocaron a su puerta, observaron por la ventana el paso de una persona y, ante la tardanza a atender este llamado, Ramírez miró por debajo de la puerta y observó un desplazamiento de la procesada, con algo entre las manos, parecido a una bolsa, morral o tula. Cuando al fin abrió la puerta y le solicitaron permiso para acceder a la residencia, la PABON OBANDO asintió a ello. La requisa descubrió 150 gramos de base de coca, 39 papeletas de base de coca, 110 gramos de marihuana, 3 papeletas de marihuana, una gramera y un pedazo de papel contact en donde al parecer envolvió esta ilícita mercancía el traficante mayoritario. Conviene anotar, además que la PABON OBANDO había recibido condena anterior por comportamiento relacionado con la Ley 30/86.

Actuación procedimental:

La relaciona del siguiente modo la Delegada Primera en lo Penal:

"Presentado el informe por los Agentes de la Policía y puesta a disposición de las autoridades competentes a la señora ELVIRA PABON OBANDO, para posteriormente ser ratificado el informe por el Teniente de la Policía Marco Aurelio García Baquero.

"Se oyeron las declaraciones de Luis Eduardo Velasco Delgado, quien da cuenta que para el momento en que llegó la policía a la casa de la señora Pabón, el vio que la Policía saltaba la tapia del solar que colinda con el suyo y a los quince minutos salieron y uno de los agentes llevaba una tula en la mano, después de esto él se marchó del lugar y no se dio cuenta de nada más–. La Corte recuerda que la sentencia refiere de este testigo que cuando 'se encontraba dándole de comer a animales... pudo observar por la tapia cuando los uniformados registraban el solar o manga que colinda con el suyo; al salir uno de ellos traía consigo una "tulita", como morralito, lo estaban acostando como para cogerlo más cortico'.

"Luis Antonio Castillo Suárez y Luis Eduardo Martínez, declaran que se encontraban el uno cerca de la casa de ELVIRA PABON y el otro charlando con ella, manifestando el primero que la Policía no pidió permiso para entrar a la residencia y el segundo manifiesta que la Policía se demoró como diez minutos dentro de la casa y cuando salieron no llevaban nada en las manos.

"Oída en indagatoria ELVIRA PABON OBANDO, manifiesta que los policías le pidieron permiso para entrar a hacer una requisa, no encontrando nada en su residencia. Niega que se hayan encontrado sustancias en su casa y acusa al Agente Ortega de haber efectuado toda esta maniobra porque no le ha permitido que enamore a su hija.

"Se oyeron las declaraciones de tres de los hijos de la procesada y la declaración del Agente Alfonso Ortega Vera.

"Se analizó las sustancias encontradas en la residencia de ELVIRA PABON dando resultados positivos.

"Finalizada la etapa de instrucción y una vez realizada la diligencia de audiencia pública, el Juzgado Primero Penal del Circuito de la Plata profirió sentencia el 30 de noviembre de 1992, en la cual condenó a MARIA ELVIRA PABON OBANDO como autora responsable del delito de conservación de drogas estupefacientes (Art. 33 Inc. 1. Ley 30/86), a la pena principal de sesenta (60) meses de prisión y multa equivalente a $177.090.oo con destino al Fondo Rotatorio del Consejo Nacional de Estupefacientes a las penas accesorias e interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, suspensión de la patria potestad, por término igual al de la pena principal, le negó la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

"Contra la sentencia de primera instancia, el defensor de la procesada interpuso el recurso de apelación, desatado el recurso por el Tribunal, confirmó de manera íntegra la sentencia apelada.

"Contra la determinación del Tribunal, el defensor de la procesada interpuso el recurso extraordinario de casación".

La demanda:

Contiene dos cargos:

1. Violación del debido proceso, pues la penetración a la casa de la sentenciada se cumplió sin la satisfacción de los requisitos propios del allanamiento de morada.

2. En cierta forma es la misma censura (la incorrección del procedimiento para penetrar a la mencionada casa y hallar los estupefacientes), pero se deriva el reproche a una violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la valoración de la prueba. Sobre este particular se anota que no procedía considerar la prueba consistente en el informe de policía y las declaraciones rendidas por los agentes de policía que actuaron, ya que "no percibió el Honorable Tribunal Superior de Neiva que cuando la policía llegó a la residencia de la Pabón Obando iba con idea preconcebida de que en esa residencia había tenencia

de sustancias alucinógenas y que el asunto de los electrodomésticos fue un pretexto para llegar a dicha residencia, pretexto que se infiere al no existir en el plenario prueba alguna sobre este particular;

"tampoco percibió el Honorable Tribunal Superior que la prueba conformada por los testimonios de la policía violó el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar consagrado en el art. 15 de la Constitución Nacional al mirar por debajo del quicio de la puerta hacia el interior del hogar, atacando en cierta forma la inviolabilidad de habitación ajena resultante de la idea preconcebida de la policía de que en la residencia de la Pabón Obando existían estupefacientes;

"lo cierto es que si los gendarmes tenían el conocimiento de que en la casa de la Pabón Obando se hallaban alguno o algunos de los electrodomésticos que la policía dice buscaba, o, había tenencia de alucinógenos, lo más lógico y correcto y por ende legal, era la aplicación del art. 343 del C. de P.P.; era el haber informado la policía al funcionario correspondiente y competente, ese era su deber, alguna de las dos hipótesis anteriores para que éste hubiera ordenado en providencia motivada, el respectivo allanamiento y registro; en el caso de autos no había delito distinto al imputado; luego era improcedente por ilegal, la penetración de la policía a la residencia de la procesada sin orden escrita del funcionario judicial; aunque se hubiera contado con el permiso o autorización de la procesada;

"Pero la sentencia del Honorable Tribunal Superior, le da patente de corso al procedimiento policivo; no sólo no acata la inviolabilidad del domicilio, ni el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar cuando quiera que la ley de procedimiento penal en el art. 250 habla del rechazo de las pruebas que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad;

"la sentencia del Honorable Tribunal Superior debió haber revocado la de la primera instancia porque la misma norma del art. 250 del C. de P.P. lo autorizaba para hacerlo, porque la prueba de autos, es una prueba legalmente prohibida, y por consiguiente el Honorable Tribunal Superior incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba, llevándolo a

confirmar la sentencia de primera instancia, a pesar de los defectos intrínsecos de la prueba;

"La sentencia debe ser casada porque en la forma como el Honorable Tribunal apreció la prueba testimonial de la policía con error de derecho, el derecho a la defensa que es una de las garantías básicas que tutelan al individuo frente al poder estatal, quedó reducido a la más mínima expresión porque a la policía se le dio omnipotencia testimonial frente a una mala y precaria defensa material de la procesada, fruto de su estado de ánimo ante la delicada acusación que se le hacía;

"Por consiguiente, la sentencia del Honorable Tribunal Superior está impregnada del supuesto de credibilidad a la policía que pudo estar diciendo la verdad sobre el hallazgo del cuerpo del delito a la infracción de la ley 30 de 1986 por parte de María Elvira Pabón Obando; pero su procedimiento constitucional y legalmente irregular, aun cuando sea un organismo civil para combatir el delito, no le permitía a la sentencia de segunda instancia confirmar la de la primera, porque la fuente de la responsabilidad predicada a la procesada, procedía de una prueba ilegal y en estas circunstancias, si la policía tiene el interés de combatir el delito, la administración de justicia no puede edificar sentencia condenatoria con la sola afirmación de quien tiene ese mismo interés determinante en acusar para procurar que el hecho acusado sea establecido por la justicia conforme lo dice la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de octubre de 1960, XCIII, 877 ...si la justicia no logra edificar sus conclusiones sobre bases diferentes, aparece entonces una causal de inidoneidad en el testimonio que lo hace inaceptable para condenar";

"la sentencia no tuvo en cuenta el procedimiento policivo irregular, le dio carta de naturaleza legal a ese procedimiento, siendo irregular, precisamente por la interpretación errada de derecho que le dio a la prueba, violando con ello indirectamente derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio; el derecho a la intimidad personal y familiar; del debido proceso; y el de la intangibilidad de las garantías constitucionales; derechos consagrados en los arts. 15, 28 y 29 de la

Constitución Nacional y en el art. 314 del C. de P.P.; –Transcripción textual–.

Consideraciones del Procurador Primero Delegado para lo Penal y de la Sala:

Lo único que debe decidirse, respecto de los anotados cuestionamientos, es lo pertinente a la legitimidad de la actuación cumplida por la autoridad policiva, pues respondiéndose afirmativamente a esta situación conceptual, desaparece por completo el fundamento de las objeciones que a la sentencia le formula el demandante, ya que el fallo proferido encuentra procedencia.

Para el memoralista, llegar con un encubierto motivo (búsqueda de unos electrodomésticos hurtados) y dejar por fuera lo que verdaderamente les impulsaba (descubrimiento de marihuana y bazuco), tiñe de comportamiento arbitrario y abusivo, la irrupción de ese domicilio y los posteriores hallazgos del vegetal y sustancia ya mencionados. Así se tenga, como se tiene, una apreciación distinta a la que intenta solventar el recurrente, es lo cierto que la réplica resulta más fácil de presentar ante la carencia de argumentos aducibles en torno a esta cuestión. La Sala no puede conformar un esquema completo, ni tampoco como atendible insinuación, del problema, su desarrollo, incidencias y posibles soluciones. Atinaría a considerar como sobresaliente, pero con riesgo de adjudicar un derrotero conceptual no compartido por la demanda, el que la voluntad expresada por la sentenciada de dar franco paso a la autoridad, se reducía a pesquisar lo de los electrodomésticos, pero nada más. El enfoque no deja de representar relativo interés, pero advertirlo no constituye realizar el compromiso que grava al recurrente en casación, pues de allí en adelante surgen numerosos interrogantes y hasta complejas lucubraciones, debiendo asumir la Sala el planteamiento de éstos y su análisis, o sea, convertirse en impugnador y juzgador. De otro lado, el punto, de cierta manera, ya lo ha definido la jurisprudencia (y la primera instancia reseñó esta serie de pronunciamientos) al estimar que una orden judicial de allanamiento, expedida con todas las de la ley, para un determinado efecto, no priva a la autoridad que lo realiza de descubrir actuaciones ilícitas propias de ese inicial cometido, afines al mismo o

completamente extrañas a ese propósito, surgiendo como diligencia plenamente válida todo lo que al respecto se haga y los logros que surjan en ese plano al descubrir una acción ilícita. Y ésto se dice no solo porque el asentimiento a ese acceso no puede darse con condicionamientos, v. gr., la restricción de no revisar sino algunas zonas de la habitación, no interrogar a nadie, revisar solo cosas pero no personas, etc., pues la autoridad no puede tener esta veda cuando la actuación se ciñe a los dictados de la ley pertinente reguladora de la misma, disciplinamiento jurídico que se muestra ajeno a lo que pretende imaginar el demandante con su mínimo enunciado.

La Corte ha puntualizado, se reitera, que mal haría la autoridad pesquisidora que, en procura de averiguación de actividades de narcotráfico, se contuviera ante la evidencia de un secuestro, un homicidio, una bien organizada empresa de falsificación de moneda, documentos, etc., Y viceversa. Es que ya todo ésto, si no se quiere entender la amplitud de la proyección del allanamiento, se vuelca hacia el ámbito de la flagrancia, situación en la cual la autoridad puede prescindir del requisito de la autorización del morador o de la orden escrita de funcionario judicial. Además, sería recortar de manera aberrante el radio de acción de la autoridad, en desmedro de las garantías constitucionales que cuentan para la sociedad, a la vez que se dispensaría insólito e indebido tratamiento de privilegio a la delincuencia, la cual, no se niega, goza de protecciones jurídicas pero en espacio propio y con una reglamentación muy conocida y bien evaluada en su contenido y alcance.

Todo lo anterior tiene un traslado al caso comentado, en donde la procesada permitió voluntaria y libremente la penetración de la autoridad a su domicilio y propició el que ésta lo sometiera a la revisión que a bien tuviera, actitud amplia y tranquila que traducía, para ella, una ventaja de impunidad, pues consideraba estar a salvo de resultados adversos aun dándose la más escrupulosa inspección.

No sobra anotar de otro lado, que la autoridad no ejerció intimidación alguna que forzara de manera atendible la concesión de entrada. Estaba, pues, la sentenciada en condiciones de negarse y de exigir el cumplimiento de la orden escrita de autoridad judicial, rechazo que de haberse dado,

así fuera avasallado, daría lugar a cuestionar más racionalmente las pretensiones que ahora se procura, de modo imperfecto, hacer valer en casación.

Pero, en la circunstancia comentada, hasta el propio recurrente tiene que aceptar y recordar que la procesada asintió a la intervención de la autoridad policiva.

Ninguna reluctancia invalidante tiene lo alegado en torno a la visualización que se hiciera por debajo de la puerta, pues este aspecto, así se admita su real producción, no tiene la potencialidad de enervar los resultados conseguidos, vale decir, que se franqueara la entrada y se diera con los alucinógenos.

Agréguese que, una observación indebida, bien porque se va más allá de lo tolerable por las formas de protección de una vivienda, o también por sus deficiencias, no dará lugar más que a procesos disciplinarios, a medidas de resguardo para que cese el hecho o no se repita, o para reprimir, porque la visualización de una situación comporta una conducta delictuosa, a quien la hace. Pero, detectar por una ventana que se deja entreabierta la comisión de un hecho delictuoso. Por ejemplo, no puede ni reportar una sanción para quien cumpla este papel y lo avise, ni menos servir de argumento para tener su testimonio como inválido y prohibido.

Conviene, por último, reproducir en cuanto lo que al respecto anota la Delegada, coincidente su pensamiento con lo que dejó consignado la Sala:

"...se equivoca el censor al enunciar dentro del cargo el error de derecho en la valoración de la prueba, ya que de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 254 del C. de P.P.), el Juez tiene la libre apreciación de las pruebas, dentro de la lógica, los datos de ciencia y la experiencia, no siendo de recibo en casación la crítica a la valoración de las pruebas. De otra parte en cuanto a la legalidad de la diligencia practicada en la residencia de MARIA PABON, tenemos que si bien es cierto no se llegó con mandato judicial para ingresar a la residencia, también lo es que después de golpear a la puerta, la dueña o moradora al

enterarse del propósito de los oficiales, dio su consentimiento para que ingresaran a su casa de habitación y practicaran la revisión que solicitaban. Dicha aquiescencia por parte de la dueña de la casa de habitación validó la penetración de la autoridad, como se dijo, por consentimiento del titular del derecho de habitación privada, que releva de la exigencia de una orden para romper esa esfera del derecho particular domiciliario. Esta última sólo se requiere para afectar el muro de protección no levantado por el derecho habitante, mediante un acto de poder del Estado, pero no en casos como el de la permisión del morador, o consentimiento al acto de autoridad. La vulneración de la intimidad personal –diversa del domicilio– al mirar por debajo de la puerta hacia adentro, y el entrar con engaños so pretexto de buscar una cosa para encontrar otra, encuentran la misma respuesta ya dada aquí, y en el cargo anterior. Es el propio sujeto amparado por la protección constitucional y legal, el que admite la intromisión en el ámbito personal y reservado de su domiciliaria, cuando consiente la entrada de los agentes de la autoridad. En relación con la mirada hacia el interior, por un hueco bajo la puerta, será obvio pensar en que ese evento no constituye una violación de la intimidad de la morada, en cuanto se deja un espacio vacío que permite la vista sin penetración, lo que ciertamente no viola la intimidad que no está resguardada de la intromisión ajena. Así si alguien construye una ventana que da a la calle, y no coloca cortinas que impidan la vista, o no las corre si las tiene, no podrá aducir vulneración de su intimidad personal si realiza actos personales que por allí puedan ser vistos. Es una especie de permisión tácita a la intromisión ajena en el ámbito domiciliario o personal, lo que no resultará ilícito sancionable, aunque eventualmente devenga en reprochable acto de indebida cortesía".

El descubrimiento de esas sustancias y objetos, la condición de la sentenciada que anteriormente se viera involucrada en actividades de esta señalada índole, las inaceptables manifestaciones de los moradores y de la procesada ("explicaciones pobres") y del motivo de persecución del agente de policía Ortega, para con MARIA ELVIRA PABON por oponerse ésta a requerimientos amorosos de aquél para con una de sus hijas, fundan mérito atendible para producir un fallo como el que ahora se cuestiona. Esto se indica para advertir la ninguna incidencia, puesto que la consideración está por fuera de este señalado volumen probatorio

de incriminación, de la censura que el memorialista dirige a la observación que uno de los agentes de la policía hiciera de la procesada, por debajo de la puerta de su casa. Para el impugnador la ilegalidad del elemento de convicción así obtenido, es perentoria. Así se aceptara su razonamiento, la prosperidad de esta objeción no deja expósito el fallo pronunciado, pues subsisten otros valiosos, idóneos y suficientes motivos para proferir un fallo como el recurrido en casación.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado, ya indicado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"; *Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DICTAMEN MEDICO / NULIDAD

Pese a no existir dentro del actual ordenamiento procesal penal norma instrumental como la contenida en el artículo 411 del Decreto 409 de 1971, no se remite a dudas que dentro de una investigación integral que busca ante todo la primacia de la verdad material (art. 333 y 334 del C. de P.P. vigente), la pericia siquiátrica resulta prueba inexcusable cuando en el expediente aparecen datos o pruebas serias y atendibles que pregonan que el sindicado se hallaba al momento de realizar el hecho punible en estado de trastorno mental que le impedía comprender la ilicitud de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

La pretermisión de dicha experticia, en las condiciones indicadas, podría concluir a la nulidad de la actuación en aras de preservar los derechos del inculpado y las formas del debido proceso, vulnerados por la falta de prueba técnica o científica demostrativa del estado de sanidad mental del acusado.

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

Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla.

Aprobado Acta número 129.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado JOSE ARIAS FRANCO contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que lo condenó a la pena principal de diez años de prisión como responsable del delito de homicidio simple en José Gregorio Duque Mercado.

Hechos:

De ellos dijo el *ad-quem*:

> "JOSE ARIAS FRANCO, desde tempranas horas de la noche del día jueves veintiseis de septiembre de 1991 se dedicó al consumo de alicorantes en establecimiento de ésta ciudad –billares–, y de allí en adelante se hizo acompañar de una de las damiselas que atiende en dicho lugar dirigiéndose posteriormente al sitio denominado Papagallo; de éste lugar partieron al motel Los Faraones y al amanecer enrumbaron al desayunadero El Pony; encontrándose allí coincidió con otros dos individuos con quienes departió al calor de bebidas espirituosas y ante la carencia de dinero, la pareja y los dos sujetos, instados por ARIAS FRANCO, se dirigieron a la compraventa El Sendero, donde JOSE ARIAS, empeñó una pulsera. Cumplido lo anterior surgieron divergencias entre ARIAS FRANCO y los dos desconocidos por la cancelación de una cuenta de consumo, ante lo cual aquél invitó a la trilogía al barrio Campo Hermoso. Al arribar a éste lugar se dirigió a un establecimiento cantina en donde demandó la entrega de un arma de fuego que el día anterior dejó en custodia en ese lugar, para seguidamente emerger y accionar reiteradamente el artefacto contra su ocasional acompañante JOSE GREGORIO DUQUE MERCADO, haciendo caso omiso de los ruegos que LUZ MARINA RIOS GONZALEZ, le hiciera para contenerle. Como consecuencia de su acción perdió la vida DUQUE MERCADO".

Actuación procesal:

Llamado a rendir indagatoria el sindicado, por entonces detenido a órdenes del Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga bajo la sindicación de extorsión, recordó haber estado ingiriendo licor en compañía de Luz Marina Ríos hasta la mañana del viernes veintisiete de septiembre, cuando se retiró a su casa dormir, pero negó la autoría del hecho punible que le endilga su acompañante y la tenencia de arma de fuego, aduciendo que se trata de un montaje urdido por ella para perjudicarlo.

Oídos en declaración bajo juramento Luz Marina Ríos González (en varias ocasiones), Ana Benilda Rodríguez Rojas, administradora del negocio de billares "Campohermoso" quien guardó y entregó al día siguiente un arma de fuego al acusado; Erwin Santamaría Mora, administrador de la prendería "Panamá" donde José Arias Franco empeñó un anillo de oro por la suma de dieciséis mil pesos; María Antonia Salazar Gómez, empleada del desayunadero "El Pony" y practicadas otras pruebas, el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Bucaramanga calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de José Arias Franco por el delito de homicidio agravado, por haber ocasionado la muerte de Duque Mercado "de manera inmotivada y cobarde"; enjuiciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de ese Distrito, con la aclaración de que la circunstancia de agravación punitiva concurrente en la conducta del procesado era la del ordinal 4o del artículo 324 del Código Penal por haber perpetrado el hecho por motivo abyecto o fútil, disponiendo la expedición de copias para investigar por separado el porte ilegal de armas.

Durante el juicio el defensor del procesado solicitó un examen siquiátrico de su asistido para determinar el estado de lucidez mental y capacidad de comprensión al momento de ejecutar el hecho punible, prueba que le fue denegada, junto con otras, por haber sido pedidas fuera de término.

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Bucaramanga puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de 16 años de prisión, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años y al pago en gramos oro de los perjuicios causados; fallo apelado por su defensor y reformado por el Tribunal Superior de ese Distrito, mediante el que es objeto del recurso de casación, en el sentido de condenarlo a diez años de prisión como responsable de homicidio simple y disponer que los interesados en el resarcimiento de los perjuicios causados hicieran valer sus derechos ante la jurisdicción civil.

Demanda de casación:

Con fundamento en la causal tercera de casación, se acusa la sentencia de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad y se formula como

único cargo la omisión del examen siquiátrico del sindicado para determinar su estado de sanidad mental al momento de realizar el delito, con lo cual se quebrantó el debido proceso y se conculcó el derecho de defensa.

Aduce el impugnador que existen serios motivos para creer que su representado actuó en estado de inimputabilidad al dar muerte al occiso, por la maratónica ingestión de bebidas alcohólicas desde el día anterior a los sucesos, que le produjo una ebriedad patológica llevándolo a reaccionar en forma violenta por motivos insignificantes y a no recordar en absoluto lo ocurrido, ignorándose el móvil del homicidio, pues la persona que resultó muerta no era amiga ni enemiga del sindicado y la mujer que lo acompañaba era una amiga ocasional, como para pensar que pudo haber obrado por celos.

El consumo de alcohol por parte de Arias Franco afectó en grado sumo su capacidad de comprensión y de determinarse de acuerdo con esa comprensión por lo que, en presencia de un inimputable, se imponía la práctica de un examen siquiátrico, como lo solicitó durante la etapa del juicio con resultados negativos y lo reitera una vez más, así no exista norma expresa al respecto como sí la había en vigencia del C. de P.P. de 1971 (artículo 411), debiendo entenderse, eso sí, que uno de los objetivos de la investigación penal es la comprobación de los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal (Artículo 334 del C. de P.P. vigente).

Consecuente con dicho planteamiento, solicita casar la sentencia recurrida y decretar la nulidad de la actuación a partir de la calificación del mérito del sumario.

Concepto del ministerio público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a la declaratoria de nulidad pretendida por el demandante, pues no considera que en este caso existan elementos de convicción que permitan creer razonadamente que Arias Franco se encontraba en situación de inimputabilidad, debido a la ingestión de bebidas embriagantes, pues

ninguna dificultad tuvo para recordar dónde había dejado a guardar el revólver e ir por él hasta el predio de Ana Benilda Rodríguez, para luego accionarlo contra el infortunado acompañante, cobrador de irrisorio importe y retirarse del lugar, con lo cual connotó "su concientización del comportamiento delictual", para que después su compañera Yaneth Rosales le apreciara "en estado normal, sin haberle notado nada especial".

Agrega que el defensor no solicitó el examen siquiátrico a tiempo, omisión que no puede pretender subsanar en la casación "porque ello atentaría contra el principio de preclusión de las etapas procesales", careciendo de fundamento su demanda de nulidad.

Consideraciones de la corte:

Pese a no existir dentro del actual ordenamiento procesal penal norma instrumental como la contenida en el artículo 411 del Decreto 409 de 1971, no se remite a dudas que dentro de una investigación integral que busca ante todo la primacía de la verdad material (artículos 333 y 334 del C. de P.P. vigente), la pericia siquiátrica resulta prueba inexcusable cuando en el expediente aparecen datos o pruebas serias y atendibles que pregonan que el sindicado se hallaba al momento de realizar el hecho punible en estado de trastorno mental que le impedía comprender la ilicitud de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

La pretermisión de dicha experticia, en las condiciones indicadas, podría conducir a la nulidad de la actuación en aras de preservar los derechos del inculpado y las formas del debido proceso, vulnerados por la falta de prueba técnica o científica demostrativa del estado de sanidad mental del acusado.

Sin embargo, contrariamente a lo que afirma el libelista, no obran en este proceso válidos elementos de convicción indicativos de que José Arias Franco al momento de realizar el hecho punible por el cual fue juzgado y condenado, hubiese actuado en estado de obnubilación de la conciencia por la ingestión de bebidas embriagantes, que le impidiese comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión, como advierte el señor Procurador Delegado y lo

expresaron los juzgadores de instancia, ante similar planteamiento de la defensa.

La investigación abunda en referencias sumariales serias y razonables en el sentido de que Arias Franco, a pesar de haber ingerido licor en compañía de sus eventuales acompañantes, recordó con exactitud el lugar donde el día anterior había dado a guardar el arma de fuego que, pretextando que ya iba a regresar a su casa, retiró momentos antes de los hechos, arma que luego accionó repetidamente contra la víctima, huyendo del lugar para esconderla y presentarse ante su compañera habitual como si nada hubiese ocurrido.

El demandante esgrime como argumento cardinal de su reproche la "sin razón" o falta de móvil del delito cometido, pero olvida que tanto el juez como el Tribunal Superior, apoyados en una de las varias intervenciones de la testigo Luz Marina Ríos González, tuvieron como motivo determinante del homicidio los reiterados reclamos de la víctima para que su victimario cancelara una pequeña cuenta de licor y los conatos de sustracción del reloj o anillo de oro que llevaba consigo José Arias Franco.

Toda la argumentación del censor a fin de que se rehaga el procedimiento que considera viciado por la falta de examen siquiátrico de su asistido, descansa en una personal y subjetiva apreciación de parte suya, desavenida con la realidad procesal.

La sola petición de la defensa sobre la practica de dicha prueba no es suficiente para disponer tal examen, máxime cuando no militan en autos antecedentes serios y creíbles que hagan suponer fundadamente que el procesado perdió su capacidad de comprender o de autodeterminarse, por la ingestión de bebidas embriagantes.

No prospera la nulidad impetrada.

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 objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"*; Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / HECHO NUEVO / PRUEBA FALSA

Dos causales de la acción de revisión, (prueba falsa y hechos y pruebas nuevas) cada cual exigente en su presentación como en su demostración, como quiera que solamente la contundencia de lo que apenas pudo conocerse luego de dictado el fallo hace posible desquiciar el instituto de la cosa juzgada, ante la contingencia razonable de la inocencia del acusado.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., noviembre diecisiete de mil novencientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 129.

Vistos:

Decide la Corte sobre la acción de revisión interpuesta por el representante judicial del condenado Luis Jaime Meneses Gerrón contra la sentencia proferida en su contra por el Juzgado 7o. Superior de Medellín, que lo halló responsable, a título de autor de un delito de homicidio, decisión confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

Antecedentes:

A las ocho (8) de la noche del siete (7) de octubre de mil novecientos noventa (1990), en la ciudad de Medellín, Carlos Mario Castrillón Parra se encontraba en compañía de su hermano Geovanni Alfonso esperando transporte público para dirigirse a su residencia. Intempestivamente, un sujeto que pasaba por el lugar, le disparó en varias oportunidades ocasionándole la muerte poco después cuando era atendido en un hospital

de la ciudad. El homicida fue identificado por Geovanni como Jaime, conocido por el alias de "El Chino", a quien había visto en ocasiones anteriores pues visitaba con frecuencia una amiga que tenía en el sector. Diez meses después, y luego de establecerse que se trataba de Luis Jaime Meneses Gerrón, fue aprehendido e identificado por aquel en una diligencia de reconocimiento en fila de personas.

Luego de recibirle la indagatoria, de recopilar diversa prueba testimonial, pericial y documental, el Juzgado 4o. de Instrucción Criminal de Medellín calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del imputado como presunto autor del delito de homicidio. Aprehendido el conocimiento de la causa por el Juzgado 7o. Superior de la misma ciudad, practicó la diligencia de audiencia pública, condenando al encartado el diez (10) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992) a purgar la pena principal de doce (12) años de prisión por el cargo deducido en el calificatorio, fallo confirmado en su integridad por el Tribunal Superior de Medellín, quien conoció del proceso por apelación de la defensa.

La demanda:

Con fundamento en las causales tercera (3a) y quinta (5a) de revisión, el accionante presenta su demanda. Luego de transcribir su texto y de advertir que no es procedente referirse a los testimonios de cargo, cita apartes de los correspondientes al hermano de la víctima (Geovanny Alfonso Castrillón) y la novia de aquel (Liliana Vanegas) para tildarlas de "imprecisas y sugestionadas".

Después resalta cómo, por no haberse enterado a tiempo de la imputación que pesaba sobre él, su prohijado se vio desprotegido en su derecho de defensa pues durante la investigación no estuvo asistido por un abogado propio o de oficio para controvertir las pruebas de cargo. Más adelante relata su viaje al lugar del suceso y el diálogo que sostuvo con algunos vecinos lo que le permitió encontrar una realidad totalmente distinta a la que suministra el proceso.

No es cierto –dice– que Geovanny Alfonso Castrillón Parra estuviese acompañando a su consanguíneo al momento del acaecer punible, pues

sólo en la tarde estuvo en el bar "La esquina del bosque", pasando la mayor parte del tiempo en el taller automotriz de María Elena Monsalve, muy amiga del deponente y del occiso, quien se ha negado rotundamente a colaborar en el esclarecimiento de este ignominioso hecho, lugar a donde fue llamado una vez resultó herido de muerte su hermano quien lo había estado buscando minutos antes allí sin haberlo encontrado.

Solicitó la recepción de tres testimonios y oficiar al Instituto Seccional de Salud de Medellín a fin de establecer si el occiso fue ultimado cuando se encontraba en pie o tendido en el suelo. También impetró la práctica de una inspección judicial en el terreno mismo de los hechos para establecer si de la residencia de Liliana Vanegas era posible observar lo ocurrido. Luego da una segunda dirección y pide se averigue por quienes han residido allí, el tiempo de permanencia y sus actividades, así como la distancia a la que se encuentra del sitio donde se cometió el ilícito. Como quiera que aportó cinco fotografías que muestran detalles del punto donde fue ultimado Carlos Mario Castrillón (la residencia de Liliana Vanegas, el lugar donde fue recogida la víctima, la casa de María Elena Monsalve, y la parte de atrás del Jardín Botánico que queda al frente donde fue auxiliado el joven agonizante), también demanda que se establezca si en la carrera 51 con calle 77 ha existido la taberna de que habla el deponente Geovanny Castrillón Parra, si el lugar es sitio de habitación y se indague a los vecinos del paraje si, después del hecho punible, se han presentado más muertes violentas. De igual manera, si en la fatídica esquina existían por aquella época paraderos de buses cuyas rutas condujeran al barrio San Cayetano.

Las pruebas:

1. *Prueba testimonial.*

1.1. María Elena Monsalve Muñoz comienza por manifestar que ignora la dirección de su residencia, manifestando simplemente que es "Curva El Bosque, Jardín Botánico", pues no sabe "...la dirección completa" (fl. 136). Sobre los hechos informa que Geovanny, hermano del occiso, "...ese día estaba frecuentando el taller porque estaba arreglando el carro y también estaba bebiendo en un bar por donde

mataron al muchacho..." y que luego, a eso de las ocho y media de la noche, se dirigió a su casa, donde ella tiene un taller de electricidad automotriz, con el fin de que le "...bajaran el arranque y el alternador, o sea que tenía el carro todo desbaratado...". Después le pidió que le preparara un caldo, luego de lo cual se lo sirvió y se fue a ver televisión, momento en el que se escucharon varias detonaciones, llegando casi de inmediato dos niños a informarle a Geovanny que habían matado a su hermano y mientras él salía a constatar lo sucedido ella se quedaba en la casa. Sobre el lugar manifiesta su peligrosidad dada la ocurrencia frecuente de muertes violentas. Respecto al número de disparos dice que fueron seis o siete "...como si estuvieran matando a varias personas...". Cuando a la localización de su vivienda en relación con el bar lo sitúa como a media cuadra, pudiéndose observar desde allí. (fl. 136).

1.2. Einar Winston Castellanos Meneses, de 25 años de edad, entrenador de basquetbol, es el segundo declarante. Se encontraba en la cantina "La Esquina del Bosque", acompañado de Luz Elena Alzate y de Albeiro Arbeláez, empleado del lugar, quienes viven cerca a su casa por lo que estaban esperando a éste para irse todos juntos, cuando se produjeron los disparos "...al parecer era de varias personas, o sea que de pronto que había un intercambio de disparos, se escucharon bastantes detonaciones...". Luego que llegó la calma observaron que había un muchacho herido en la acera a quien unos niños que se acercaron a mirar e identificaron como hermano de Geovanny. "Pasó otro instante y llegó a unos cinco minutos llegó Yovanny (sic), pero aclaro que no conocía a Yovanny (sic)...". Sobre el lugar lo tilda de peligroso, con poca iluminación y aunque es residencial también existen talleres de mecánica (fl. 138).

1.3. Albeiro Antonio Arbeláez Hoyos, de 25 años de edad, era para la época de los hechos trabajador de la cantina en referencia. Cuando se produjo el hecho criminoso se encontraba en compañía de su amigo Einar. De momento no se asomó y cuando lo hizo "...ya habían arrimado a recoger al muchacho en un carro, al parecer hermano del muerto de nombre Yovanny (sic), quien durante la tarde le había ido a comprar aguardiente, sin quedarse mucho rato. "La última media que me compró fue como a las ocho de la noche", aclara, y al mismo tiempo advierte que

al producirse los disparos no se encontraba en el establecimiento. Sobre cómo se enteró el hermano del occiso de lo ocurrido asegura que le avisaron unos infantes que reconocieron al herido (fl. 139 vto. C. Corte).

1.4. Luz Elena Beatriz Alzate Valencia, amiga de los anteriores, llegó a la cantina como a las seis y media o siete de la noche porque quedó de encontrarse con Einar. De repente, como a las nueve y media o diez de la noche sonó un tiroteo y escuchó a la gente gritando "lo mataron, lo mataron", al tiempo que salían unos muchachos "...ahí como a llamar al hermano del muerto, según entiendo estaría por ahí cerca...", luego de lo cual llegaron unas muchachas a recoger al herido y llevárselo en un taxi en busca de ayuda. Asegura que el lugar es muy peligroso y que no es muy residencial ya que hay muchos talleres de mecánica (fl. 141, C. Corte).

2. Diligencia de inspección judicial:

La Fiscalía Décima (10a) Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín practicó la diligencia en el sitio de los hechos. Constató que se trata de un lugar de alta peligrosidad y con mucho flujo vehicular por donde transitan buses de la ruta Aranjuez-Anillo la cual incluye en su recorrido el Barrio San Cayetano no existe un paradero propiamente dicho. En la esquina de la carrera 51 con la calle 78 se encuentra el bar que se rotula como "La Esquina del Bosque". A una distancia de cincuenta y ocho (58) metros, por la carrera 51 se encuentra un taller eléctrico donde habita desde hace ocho años María Elena Monsalve Muñoz, distinguido con el número 78-58. Al frente existe una tapicería donde al parecer, para la época en que sucedieron los hechos funcionaba la taberna "La Ponzoña". Sobre la calle 78 se encuentra una casa donde reside Liliana Vanegas Hurtado, quien fuera novia del occiso "...refiriendo la dama en el momento de la diligencia, que cuando se presentó la muerte de su novio, ella estaba en la acera de su casa y tan pronto escuchó los disparos se dirigió de inmediato al lugar en compañía de su hermana Andrea". Desde allí se observa la esquina donde se encuentra la cantina "La Esquina del Bosque", pero una palma impide apreciar las personas que se hallen en la acera. El perito asistente a la diligencia examinó las cinco fotografías que el accionante aportara con su demanda y las encontró correctas. Se

tomaron las fotografías de rigor y se levantó un plano topográfico del lugar (fl. 143, C. Corte).

3. Prueba pericial:

Se hizo un reconocimiento morfológico del condenado Luis Javier Meneses Guerrón. Luego de las respectivas mediciones físicas se estableció que si se mira el perímetro encefálico no podría dársele el calificativo de "cabezón" aunque sí podría aceptarse esta característica si se mide el cráneo verticalmente (fl. 173 y ss, C. Corte).

4. Ampliación de la necropsia:

La Regional de Medellín del Instituto de Medicina Legal, con base en la diligencia de necropsia precisó que el arma que disparó sobre la humanidad de la víctima se encontraba situada en una posición posterior y hacia el lado derecho de la víctima. Sin embargo, "...no se puede ni afirmar ni negar que el occiso hubiese tenido una posición diferente a la posición de pies...". De otro lado aclara que dado que no se encuentra tatuaje esto indica que el cañón del arma estaba a una distancia mayor de cincuenta centímetros (50 cm.) de la superficie del impacto (fl. 125, C. Corte).

Alegato de conclusión:

Fue presentado por fuera del término. Luego de repetir el calificativo de "subjetivas y amañadas" que les había endilgado a las declaraciones de Geovanny Castrillón y Liliana Vanegas, asegura que con las pruebas practicadas queda plenamente demostrado que su representado fue condenado vulnerando flagrantemente los numerales tercero (3o.) y quinto (5o.) del artículo 233 del C. de P.P.

Basa su aserto en el plano topográfico del lugar. Luego de establecer el sitio donde se encontraba la novia del occiso concluye sobre "...la imposibilidad de visualizar de manera al menos mínima lo ocurrido el día del homicidio...", con lo que se demuestra, a su manera de ver, que su versión en falsa "...basada única y exclusivamente en comentarios

presuntos y callejeros y respaldada por el rencor que sentía por quien presumiblemente había truncado la vida de su novio. Todo ello motivado por la necesidad de encontrar un culpable". A más de ello llama la atención sobre las presuntas amenazas de muerte hechas por su defendido a Liliana y otros habitantes del sector, pese a lo cual aún siguen viviendo allí y no han sufrido daño o peligro alguno

A renglón seguido pone de presente las características morfológicas del rematado resaltando que del examen que se le practicara dentro de esta acción de revisión se encontró que no es "cabezón", hecho que contradice la afirmación del hermano de la víctima que predica lo contrario. También resalta su mendacidad cuando afirma que bajaron a coger la "Curva del Bosque" para esperar la buseta pese a que la taberna donde estaba el deponente se encuentra sobre la carrera 51 y no hay necesidad de movilizarse a ningún lado para conseguir transporte, pues sobre esta vía es que se desplazan los vehículos de servicio público.

Más adelante se refiere a la ampliación de la experticia poniendo de presente la discordancia entre la versión del testigo que lo señala como una persona "cabezona" y el examen practicado en la penitenciaría donde está recluido que establece lo contrario. De igual manera, mirando las fotografías tomadas al lugar deduce que el agresor tuvo por fuerza que haber salido del bar "La Esquina del bosque" ya que los disparos penetraron por la espalda y los hermanos se encontraban en la esquina esperando el bus, por lo que el agresor tenía que estar detrás de la víctima.

La mendacidad de Geovanny cuando refiere que bajaron hasta la "Curva del bosque" para esperar la buseta, es su próximo tema. Basa su aserto en la inspección judicial practicada al lugar junto con las fotografías que se tomaron, en los que se comprueba que la taberna donde pudiera haberse encontrado o el taller eléctrico de María Elena Monsalve están situados sobre la carrera 51 y dado que el transporte público se desplaza por la citada vía, no hay ninguna necesidad de dirigirse a otro sitio para abordarlo.

En lo que se refiere al dicho de Geovanny acerca de la actitud del homicida quien pasó por su lado sin mirarlos, "...indica que el asesino

estaba bajo la mirada de los hermanos Castrillón Parra, es decir, de frente. Extraño es entonces que con esa posición los disparos hubieran ingresado por la espalda del occiso y no por su frente". También le resulta insólito que un asesino cargue su arma con apenas tres proyectiles, sin motivo alguno dispare y deje completamente ileso al acompañante de la víctima.

Finaliza su escrito calificando de desacierto la actitud del Tribunal por la credibilidad que le diera a los testimonios de cargo, sin visitar el lugar de los hechos ni escuchar a otras personas, ni mucho menos efectuar una inspección judicial en el sector. Si hubiese obrado con la diligencia debida, habría evitado la interposición de esta demanda.

La Corte:

1. Hechos y pruebas nuevas se constituyen en uno de los fundamentos de ataque. El otro es haberse basado el fallo en una prueba falsa. Dos causales de la acción de revisión, cada cual exigente en su presentación como en su demostración, como quiera que solamente la contundencia de lo que apenas pudo conocerse luego de dictado el fallo hace posible desquiciar el instituto de la cosa juzgada, ante la contingencia razonable de la inocencia del acusado.

Pese a los esfuerzos del letrado, en pro de los intereses encomendados, la debilidad de lo que evidencian las pruebas inéditas, la improbabilidad de los nuevos hechos que se muestran más como producto de elucubraciones que como resultado incontestable de la realidad, en fin, la indemostrada mendacidad de los testigos de cargo, sorprendidos en incongruencias apenas secundarias, terminan por llevar al fracaso el rezonamiento del revisionista y con él, la prosperidad de la acción incoada.

El accionante, sin embargo, no se preocupa por separar las dos causales, dedicando sus esfuerzos a desarrollar lo referente a la causal tercera, dando por entendido que si se demuestra que el testigo no presenció los hechos, era de suponer su infundio, relevándose con ello de cualquier argumentación referente a la causal quinta. Sin embargo, como varias veces lo ha dicho la Sala, cada causal es independiente de las demás y requiere para su demostración de argumentos propios, siendo

impensable crearle una relación de dependencia con las demás. Por consiguiente, dado que el libelo, aparte de su enunciado, no presentó ningún razonamiento sobre ella, la Sala delanteramente rechaza el segundo reproche.

2. Ahora bien, respecto al primer ataque, basado en la causal tercera, la estrategia del demandante consiste en desvertebrar la versión del hermano del occiso, cuyo valor procesal radicó en haber sido el único testigo presencial del suceso prohibido, mostrándolo como un sujeto que se enteró del homicidio minutos después de ocurrido por lo que resulta imposible que pueda señalar al responsable del ilícito. También hace lo propio con la novia de la víctima, Liliana Vargas, quien, por su ubicación tampoco estaba en posibilidades de captar detalles del delito.

Como Geovanny no estaba al lado de su hermano por fuerza debía encontrarse en otro sitio, que el demandante ubica en una residencia próxima al lugar de los hechos, donde vive María Elena Monsalve Muñoz y quien tiene un taller de electricidad automotriz. Castrillón al decir del memorialista, se encontraba allí haciendo arreglar un carro de su propiedad cuando luego de escuchar unos disparos en la calle, dos muchachos le informaron que su hermano había sido baleado. Si ello es así, si no estaba acompañando a la víctima cuando se produjo la agresión armada, su acusación perdería su fuerza y credibilidad, forzándose una revisión del caso. Debe, por consiguiente, mirarse con atención y cuidado la prueba testimonial allegada a los autos dentro de esta acción de revisión.

3. El testimonio de María Elena Monsalve, por consiguiente, es de suma importancia. Es de ver que en el momento que empieza su versión, sorprende que no sepa la dirección de su residencia. Cuando se le inquiere por ella apenas dice que es "Curva del bosque - Jardín Botánico", pues no la sabe completa, pese a que lleva viviendo allí ocho años, según lo informó cuando se practicó la inspección judicial (fl. 143).

Sospechosa, por demás, esta inconsistencia, pues enseña que la declarante o tiene pésima memoria (no es creíble en una persona en estas circunstancias, normal de edad media [40 años]) o nunca ha vivido allí y su testimonio no refleja la verdad de lo acontecido. Con esta prevención

se abordan sus palabras. Coincide con Geovanny en que éste se encontraba bebiendo en un bar antes de ir a su casa, aunque no precisa el sitio exacto, pudiendo ser el denominado "La Curva del Bosque" en cuya puerta a la postre fue ultimada la víctima, o también el que queda al frente de su taller, llamado "La Ponzoña".

Cuanto al momento en que sucedieron los hechos lo ubica en un horario cercano a las nueve de la noche, instante en que sonaron las detonaciones y llegaron unos niños a informarle a su cliente que habían matado a su hermano. Varias inconsistencias rodean el relato. La primera, la incredulidad que suscita el efectuar arreglos eléctricos a esta inusual hora. Salvo que el presunto automotor de Geovanny se hubiese varado en ese momento, lo que explicaría la urgencia del trabajo hasta el punto de comprometer el descanso y prácticamente el sueño de la dueña del taller, no resulta atendible que trabaje a altas horas de la noche en un arreglo que bien podía hacer al día siguiente, máxime tratándose de un carro antiguo. Tampoco se explica la Corte el porqué la deponente primero asegura que Geovanny durante todo el día frecuentó el taller para luego señalar que sólo hasta las ocho y media de la noche fue con el automotor a que le "bajaran" el arranque y el alternador, labor dispendiosa y demorada que entretendría a la señora por varias horas, sin garantizar el arreglo que podría llegar a demorarse otro tanto. La discordancia e inverisimilitud de lo narrado es evidente, ante todo cuando la declarante advierte que, a pedido de su cliente, le preparó un caldo y a renglón seguido se fue a ver televisión (fol. 136 vto.). Y el arreglo –se pregunta la Sala– a qué horas iba a hacerlo?

Ahora, en lo que se refiere al crecido número de disparos que escuchó ("...seis o siete como si estuvieran matando varias personas y no a una sola...", fl. 137) es obvio que trata de presentar la occisión como un hecho fortuito, dada la peligrosidad del lugar donde con frecuencia se estaban produciendo muertes violentas, según lo aclara líneas adelante. Abre la posibilidad para pensar que quizás la víctima se encontró frente a un fuego cruzado, llevando la peor parte. Sin embargo, los tres disparos que recibió la víctima con oficio de entrada en la espalda no indican simple casualidad sino la intención inequívoca de que contra él iban dirigidas las balas.

En este sentido, el relato de Castrillón es creíble sobremanera. Y es que no existe razón alguna para pensar que hubo más disparos, mucho menos en la cantidad que cuenta la declarante. El homicida simplemente vio a su víctima, esperó que pasara por su lado y luego, sin previa advertencia, le segó la vida en las circunstancias históricas conocidas, imposibilitando su defensa. También aquí se resiente a más no poder la credibilidad de esta testigo de última hora, concitando el rechazo consiguiente.

4. Consecuente con su deseo de probar que Geovanny se encontraba en el taller de María Elena Monsalve al momento de la realización del injusto, el revisionista también acomete la tarea en que se empeña desde el punto de vista contrario, es decir, que el testigo no se encontraba en una taberna. Para ello cita a Albeiro Arbeláez, empleado de la llamada "Curva del Bosque", y a dos de sus amigos, Luz Elena Alzate y Einar Winston Castellanos.

Lo primero a detallar y que de entrada arroja un velo de sospecha sobre las declaraciones, es el "intercambio" de disparos que dicen haber escuchado. Como ya se detalló en el acápite anterior, se pretende recrear el escenario delictuoso presentándolo como un posible caso fortuito, provocado por el enfrentamiento a bala de varios enemigos. Sin embargo, –se repite– la precisión de los disparos, hechos con el fin de quitar la vida, excluye de por sí cualquier accidente.

Ahora bien, llama la atención el testimonio de Castellanos sobre los momentos posteriores al hecho. Cuando sobrevino la calma y se acercó a indagar lo ocurrido, vio a unos niños que se acercaron al herido y lo identificaron como hermano de Geovanny, luego de lo cual llegó el propio Geovanny, a constatar lo ocurrido. No obstante, como quiera que manifiesta no conocerlo, no entiende la Sala como, no empecé esta limitante, puede aseverar que la persona que llegó a los cinco minutos era Geovanny.

El otro testificante es Albeiro Arbeláez. Según sus palabras, Geovanny sí acudió al bar aquella tarde en varias oportunidades a comprar

licor, para consumirlo en otro lugar. Si es cierta su aseveración, es decir, si en verdad la última media botella la compró a eso de las ocho y media de la noche, saliendo inmediatamente del establecimiento, por fuerza debió dirigirse al taller de María Elena Monsalve, situado a media cuadra, quien a esa hora estaba recibiendo el encargo de repararle el carro. Sin embargo, como se recordará, ella aceptó efectuar el arreglo automotriz pero no observó que llevara ninguna botella de aguardiente. Apenas asevera que su cliente estuvo tomando toda la tarde. Pero, se pregunta la Corte, si apenas hasta las ocho y media de la noche lo vio como pudo darse cuenta de su ingestión anterior de licor?

La disparidad de las declaraciones es ostensible, como en lo referente a lo dicho por Luz Helena Alzate quien nada dice sobre la entrada de Geovanny a la taberna a comprar aguardiente, pese a que ella se encontraba allí desde las siete de la noche. La respuesta está en que no lo conocía y por ello, es muy posible que allí hubiese estado y ella no se hubiese dado cuenta, por lo que su testimonio puede únicamente informar lo sucedido poco después.

Luego del "tiroteo" –así lo denomina– tan sólo recuerda a unos infantes que fueron a buscar al hermano del muerto que se encontraba ahí cerca (a propósito, si apenas hacía unos minutos que Geovanny había entrado al taller automotriz como supieron los niños que allí se encontraba?), observando en seguida la irrupción en el sector de unas muchachas, quienes de inmediato recogen al herido y se lo llevan en un taxi en busca de auxilio hospitalario. Seguramente la declarante se refiere a la novia de la víctima, Liliana Vanegas y a su hermana Andrea quienes llegaron de inmediato al escuchar los disparos, según lo manifestó la primera en la diligencia de inspección judicial (fl. 143), pues se encontraban en la acera de su casa, la cual queda distante una media cuadra del lugar de los hechos. Y Geovanny? La testigo ni siquiera lo vio llegar. O fue que los chicos que lo fueron a llamar no lo encontraron? La ambiguedad de la declaración es ostensible y temprano frustra sus propósitos de informar una realidad diferente de la que sirvió de fundamento al fallador para proferir la sentencia que hoy se cuestiona.

5. En lo que respecta a la inspección judicial se estableció que para la época en que sucedieron los hechos, tanto la casa de la novia de la víctima como el taller eléctrico se encuentran equidistantes del bar "La Esquina del bosque", sitio donde cayó la víctima. Además se estableció que desde la ventana del primer inmueble se observa con dificultad la taberna, por la presencia de una palma, aunque esto no quiere decir que no se pueda advertir lo que allí ocurre desde la acera que es el sitio en el que la declarante se encontraba en el momento en que sucedió el homicidio. Así las cosas, esta información tampoco contribuye a desvirtuar de manera fehaciente el testimonio de Liliana Vanegas.

En lo que se refiere a la vía por la que transitan los buses, señalado en la diligencia como la carrera 51, lugar por donde se encuentra el taller, se sugiere que los hermanos no necesitaban ir hasta la esquina para conseguir el transporte que los llevara a su casa pues en la misma puerta del taller lo podían conseguir; tal razonamiento no es más que una hipótesis del letrado, inane de por sí para lograr un desquiciamiento del fallo. Su fundamento estriba en que, como quiera que Geovanny se encontraba en el local de María Elena Monsalve, no había razón para que se desplazara con su hermano hasta la esquina. No obstante, frente a este dicho existe el del propio Geovanny quien asevera: "...eran como las ocho y media de la noche y mi hermano fue por mí a una taberna que yo frecuento me dijo que nos fuéramos para la casa, cogí la tula y nos fuimos, nosotros bajábamos a coger la curva del bosque, estábamos esperando la buseta cuando el tipo pasaba y se siguió y se devolvió y ultimó a mi hermano con tres tiros en la espalda...".

Al efecto recuérdese que en la inspección judicial se habla de la existencia de otra taberna, llamada "La Ponzoña", situada al frente del taller de María Elena Monsalve Muñoz, donde muy probablemente se encontraba el testigo. Nada extraño resulta que hubiesen requerido caminar hasta la esquina para tomar el transporte público, máxime cuando Liliana había quedado en la acera vigilando hasta que tomaran el bus. Recuérdese, como lo afirman los testigos y lo corroboró la inspección judicial, que el punto es de alta peligrosidad, por lo que resulta explicable

que los dos hermanos se hubiesen dirigido a la esquina con el fin de que alguien conocido estuviera pendiente de ellos mientras llegaba el automotor de servicio público.

6. Restaría por señalar la prueba pericial practicada al condenado. La intención del accionante es demostrar que su cliente no es una "persona cabezona", pues así lo identifica Geovanny. Si se recuerdan sus palabras, lo describió como "...delgado, es de 1,68 mts. de estatura, de unos 24 o 25 años de edad, moreno claro, tiene bigote, negro, menudito, ojos rasgados, es muy cabezón con una cara alargada, cabellos negros, lacios, cortos...". Por su parte, la diligencia en mención de cuenta de que su cara es "alargada", de 1.70 mts., cabello liso, corto, y como se observa en la fotografía es moreno y tiene bigote negro, descripción que coincide en gran parte con su fisonomía, lo que refuerza aún más el señalamiento que le hiciera como el autor del crimen por el cual fue juzgado y condenado.

La otra diligencia, la ampliación de la necropsia, con miras a establecer la trayectoria de los disparos y con ella si el occiso fue herido estando de pie o cuando se encontraba acostado, no definió nada, por lo que huelga cualquier comentario sobre el particular, ya que no descartó ninguna de las posibilidades.

7. Así las cosas, el acopio probatorio presentado con el fin de conseguir la revisión del proceso, es débil a más no poder y carente de la fuerza necesaria para desquiciar el fallo, materia del cuestionamiento. Dígase que para conseguir el éxito de esta especialísima acción es menester presentar pruebas contundentes del yerro judicial que demuestren razonablemente que el acusado en verdad era inocente. Pero traer a colación pruebas testimoniales de escasa monta o entidad y sin ningún poder vinculante con relación a los hechos básicos de la petición, es quehacer de por sí insuficiente para llevar a cabo el éxito de la gestión, pues se trataría simplemente de enfrentar el criterio del juzgador al de un particular, confrontación en la cual prevalece el fallo del Tribunal pues de él se presume su acierto y legalidad.

8. No está por demás anotar que la declaración de Geovanny, sobre la cual se edificó la sentencia, objeto de la controversia, es seria, coherente y desapasionada, sin que se vislumbre en ella ningún ánimo retaliatorio, producto de animadversión anterior. Recuérdese que tuvo la oportunidad de mirar al egresor cuando le disparó a su hermano. Muestra de ello se ve en la descripción morfológica que adujo, acertada como ya se dejó dicho en este proveído, la que quedó confirmada plenamente con la ampliación que solicitó el accionante. Las fotografías aportadas aunadas a la reseña que hicieran las autoridades, no dejan la menor duda que el cráneo, por su forma inusualmente alargada, es desproporcionada con el resto del cuerpo.

A este contundente testimonio se agrega el de Liliana Vanegas, la novia del occiso, quien lo vio pasar instantes después, por su lado, con el arma en la mano (fl. 14 vto.). De igual manera, apoya su exégesis el reconocimiento en fila de personas, diligencia en la cual, ambos declarantes, sin dubitaciones, señalan al procesado como el autor del homicidio.

Así las cosas, no sólo debe tenerse en cuenta que la prueba presentada como sustento de la acción de revisión es fragil en extremo, también debe resaltarse que frente a ella se encuentran las probanzas de cargo, vigorosas, claras, y, por ende, creíbles en grado sumo.

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:

Negar la revisión impetrada por el defensor de Luis Jaime Meneses Guarrón, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de orígen.

Edgar Saavedra Rojas, "no"*; Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

En los últimos tiempos, con suficiencia se ha profundizado sobre manera acerca de los requisitos que deben reunirse para otorgar la condena de ejecución condicional. Del concepto estrecho que primó en los primeros tiempos, en el que la negativa a concederla era la regla y en donde bastaba alegar la necesidad de tratamiento penitenciario para impedir su disfrute, se pasó a un criterio más amplio dándole al derecho a la libertad la prioridad que se merecía como fundamental.

Para evitar decisiones irreflexivas que no se encontraran apoyadas en un estudio serio y concreto de la situación, la Corte consideró conveniente la motivación de rigor cuando la decisión a tomar fuera de rechazo. Así se podía observar si en verdad se estudiaron y sopesaron los requisitos de ley y, por ende, si la providencia proferida era ponderada y justa, a más de que brindaba la oportunidad al afectado de recurrir a una instancia superior en procura de obtener el beneficio.

Empero, no se ha venido exigiendo la simple fundamentación. La Sala ha dicho en varias oportunidades que, aparte del silencio mismo, también la falencia podría presentarse cuando el juzgador expresaba razones que no encontraban fundamento en la realidad procesal o cuando su nimiedad impedía explicar o justificar su decisión. Así las cosas, el tema ha sido tratado en muchas ocasiones con la profundidad y detenimiento del caso con el fin de superar equívocos o impedir que la concesión del subrogado se niegue o se otorgue sin la suficiente meditación.

Para el memorialista, esta interpretación jurisprudencial no le parece suficiente y desea que se le agreguen nuevos elementos como el de establecer que no puede ser negada cuando el posible beneficiario de la medida no registra antecedentes penales y no ha delinquido durante el

trámite del proceso. Estas dos circunstancias, sin embargo, no son sino nuevos presupuestos para otorgar el subrogado, lo que de por sí rebasa la función jurisdiccional asignada a esta Corporación, pues que atender el pedimento del impugnante significaría adicionar el texto en mención usurpando la función del legislador.

No sucede lo propio con la motivación exigida, que no se constituye en un requisito más sino en una interpretación cabal del artículo 68 del C.P. así como del principio de contradicción plasmado en el artículo 7o. ibídem, pues solamente conociendo las razones que motivaron la negativa de su concesión puede el afectado elevar su protesta.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiuno de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 130.

Vistos:

Decide la Corte sobre la viabilidad del recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor de los procesados Ricardo Antonio Pinchao y Nedy del Carmen Bustamante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 2o. Penal del Circuito de la misma ciudad que los halló responsables de un delito de tráfico de estupefacientes.

La petición:

Considera el memorialista que se presentó una violación a los derechos fundamentales del implicado (a la libertad, la seguridad jurídica y la familia frente al interés de la sociedad). Resulta lamentable, argumenta, que la venganza social se imponga sobre la estabilidad de una familia pese a tratarse de un delito de poco daño social y, por ende, de escasa punición, sin que les sea dado a los implicados una segunda

oportunidad, obligándolos a dejar abandonados a sus tres menores hijos, sin tener en cuenta que es la primera vez que delinquen y que han manifestado su sincero arrepentimiento.

A continuación recuerda pronunciamientos de la Sala que califican la condena de ejecución condicional como un beneficio-derecho, por lo que no puede quedar al arbitrio del juzgador; sin embargo, a su juicio, el propósito de llenar un vacío dejado por el artículo 68 del C.P. se ve atenuado al establecer como requisito la sustentación del pronunciamiento,

> "...como único requisito de validez de la negativa, pues tal formulación aparentemente dota de forma a la negativa, pero sólo es una mera apariencia en la limitación del presupuesto se llega a la arbitrariedad del pronunciamiento que es lo que se quiere desterrar".

Luego de reconocer que es un imposible establecer unos claros lineamientos para conceder o negar el beneficio,

"...al menos la Corte Suprema de Justicia, por vía de autoridad podría establecer algunos parámetros objetivistas que nos permitan seguir sosteniendo que la conseción (sic) o negativa de la condena de ejecución condicional no está del todo sujeta al arbitrio (sic) del fallador, por ejemplo de que dado el requisito objetivo para su conseción (sic) en ningún caso tal beneficio se podrá denegar cuando el procesado o procesados no registran antecedentes penales y no han delinquido durante el trámite del proceso pues tal planteamiento sería una presunción jurisprudencial de que el procesado que reúna esos requisitos no necesita tratamiento penitenciario".

El que carezca de antecedentes y no hubiese delinquido durante el desarrollo del proceso está acreditando su buena conducta anterior y posterior a los hechos delictuosos, de donde se colige que el punible que cometió no es más que un error de desviación, y, por ende, no necesita de tratamiento penitenciario. Por consiguiente, considera que debe replantearse la jurisprudencia de la Sala sobre el tema, estableciendo unos lineamientos estrictos y generales, aplicables a todos los casos,

impidiendo que quede sujeto a la casuística, lo que en últimas viene a representar el arbitrio que se ha buscado limitar.

Caso patético del "estado amorfo" en que se encuentra la institución es el presente asunto en donde no ha importado que el monto de la pena impuesta se aproxime más al mínimo que al máximo del señalado en el inciso 2o. del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, ni tampoco que los procesados sean la primera vez que delinquen, que hayan tenido buena conducta anterior y que, pese a haber sido liberados provisionalmente hace más de 31 meses no hayan vuelto a delinquir. Sin embargo, los falladores, basados en el "daño social", han decidido negar la concesión del subrogado.

No está de acuerdo en que se califique la conducta y su personalidad de expendedores de vieja data, eludiéndose lo fundamental del subrogado que es el criterio de si necesitan o no de tratamiento penitenciario, negándoseles una oportunidad, aduciendo que la comisión de esta especie de delitos sólo la puede hacer una persona depravada. Considera arbitraria la posición del Tribunal sin que nada pueda hacerse pues tan sólo se requiere que sustente la negativa para imponer su tesis.

Por tanto, concluye, dado que el Tribunal ha caído en genéricos enunciados como el de simplemente calificar de grave la conducta endilgada a sus patrocinados, considera necesario que la Corte resalte aún más que la concesión del subrogado responde al concepto de la necesidad que pueda tenerse de rehabilitación, fundado en criterios objetivos, (buena conducta anterior y posterior, familia, vinculación social, cuantía del ilícito, la mayor o menor aproximación a los máximos o mínimos fijados para el delito), desterrando el simplista criterio de "muy grave", pues esa calificación ya la ha hecho el legislador al fijar los delitos y las penas.

Y como quiera que hay una falsa motivación por indebida aplicación del artículo 68 del C.P., violándose el derecho a la libertad, y hace falta una mayor regulación jurisprudencial del beneficio en comento, solicita el actor se acepte su impugnación.

La corte:

1. En un confuso escrito que presenta como sustento de la casación discrecional, el recurrente pone a consideración de la Sala la solicitud de que se le acepte un recurso de casación excepcional, basándose simultáneamente en las dos vías para acceder a esta impugnación extraordinaria, pues a la par que denuncia la violación de varios derechos constitucionales, también considera que se hacen necesarias mayores precisiones jurisprudenciales sobre los requisitos que deben cumplirse para conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional.

2. En lo que se refiere al primer tema, habla de violaciones a varios derechos (libertad, seguridad jurídica y la familia), sin presentar los fundamentos por los cuales cree que se produjeron tales atropellos. En vez de ello dota sus argumentos de razones particulares que buscan su sustrato en simples lucubraciones. Nada distinto puede pensarse cuando habla de que la sentencia busca imponer la venganza social, negándoles a los condenados una segunda oportunidad para rehacer sus vidas, amén de causar el abandono de sus menores hijos, sin tener en cuenta su arrepentimiento, ni tampoco la inestabilidad a la que se condena a la familia de aquellos.

Sin embargo, éstas situaciones que presenta como sustrato de su intervención no son otra cosa que las consecuencias que se desprenden del proceder ilegal de los procesados, al imponérseles una sanción privativa de la libertad. No se entiende –ni tampoco se preocupa el escrito por demostrarlo– cómo éstas puedan llegar a constituir las violaciones a los derechos que señala el escrito.

En estas condiciones, ausente de razones serias y jurídicas que demuestren la necesidad de acceder a esta sede en procura de remediar la violación de un derecho fundamental realizada al proferirse el fallo cuestionado, no encuentra la Sala la suficiente ilustración sobre el presunto yerro, lo cual provoca el rechazo respectivo.

3. Cuanto al segundo tema, la Corte tampoco encuentra mérito para darle cabida a la impugnación que se pretende incoar. En los últimos

tiempos, con suficiencia se ha profundizado sobremanera acerca de los requisitos que deben reunirse para otorgar la condena de ejecución condicional. Del concepto estrecho que primó en los primeros tiempos, en el que la negativa a concederla era la regla y en donde bastaba alegar la necesidad de tratamiento penitenciario para impedir su disfrute, se pasó a un criterio más amplio dándole al derecho a la libertad la prioridad que se merecía como fundamental.

Para evitar decisiones irreflexivas que no se encontraran apoyadas en un estudio serio y concreto de la situación, la Corte consideró conveniente la motivación de rigor cuando la decisión a tomar fuera de rechazo. Así se podía observar si en verdad se estudiaron y sopesaron los requisitos de ley y, por ende, si la providencia proferida era ponderada y justa, a más de que brindaba la oportunidad al afectado de recurrir a una instancia superior en procura de obtener el beneficio.

Empero, no se ha venido exigiendo la simple fundamentación, como parece entenderlo el impugnante. La Sala ha dicho en varias oportunidades que, aparte del silencio mismo, también la falencia podía presentarse cuando el juzgador expresaba razones que no encontraban fundamento en la realidad procesal o cuando su nimiedad impedía explicar o justificar su decisión. Así las cosas, el tema ha sido tratado en muchas ocasiones con la profundidad y detenimiento del caso con el fin de superar equívocos o impedir que la concesión del subrogado se niegue o se otorgue sin la suficiente meditación.

Para el memorialista, esta interpretación jurisprudencial no le parece suficiente y desea que se le agreguen nuevos elementos como el de establecer que no puede ser negada cuando el posible beneficiario de la medida no registra antecedentes penales y no ha delinquido durante el trámite del proceso. Estas dos circunstancias, sin embargo, no son sino nuevos presupuestos para otorgar el subrogado, lo que de por sí rebasa la función jurisdiccional asignada a esta Corporación, pues que atender el pedimento del impugnante significaría adicionar el texto en mención, usurpando la función de legislador.

No sucede lo propio con la motivación exigida, que no se constituye en un requisito más sino en una interpretación cabal del artículo 68 del

C.P. así como del principio de contradicción plasmado en el artículo 7o. ibídem, pues solamente conociendo las razones que motivaron la negativa de su concesión puede el afectado elevar su protesta.

4. En este orden de ideas y teniendo en cuenta las anteriores razones, la Sala habrá de decretar la improcedencia de la casación discrecional que se pretende incoar.

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

Resuelve:

Declarar la improcedencia del recurso de casación discrecional interpuesto, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de orígen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo, Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DETENCION DOMICILIARIA

"La detención domiciliaria obliga al acusado a permanecer en el interior de su morada, pues tan solo se trata de una modalidad menos gravosa de detención, que de todas maneras implica restricciones para su libertad, por lo que se deben adoptar las previsiones necesarias por parte del Instituto Nacional Penitenciario en guarda de su cabal cumplimiento".

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

Magistrado ponente: *Doctor Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobada Acta número 131.

Vistos:

El procesado GUILLERMO LEON RAMIREZ DUSSAN, quien se halla detenido en la Casa Cárcel Normandía de esta ciudad, solicita la libertad provisional, por considerar cumplidas las dos terceras partes de la pena impuesta, para lo que debe tenerse en cuenta el tiempo de privación de la libertad, el descuento por trabajo y estudio, y la caución prendaria que oportunamente prestó cuando se le otorgó la detención domiciliaria y que no le ha sido devuelta.

Consideraciones de la Corte:

El acusado fue condenado por el Juzgado 47 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, a la pena privativa de la libertad de 25 meses de prisión, como autor responsable del delito de concusión y le fue negado el subrogado de la condena de ejecución condicional, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior en fallo de junio 15 del año en curso, el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensor.

El peticionario se halla privado de la libertad desde el 22 de julio de 1993, es decir, que ha descontado efectivamente de la pena impuesta dieciseis (16) meses. Conveniente resulta precisar que mediante auto de noviembre 23 de 1993 (folio 308 del cuaderno original) la señora Juez 47 Penal del Circuito sustituyó la medida de aseguramiento de la detención preventiva por la detención domiciliaria y fijó como lugar donde debía continuar la detención "la ciudad de Santafé de Bogotá", contrariamente a lo que viene sosteniendo la doctrina de esta Sala en autos de 22 de octubre de 1992, 21 de febrero y abril 6 de 1994, al precisarse que: "La detención domiciliaria obliga al acusado a permanecer en el interior de su morada, pues tan solo se trata de una modalidad menos gravosa de detención, que de todas maneras implica restricciones para su libertad, por lo que se deben adoptar las previsiones necesarias por parte del Instituto Nacional Penitenciario en guarda de su cabal cumplimiento". Por providencia de marzo 1o. del año en curso (folio 438 y s.s.) la funcionaria de primera instancia revocó la detención domiciliaria por la detención preventiva que desde entonces viene cumpliendo el incriminado.

De otra parte, por estudio acredita 552 horas que le dan derecho a una redención de la pena de un (1) mes y dieciseis (16) días (folios 40 y 80 del cuaderno del Tribunal); y por trabajo 442 horas que le representan una rebaja de veintisiete (27) días (folio 44 y 79 del cuaderno del Tribunal); factores que sumados arrojan un total de dieciocho (18) meses y trece (13) días, lapso superior a las dos terceras partes de la sanción impuesta en las instancias que equivalen a dieciseis (16) meses y veinte (20) días.

En el proceso no obra información en el sentido que el incriminado registre antecedentes penales y contravencionales, pues si bien es cierto el 28 de febrero del corriente año, fue retenido y en su contra se inició un proceso contravencional, dicho asunto a la fecha no ha sido fallado.

Su conducta en forma reiterada ha sido calificada como "EJEMPLAR" durante su permanencia en los establecimientos carcelarios (folios 253 del cuaderno original y 38 del cuaderno del Tribunal), dedicándose al desarrollo de actividades educativas y laborales, aspectos que hacen

suponer fundamentalmente a la Sala su readaptación social y por lo mismo, no se requiere acentuar el tratamiento penitenciario por más tiempo, en atención a que la condición de Alcalde Menor de la Zona de Engativá cargo que ocupaba para el momento de la comisión del hecho punible por el que se le viene juzgando y su compromiso con la comunidad, fueron factores tenidos en cuenta como circunstancias genéricas de agravación punitiva para incrementar la pena, cumpliendo está su función retributiva.

Por los anteriores motivos se satisfacen las exigencias previstas por la ley para otorgar la libertad provisional, previa caución prendaria por la suma de $254.530.oo, que ya prestó el significado ante el Juzgado de primera instancia (folio 313) y suscribirá diligencia de compromiso con las obligaciones contenidas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

1o. *Otorgar* al procesado GUILLERMO LEON RAMIREZ DUSSAN, la libertad provisional.

2o. Previa la suscripción de la diligencia de compromiso con las obligaciones a que se contrae el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal mediante caución prendaria por la suma de $254.530.oo que se considera ya prestada ante el Juzgado 47 Penal del Circuito de esta ciudad, se librará la correspondiente orden de libertad, siempre y cuando no sea requerido por autoridad y por asunto diferente.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, salvamento de voto; *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DETENCION DOMICILIARIA
(SALVAMENTO DE VOTO)

A continuación me permito expresar, de manera sucinta, las razones de mi respetuoso disentimiento frente a la decisión de esta Sala, de fecha de hoy, que otorgó libertad provisional al procesado GUILLERMO LEON RAMIREZ DUSSAN, por haber cumplido las dos terceras partes de la pena principal de 25 meses de prisión, que le fue impuesta por el delito de concusión.

1. Entre los motivos analizados para conceder excarcelación al señor RAMIREZ DUSSAN, estuvo que su "conducta en forma reiterada ha sido calificada como 'EJEMPLAR' durante su permanencia en los establecimientos carcelarios..., dedicándose al desarrollo de actividades educativas y laborales, aspectos que hacen suponer fundadamente a la Sala su readaptación social y por lo mismo, no se requiere acentuar el tratamiento penitenciario por más tiempo..."

2. También se tuvo en cuenta la ausencia de información sobre antecedentes penales y contravencionales del procesado, observando que "si bien es cierto el 28 de febrero del corriente año, fue retenido y en su contra se inició un proceso contravencional, dicho asunto a la fecha no ha sido fallado".

3. El Juzgado 47 Penal del Circuito de Bogotá, que adelantó la causa por la concusión reprochada al señor GUILLERMO LEON RAMIREZ DUSSAN, había sustituido la medida de aseguramiento de detención preventiva por la domiciliaria, graciosamente extendida a "la ciudad de Santafé de Bogotá, por ser éste su domicilio", según se aprecia en la providencia de fecha noviembre 23 de 1993 (fs. 308 a 312 del primer cuaderno original). Para merecer semejante dispensa, el procesado debió comprometerse a "...observar buena conducta individual, familiar y social,... no cometer un nuevo punible,... cumplir y acreditar el trabajo social realizado los fines de semana a que se le impone adicinalmente, lo

que debe hacer mensualmente (*sic*). Enterado de dichas obligaciones, el procesado manifiesta que se obliga a cumplirlas..." (f. 314 ib.).

4. La largueza de esa "detención" domiciliaria entre los confines distritales, producto de una condescendencia interpretativa que por fortuna debe estar desechada luego de los pronunciamientos en contrario de esta Sala, genera la primera discrepancia, acerca de si el tiempo transcurrido bajo la incontrolada obligación de permanecer dentro de tan vasto perímetro, puede computarse como "privación efectiva de la libertad", para los efectos de los artículos 406 del Código de Procedimiento Penal y 54 del Código Penal.

Esa "detención" fue solo nominal y no efectiva, si como parece no existió en la práctica restricción alguna a la libertad de locomoción, extendida a la amplia geografía capitalina y no delimitada para cumplirla entre las cuatro paredes de su residencia ("morada fija y permanente... casa en que uno habita o se hospeda"), que evidentemente es la acepción acogida en este caso por el legislador y que la propia Constitución ha asumido en sus referencias al derecho represivo (artículos 28 "...ni su domicilio registrado..." y 32 "...y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador").

La verdad fáctica de la "detención" bajo estudio, exenta de una real restricción, se asemeja más al extinto arraigo judicial o, en lo existente, a la libertad provisional, donde la detención preventiva jurídicamente decretada no produce efectos materiales y no es por tanto computable, así el excarcelado quede comprometido a la observancia de ciertos requisitos, algunos equiparables con los de la sustitución domiciliaria, que tampoco fueron cumplidos en este caso, como se analizará más adelante.

5. El hecho que motivó el proceso contravencional mencionado en el punto 2. de este salvamento, radicó en que una apreciable cantidad de personas, reunidas tumultuariamente bajo la dirección, entre otros, del señor GUILLERMO LEON RAMIREZ DUSSAN, taponaron unas vías urbanas al noroccidente del Distrito Capital, "precisamente en momentos

en que el flujo vehicular se hacía más intenso, por la movilización de las personas a sus centros de trabajo y estudio, lo que ocasionó una seria congestión en el tráfico...", según se aprecia en el informe No. 0572, de febrero 28 de 1994, dirigido al "Jefe División Penal Reparto Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá" por el Sub-Comandante de la Décima Estación de Policía (fs. 430 a 432 ib.), quien al ser ratificado bajo juramento también reitera que no fue posible persuadir a los conglomerados para que desistieran de la manifestación no autorizada y del taponamiento de "varias vías importantes con palos, troncos, piedras, basura, etc." (fs. 436 y 437 ib.).

6. Como se ve, el señor RAMIREZ DUSSAN aprovechó la inicial liberalidad del Juzgado 47 Penal del Circuito y, cuando debía estar refrenado, quebrantó intencionalmente derechos fundamentales de sus conciudadanos, perpetrando con sus instigados otra trombosis en las vías bogotanas, con las consecuencias de la ira colectiva, el arribo con retardo de trabajadores y estudiantes y los riesgos de no poder movilizarse en una emergencia o incumplir alguna cita notarial, médica, judicial, etc.

7. En el criterio finalmente acertado del Juzgado 47 Penal del Circuito (fs. 438 y ss. ib.) "tal conducta enmarca dentro de los grados de indisciplina frente al orden social, cuando esto último era lo que se le había prohibido dentro de las obligaciones que rubricó... no observó buena conducta social ni individual... demuestra que la conducta del señor no es la ejemplar... Pero no solamente ello se vulneró, sino que hasta la fecha ha incumplido el procesado con la obligación de acreditar ante el Despacho en forma mensual el trabajo que tiene que realizar todas las semanas, trabajo social que, en razón a su actividad le quedaba fácil efectuar... ello no aconteció, demostrando cómo ha quebrantado otra obligación. Con base en ello, este Despacho... revocará el beneficio de la detención domiciliaria y procederá a hacer efectiva la detención preventiva que tiene como medida de aseguramiento...".

Como puede observarse, se otorgó libertad provisional a quien anteriormente había cumplido con obligaciones impuestas para disfrutar de un beneficio similar.

8. Sobre la personalidad del procesado manifestó el referido Juzgado, que es el despacho donde mejor le conocen, por la natural inmediación de la causa:

> "Es claro para el Despacho que con ese accionar de RAMIREZ DUSSAN, nos demuestra que realmente no está interesado en observar la buena conducta que debe, sino que con dicho accionar, ha demostrado que poco le interesa el orden social y las buenas costumbres, pues, por sobre todo reglamento armó el desorden, dirigió una manifestación no autorizada y no acató requerimientos de la autoridad. Esto nos demuestra sin lugar a dudas que su conducta no es la mejor ni la prudente..." (f. 439 ib.).

En similares términos se expresa en providencia de fecha marzo 15 del año en curso (fs. 465 y ss. ib.) y en la sentencia condenatoria (fs. 570 y 571), cuando analiza su personalidad para abstenerse de concederle la condena de ejecución condicional ("Tales postulados le importan nada al sujeto agente, quien denota la carencia absoluta de respeto frente a su misión y frente a la ley...prevalido de tales condiciones enseña inmoralidad y corrupción, convirtiendo a la administración en objeto de comercio...").

Por su parte, la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Santafé de Bogotá señaló expresamente, al pronunciarse en dos oportunidades (septiembre 14 y octubre 7 del año en curso) sobre el tema específico de la viabilidad de la libertad condicional:

"El presupuesto relativo a la personalidad, tampoco se presenta, pues Ramírez fue condenado por concusión, tenía a su cargo el manejo de una comunidad, como Alcalde Menor de la Zona de Engativá, primera autoridad del lugar, por lo que debía dar ejemplo de rectitud y honestidad, cumplir con los deberes que el cargo le imponía y no abusar de esa función para solicitar dinero. Esta es una de las conductas que constituye uno de los flagelos que azota al país, que hace que los ciudadanos pierdan credibilidad en sus autoridades. En consecuencia el implicado requiere tratamiento penitenciario." (fs. 51 y 95, cuaderno del Tribunal).

Recientemente (carta de fecha octubre 19, dirigida a la señora Juez 47 Penal del Circuito), el señor RAMIREZ DUSSAN se muestra exento de contricción y nobleza, cuando señala que "tomaré las acciones penales" contra diversas personas", que en mis varias declaraciones sindique como delincuentes" y que piensa "renunciar al recurso de casación pues no quiero seguir con el juego, supongo que el criterio de ellos será igual al de todos los administradores de justicia en Colombia y no quiero seguir teniendo que ver con esta clase de justicia..." (f. 110 ib.).

No parece que fuese ésta la personalidad apropiada para merecer libertad provisional, tampoco por este factor, en la medida en que se reuniesen "los demás requisitos" para otorgar libertad condicional.

9. Dejo en esta forma expresados los motivos de mi discrepancia frente a una decisión que respeto, pero que considero parcialmente injurídica, y contraria al anhelo del pueblo colombiano de que exista una lucha rigurosa, incesante y eficiente contra la corrupción en el desarrollo de las funciones públicas, empeño que la administración de justicia debe dirigir con ecuánime severidad.

Fecha: Ut supra.

Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado.

DESISTIMIENTO / DEFENSOR / DERECHO DE DEFENSA / DEMANDA DE CASACION / ACCION DE REVISION

El artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, establece que no se podrá desistir del recurso extraordinario de casación y de la acción de revisión, cuando el expediente ya se encuentre al despacho para decidir.

2. Lo que interesa acá es que el procesado tenga una defensa adecuada tendiente a garantizar que sus derechos inalienables no se vean afectados o limitados; por lo tanto, si éste decide revocar el poder a su defensor, es su manifestación la que prevalece y ella deja sin posibilidad de seguir actuando al profesional del derecho que lo representa.

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

Magistrado ponente: *Doctor Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta número 131.

Vistos:

Procede la Sala a decidir sobre el desistimiento impetrado por la procesada OSIRIS ALBA MARTINEZ VILLAQUIRAN y el memorial de oposición enviado por el doctor José Gerardo Atehortúa Cruz.

Antecedentes:

En escrito presentado por la procesada el 1o. de septiembre del presente año, manifiesta que asume su propia representación por ser abogada titulada e inscrita, e igualmente que DESISTE del recurso extraordinario de casación interpuesto ante ésta Corporación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cali,

por el delito de Abuso de Circunstancias de Inferioridad de que trata el artículo 360 del Código Penal.

En escrito aparte indica, la misma procesada, que revoca el poder otorgado al Doctor José Gerardo Atehortúa Cruz dentro del recurso extraordinario de casación.

En auto de septiembre quince de los cursantes, se ordenó, conforme al artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, enterar al defensor de la procesada acerca del desistimiento por ella manifestado y aceptar la revocatoria del poder conferido al citado profesional.

Estando al despacho el proceso para decidir acerca de la solicitud de desistimiento, el Dr. José Gerardo Atehortúa Cruz hace llegar escrito en el que manifiesta su extrañeza por la revocatoria del poder que se le había otorgado, ya que si bien constituye el ejercicio de un derecho, no deja de ser inexplicable y carente de justificación; que la conducta de la procesada y la de quien asuma su representación se ubican en una falta a la lealtad profesional, porque la revocante no canceló la totalidad de los honorarios profesionales causados en la primera etapa, ni los inherentes al recurso de casación.

Agrega que la Abogada procesada, sabía que a través de la demanda de casación se podía obtener la declaratoria de ilegalidad del fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali no solo en su beneficio sino en el de los otros encartados quienes por confiar en su consejo profesional resultaron condenados.

Finaliza manifestando que no habiéndose presentado paz y salvo suscrito por él, persiste su condición de sujeto procesal y como tal se opone al desistimiento del recurso para lo cual se ampara en el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, inciso final.

Consideraciones de la corte:

El artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, establece que no se podrá desistir del recurso extraordinario de casación y de

la acción de revisión, cuando el expediente ya se encuentre al despacho para decidir.

Pues bien, para determinar la procedibilidad o no del desistimiento presentado por la procesada, es necesario referirse al trámite que hasta el momento se le ha impartido al recurso extraordinario de casación y la oportunidad de su petición.

En efecto, en auto de fecha 15 de junio del corriente año, una vez se declaró ajustada la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada, se ordenó el traslado de rigor al señor Procurador Delegado en lo Penal, y en su trancurso se presentó el escrito de desistimiento, motivo por el cual el proceso fue recibido inmediatamente en la Secretaría de la Sala.

Acto seguido, en auto de septiembre quince de los cursantes, se ordenó comunicar al defensor de la memorialista acerca del desistimiento del recurso extraordinario y de la revocatoria de su poder a lo que se dio cumplimiento mediante comunicación telegráfica. Luego, el asunto fue dejado en la secretaría de la Sala por un término prudencial, sin que se hubiese recibido manifestación alguna por parte del Abogado José Gerardo Atehortúa Cruz, según informe de fecha octubre 5 de 1994.

En este orden de ideas, es fácil determinar que para la fecha en que se presentó el desistimiento por parte de la procesada OSIRIS ALBA MARTINEZ VILLAQUIRAN, el expediente aún no había entrado al Despacho del Magistrado Sustanciador para decidir sobre la demanda de casación, motivo por el cual habrá de atenderse tal petición y declarar en consecuencia desierta la impugnación.

En cuanto al memorial suscrito por el abogado José Gerardo Atehortúa Cruz, considera la Sala que sus peticiones habrán de ser desechadas, como quiera que a estas alturas no puede realizar ningún tipo de intervención, en razón a que la revocatoria del poder que la procesada OSIRIS ALBA MARTINEZ VILLAQUIRAN le había otorgado, fue aceptado en auto del quince de septiembre de los cursantes,

sin que constituya motivo valedero el hecho de que la citada memorialista no le haya cancelado los honorarios correspondientes.

Lo que interesa acá es que el procesado tenga una defensa adecuada tendiente a garantizar que sus derechos inalienables no se vean afectados o limitados; por lo tanto, si éste decide revocar el poder a su defensor, es su manifestación la que prevalece y ella deja sin posibilidad de seguir actuando al profesional del derecho que lo representa; entonces no puede el Doctor Atehortúa insistir en el trámite del recurso de casación so pretexto del pago de sus honorarios, los cuales tienen la posibilidad de hacer cumplir por otra vía.

Ahora bien, la propia ley autoriza al procesado que sea abogado titulado para presentar la demanda que ha de sustentar el recurso de casación, situación que le otorga oportunidad de prescindir de su defensor quedando así plenamente habilitado para actuar, como en efecto sucede en el caso de la abogada procesada MARTINEZ VILLAQUIRAN.

De otro lado, no puede el memorialista, Doctor Atehortúa, invocar el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal para hacer prevalecer sus peticiones, porque en esta especial situación lo que se presenta es el enfrentamiento entre dos abogados habilitados genéricamente para intervenir en el recurso extraordinario, uno de los cuales perdió su capacidad de representación judicial por virtud de la revocatoria del mandato, en tanto que el otro readquirió su propia representación al revocarle el poder a su defensor.

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

Resuelve:

Aceptar el desistimiento del recurso extraordinario de casación propuesto por la procesada OSIRIS ALBA MARTINEZ VILLAQUIRAN. En consecuencia se declara DESIERTO y ordena que el proceso vuelva al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

Tratándose de una admisión discrecional y por vía de excepción, fácil es colegir la necesidad de que el interesado demuestre ante la Corte el vacío doctrinal o el agravio inferido que dentro de las causales legales taxativas auspiciarían el recurso extraordinario –ello sin perjuicio del deber de presentar formal demanda, en caso de admitirse su recurso–, porque a la Corte ni le obliga ni le compete entrar a escudriñar oficiosamente los procesos, sólo porque así se le insinúe con una invocación general y desmotivada.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de noviembre de mil novencientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 129.

Vistos:

Decide la Corte si hay lugar a la admisión del recurso discrecional de casación que interpone el defensor de la acusada GILMA NUBIA MUÑOZ PATIÑO en contra del fallo de mayo 30 de 1994, mediante el cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo revocó la absolución decretada en la primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sogamoso, condenándola en su lugar a la pena principal de un año de prisión como autora responsable del delito de prevaricato por acción.

Antecedentes:

Ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sogamoso compareció en juicio la doctora GILMA NUÑEZ PATIÑO, Registradora de Instrumentos Públicos de esa ciudad, por el delito de prevaricato, al atribuírsele el distanciamiento de los deberes legales propios de su cargo y relacionados con la efectividad de unas medidas cautelares dispuestas por la autoridad judicial, pues al tramitar el registro de una escritura de

dación en pago otorgada por Luz Amparo Santa y Jaime Montealegre a favor de Terpel de la Sabana S.A., dejó en desamparo los derechos perseguidos en proceso ejecutivo por Norberto Arturo Mariño Morales contra los esposos Montealegre Santa, radicados sobre el inmueble dado en pago o los remanentes de su venta.

Al resolver el Juzgado la antedicha controversia profirió en favor de la encausada fallo absolutorio, dejando en claro que este procedía al no haber sido definido con certeza el dolo, pero la transgresión flagrante de la ley la dio como un hecho irrebatible.

Impugnada la decisión anterior por el representante de la parte civil, coincidió el Tribunal en que los hechos denunciados y probados configuraban una conducta típica penal, y discrepando del Juzgado halló que la culpabilidad dolosa de la acusada también se daba de manera evidente. Por ello revocó el fallo del *a-quo* sustituyéndolo por la condena de la doctora MUÑOZ PATIÑO como responsable del delito tipo de prevaricato.

Fue esta vez el defensor de la acusada quien por su iniciativa impugnó la sentencia de segunda instancia en casación, aduciendo que aunque la pena prevista no excedía de 5 años de prisión, el recurso procedía en razón al principio de favorabilidad consagrado en los artículos 10 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitución Política. Al mismo tiempo propuso que la Corte aceptara la impugnación extraordinaria a fin de alcanzar el desarrollo y sostenimiento de la jurisprudencia, o bien para otorgarle a la procesada la garantía del debido proceso.

El Tribunal mediante auto del 13 de julio del corriente año denegó la primera parte de la solicitud, y dispuso que una vez en firme su providencia se remitiera el expediente a esta Corporación para pronunciamiento respecto de la casación excepcional.

En contra de este auto se recurrió de hecho, pero por providencia del 18 de agosto siguiente con ponencia del Magistrado Doctor Edgar Saavedra Rojas de nuevo el recurso se desecha, llegando finalmente el expediente para que ahora se decida sobre la viabilidad de la impugnación discrecional.

Fundamento del impugnante:

De la siguiente manera el libelista APOYA su solicitud:

> "También, interpongo el RECURSO DE CASACION contra la sentencia proferida en contra de la doctora GILMA NUBIA MUÑOZ, de fecha 30 de mayo de 1994, para que la HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA PENAL–, la acepte, y pueda desarrollar y mantener la jurisprudencia, en el sentido que sólo se puede condenar a una persona por acto que se haya consagrado como delito en norma preexistente, al momento de su ejecución.
>
> "O, para que se otorgue a la procesada la garantía del derecho fundamental al debido proceso, pues bien establecido está, que la doctora GILMA NUBIA, al registrar la escritura, estaba cumpliendo con un acto legal de obligatorio cumplimiento. Es decir, que se está condenando a una persona por un hecho que no solo se hizo conforme a la Ley, sino que además, tenía que hacerlo, y que de no haberlo hecho, si hubiera incurrido en infracción legal".

Consideraciones de la Corte:

La calificación que en el caso presente le defiere el legislador a la Corte para que excepcional y directamente admita, si lo encuentra procedente, el recurso extraordinario interpuesto, lleva a reconocer primeramente que por tratarse de impugnación en tiempo contra un fallo de segunda instancia, que no reúne las exigencias sobre gravedad de la infracción previstas en el inciso primero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, al menos en principio lo haría susceptible del enervamiento que se intenta.

Tratándose, sin embargo, de una admisión discrecional y por vía de excepción, fácil es colegir la necesidad de que el interesado demuestre ante la Corte el vacío doctrinal o el agravio inferido que dentro de las causales legales taxativas auspiciarían el recurso extraordinario –ello sin

perjuicio del deber de presentar formal demanda, en caso de admitirse su recurso–, porque a la Corte ni le obliga ni le compete entrar a escudriñar oficiosamente los procesos, solo porque así se le insinúe con una invocación general y desmotivada.

Apuntando en el caso presente a las dos circunstancias de admisibilidad a que refiere la parte final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, dice primero el inconforme que el recurso se justifica ante la necesidad de un pronunciamiento de la Sala sobre el principio de legalidad. Sin embargo, como a continuación ninguna explicación se agrega, bastará con responder que el propuesto constituye precisamente uno de los temas que con más énfasis y claridad han ocupado a la Colegiatura en diferente tiempo y bajo distintas codificaciones, sin que la falta de precisión sobre el matiz que interesa al impugnante dé cabida a inferir si hay algún aspecto que en concreto reste por desarrollar en ese campo.

No sobrará en este aspecto recordar el criterio que la Sala ha señalado:

> "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 (artículo 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 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" (cfr. providencia del 18 de marzo de 1994 con el mismo ponente de ahora).

Falla pareja a la anterior acusa la invocación alternativa que busca justificar la impugnación por una violación de los derechos fundamentales. Tampoco en ello basta la alusión simple que se haga al debido proceso, ni la aseveración de que la acción imputada a la acusada le era atípica y constitutiva de un acto obligatorio. Frente a la postura invariable de las sentencias proferidas por las dos instancias en cada una de las cuales se afirmó rotundamente lo contrario, se hacía necesario que aún someramente pero con una claridad irrenunciable se hubiese dado a conocer cual era la equivocación flagrante de los sentenciadores que generó el agravio, pues de otra manera la posición del inconforme se limita a enterar que la decisión no se comparte, enunciación insuficiente incluso para llegar a sustentar un recurso ordinario, porque de nuevo cae el inconforme en la creencia equivocada de que la Corte suple en los recursos extraordinarios la iniciativa del censor, ingresando a revisiones oficiosas con base en una remisión genérica a la causal que constituye el quebranto.

La incertidumbre que el recurrente cierne sobre la realidad y relevancia de sus reparos, priva de toda posibilidad de éxito a su iniciativa.

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 de la procesada GILMA NUBIA MUÑOZ PATIÑO, en contra de la sentencia de condena originaria del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que le grava por el delito de Prevaricato.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"*; Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION / DEFENSOR

Si bien es cierto, el instituto del cambio de radicación permite que excepcionalmente un proceso pueda desligarse de los factores territorial y funcional de competencia que lo rigen; también lo es que esa posibilidad se halla reservada única y exclusivamente para aquellos casos en los que se compruebe la existencia de "circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal", según lo establece de modo taxativo el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

Las eventualidades así previstas no se pueden fundar en simples suposiciones o conjeturas surgidas de la personal apreciación del solicitante, sino en pruebas inequívocas, tan eficaces que no permitan poner en duda su existencia, pues tal será la forma de preservar el principio constitucional de juzgamiento por el juez o tribunal competente y, a la vez, mantener un mecanismo que permita superar la probable incidencia de situaciones perturbadoras de los derechos y garantías amparados con el cambio de radicación.

2. Si bien es cierto que el legislador prefiere la libertad del procesado en la designación del abogado que ha de defenderle, no puede menos de reconocerse que ante las dificultades que aquel aborde para lograr su representación en quien la hubiese deseado, ha previsto el legislador los medios y concedido los aportes presupuestales a cargo del Estado con miras a proveer al imputado pobre o que no desee designar abogado, un representante a cargo de la defensoría pública.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de noviembre de mil novencientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 132.

Vistos:

Una vez más debe la Sala resolver de plano la solicitud de cambio de radicación sobre la cual persiste la doctora RUBIELA MARIN OROZCO DE RAYO, quien responde ante el Tribunal Superior de Buga por los delitos de Peculado y falsedad según hechos cometidos en desempeño de sus funciones como Juez Quince de Instrucción Criminal de Cartago.

Antecedentes:

Fracasada ya en dos ocasiones la solicitud de la doctora MARIN OROZCO DE RAYO encaminada a obtener el cambio de radicación de la causa adelantada en su contra ante el Tribunal Superior de Buga, en esta nueva oportunidad propone como razón para obtenerla que sus garantías procesales están sufriendo mengua, pues la distancia entre la sede del Tribunal de Buga y su domicilio localizado en Bogotá, donde ahora cumple la detención domiciliaria impuesta como medida de aseguramiento, así como sus precarias condiciones económicas y de salud, le impiden atender en debida forma el proceso, hasta el punto de carecer de los recursos necesarios para su subsistencia, careciendo de posibilidades para sufragar los gastos que demandan las constantes comunicaciones y los desplazamientos –personal y de su abogado– a tan distante lugar.

Para apoyar en esta ocasión su pedimento aporta documentos relacionados con su actual y anterior estado de salud, órdenes y constancias de hospitalización, copias de algunos memoriales relacionados con sus dolencias y comunicaciones de los distintos defensores que ha tenido. También copias de algunas piezas procesales (adicionadas otras por el Tribunal); documentos sobre los cuales espera demostrar la razón de su pedimento.

Consta igualmente que en el proceso de que se trata, seguido contra la doctora RUBIELA MARIN DE RAYO y de CARMEN LUCIA PORRAS VICTORIA (quien fuera Secretaria del Juzgado que regentaba la coacusada) la diligencia de audiencia logró iniciarse el 19 de enero del presente año, y continuó durante los días 20, 24, 26 del mismo mes, 8, 15 y 23 de febrero, siempre con asistencia de las procesadas. En esta última fecha, sin embargo, el Tribunal optó por suspenderla para dar curso a la apelación interpuesta contra el auto que negó la práctica de algunas pruebas, y posteriormente fijó fecha para su reanudación el pasado 19 de octubre, pero ante la imposibilidad del traslado de la ex juez (recluida en la Clínica de Nuestra Señora de la Paz por orden del psiquiatra de los Seguros Sociales) decidió aplazarla hasta tanto no se verifique su estado de salud.

Consideraciones de la corte:

Si bien es cierto, el instituto del cambio de radicación permite que excepcionalmente un proceso pueda desligarse de los factores territorial y funcional de competencia que lo rigen; también lo es que esa posibilidad se halla reservada única y exclusivamente para aquellos casos en los que se compruebe la existencia de "circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal", según lo establece de modo taxativo el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

Las eventualidades así previstas no se pueden fundar en simples suposiciones o conjeturas surgidas de la personal apreciación del solicitante, sino en pruebas inequívocas, tan eficaces que no permitan poner en duda su existencia, pues tal será la forma de preservar el principio constitucional de juzgamiento por el juez o tribunal competente y, a la vez, mantener un mecanismo que permita superar la probable incidencia de situaciones perturbadoras de los derechos y garantías amparados con el cambio de radicación.

De los taxativos motivos que el precepto indica, la solicitante selecciona en esta oportunidad las garantías procesales, pero al hacerlo

aduçe una serie de circunstancias que, bien vistas, fácilmente se muestran concurrentes en cualquier lugar donde pudiera llegar a proseguir la causa, tan próxima ya a su conclusión.

Tal es el caso de la enfermedad que afirma la aqueja y por ahora la mantiene recluida en una clínica de reposo. La asistencia del procesado detenido a la diligencia de audiencia es obligatoria, dice el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, y así ha venido en efecto sucediendo, hecho que no podría excusarse porque la detención se cumpla en el propio lugar de residencia que la acusada fija en Santafé de Bogotá, cuando la causa se le sigue ante el Tribunal de Buga.

Pero como la clase de enfermedad que al parecer aflige a la procesada podría ciertamente redundar en el motivo excepcional que excusa su asistencia según lo advierte el mismo precepto que se evoca, circunstancia que justamente explica la suspensión actual de la audiencia, es de ver que ese padecimiento de la doctora MARIN no justificaría el cambio de radicación de su proceso, porque cualquiera fuese la localización de aquel debate, su inasistencia sería siempre relevante.

Otra de las causas que la enjuiciada esgrime se refiere a sus precarios medios para desplazarse hasta Buga con el fin de mantenerse enterada del curso del proceso y culminar su intervención en la vista pública.

Sobre el particular ha de decirse que por ministerio de la ley y atendiendo su condición de detenida, los actos procesales de mayor trascendencia se le enteran de modo personal al procesado lo que bien puede realizarse –y así se ha cumplido– mediante funcionario delegado, pero aún en los casos en que el traslado de la doctora MARIN sea preciso al Tribunal de Buga, ninguna duda ofrece en cuanto aquel debe correr por cuenta suya y bajo las medidas de vigilancia que autorice el funcionario del conocimiento, pues fue iniciativa de la acusada la de fijar su domicilio en Bogotá, pese a saber que el trámite de la causa no había terminado y que adquiría con la justicia el compromiso de comparecer al proceso como requisito para el otorgamiento de la detención domiciliaria (artículos 396, 393 y 394 del Código de Procedimiento Penal), resultando un contrasentido que mientras esta medida de

aseguramiento tiene como finalidad la de garantizar la disponibilidad del implicado para fines procesales (artículo 11 de la Ley 65 de 1993), aquí se quiera oponer como excusa para obstruir la conclusión de la audiencia, o bien forzar un improcedente cambio de radicación.

Tanto de sus precarias condiciones de salud como de sus dificultades económicas hace de nuevo cita la enjuiciada afirmando que unas y otras le vienen obstruyendo su defensa, porque sus apoderados se le excusan ante la imposibilidad que tienen de coordinar con ella, y para reemplazarlos no ha podido contratar los servicios de otros abogados que por tener la sede de su ejercicio profesional en el Distrito Capital, le demandan unos gastos que no está en capacidad de sufragar.

Si bien es cierto que el legislador prefiere la voluntad del procesado en la designación del abogado que ha de defenderle, no puede menos de reconocerse que ante las dificultades que aquel aborde para lograr su representación en quien la hubiese deseado, ha previsto el legislador los medios y concedido los aportes presupuestales a cargo del Estado con miras a proveer al imputado pobre o que no desee designar abogado, un representante a cargo de la defensoría pública, a través de la cual bien se puede asignar a la doctora MARIN DE RAYO un abogado idóneo que se haga cargo de culminar en esta causa su defensa.

De tal manera resultarían garantizados en los términos que consagra la ley los derechos fundamentales de defensa de la peticionaria, sin que ello implique la necesidad de disponer el cambio de radicación que impetra, porque el cubrimiento nacional de la Defensoría del Pueblo no excepciona sus servicios en la ciudad de Buga, que por ser cabecera de Distrito Judicial deja entrever, y al menos no se demuestra lo contrario, que allí frecuenta y litiga un buen número de abogados.

Variar por estas circunstancias la radicación de un proceso, significaría la desnaturalización del principio de competencia por el factor territorial, y deferir a la sola voluntad del procesado el lugar donde desee se le juzgue, convirtiendo una excepción en norma básica de competencia, haciendo desaparecer las razones taxativas y excepcionales del cambio de radicación hoy operantes, y aún gestando conflictos o imponiendo

dificultades a otros sujetos procesales, como es el caso del juzgamiento conjunto de varios acusados que no conjugan en esa varicación intereses iguales.

Por el contrario, contrastan los motivos de la solicitante con la amplitud de garantías que en esta actuación y en su favor asoman, cuando nada ha interferido su proposición plural de peticiones, ni mucho menos la decisión de cada una de ellas o la interposición de los recursos que repetitivamente ha interpuesto y visto despachados, todo lo cual abunda para demostrar que ninguna interferencia están sufriendo los derechos fundamentales cuya vulneración o riesgo ha presentado en esta oportunidad la doctora RUBIELA DE RAYO como motivo para variar la sede de su juzgamiento, y si en alguna ocasión se le llegó a imponer sanción por irrespeto hacia el Tribunal, de ningún modo se muestra que ella hubiese sido gratuita o en su trámite se hubiesen pretermitido garantías.

Conviene finalmente aclarar, que hallándose ya en curso la discusión del proyecto de providencia que aquí se adopta por la Corte, dos memoriales más de la solicitante ingresaron a la Secretaría de la Sala, solo que como en ellos no se innova algún motivo que implique adición de estos razonamientos, en ellos se concretará esta decisión como su fundamento. Lo anterior no obsta para poner de relieve que con las nuevas copias allegadas por la solicitante solo se acredita que el Tribunal de Buga continúa respondiendo fundadamente a sus solicitudes, que aún persiste su tratamiento psiquiátrico, pero que, además, su absoluta insolvencia carece de fundamento, pues en lo allegado se alude que la doctora MARIN DE RAYO es beneficiaria de una pensión que recibe en sustitución de su fallecido esposo.

En consecuencia, descontada la incidencia negativa de factores como la distancia y los apremios de salud o económicos de la acusada en el cumplimiento efectivo de sus garantías procesales, debe la Corte desestimar una vez más la solicitud de cambio de radicación que impetra.

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

Resuelve:

Denegar el cambio de radicación solicitado por la doctora RUBIELA MARIN OROZCO DE RAYO.

Cópiese, Devuélvase y Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

Si bien es cierto que en el trámite de la acción de revisión en el capítulo IX del C. de P.P. no existe previsión normativa específica que determine los requisitos que debe reunir la solicitud de pruebas, esta circunstancia no excusa al demandante de atender los principios generales que informan la materia, en punto a su aducción, pues si no se enuncia lo que se pretende acreditar con ellas y la relación que tienen con el núcleo del thema probandum, por su indefinición, fatalmente serán objeto de rechazo como lo manda el artículo 250 ibídem, mucho más cuanto que, no tratándose de revivir debates probatorios ya superados, lo que es extraño a la revisión, la precisión se torna aún más exigente.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de noviembre de mil novencientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 132.

Vistos:

Resuelve la Sala lo pertinente sobre la práctica de pruebas solicitadas en esta accción de revisión promovida respecto del proceso seguido contra GUIDO RODRIGUEZ CARMONA por el doble punible de homicidio, uno en grado de tentativa.

Antecedentes:

1. El entonces Juzgado 8o. Superior de Cali (V), en sentencia del 31 de julio de 1987 (fl. 235), acogiendo el veredicto del jurado de conciencia, resolvió condenar a GUIDO RODRIGUEZ CARMONA, a la pena principal de 17 años de prisión, y a las accesorias de rigor, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado en la persona de

GERARDO ORTIZ RUIZ, y en grado de tentativa en BEATRIZ EUGENIA TOBON CAMACHO, en tanto que lo absolvió por el punible de daño en bien ajeno, fallo confirmado en su integridad por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial cuando, el 2 de octubre del mismo año, conoció de él por vía de consulta.

De acuerdo con estas sentencias, GUIDO RODRIGUEZ CARMONA, el 31 de diciembre de 1984, disparó repetidas veces un revólver desde su auto (fiat 147 placas 2248) en pleno movimiento contra los ocupantes de otros dos automotores que se desplazaban por la Avenida 6a, entre calles 41 y 44 de Cali (V), causándole la muerte a GERARDO ORTIZ RUIZ y poniendo en serio peligro la vida de BEATRIZ TOBON CAMACHO, hecho lo cual siguió su camino. En el trayecto, colisionó a uno de los vehículos contra cuyos ocupantes había disparado.

2. Ejecutoriado el fallo señalado, se presentó demanda de revisión con fundamento en los numerales 3o. y 6o. del artículo 232 del C. de P.P., vale decir, por existir hechos nuevos que demuestran la inocencia del condenado, y porque sobrevino pronunciamiento de la Corte que cambió favorablemente el criterio jurídico sustentatorio de la sentencia condenatoria.

A la demanda se adjuntaron las declaraciones extraproceso de LILIANA GUERRERO CARDENAS (f. 24), ANA CARDENAS DE GUERRERO (fl. 35) LUZ ELENA MORENO LASPRIELLA (fl. 37), SEGUNDO ISMAEL RODRIGUEZ LASSO (fl. 41), GLADYS ARROYABE DE POLANCO (fl. 42) y LUZ NELLY RUBIO SALCEDO (fl. 87) y diligencia de inspección judicial en la Clínica de los Seguros Sociales sobre la historia clínica No. 045031 perteneciente a RODRIGUEZ LASSO AGUSTIN (fl. 47).

Durante el término de apertura a pruebas, el abogado demandante solicitó las siguientes:

a) Inspección judicial al sector comprendido por la avenida 6a. norte entre calle 41 a 44, para constatar, grado de visibilidad, ancho de la vía, ubicación de vehículos; hacer recorrido desde las instalaciones de "Tracto

Fiat Ltda." hasta la residencia de GUIDO RODRIGUEZ para establecer si para llegar a ella era necesario pasar por el lugar de los hechos;

b) Se le reciba declaración a AGUSTIN RODRIGUEZ LASSO, GABRIELA RESTREPO DE HOHOMANN, BELMA MERCEDES HOHMANN, LUZ ELENA MORENA LASPRILLA, LUZ NELLY RUBIO SALCEDO, "...para que declare (*sic*) sobre los hechos en que se fundamenta la presente demanda de revisión, particularmente sobre lo acontecido el 31 de diciembre de 1984 entre 6:30 y 7:00 p.m. en la residencia ubicada en la calle 44 B norte No. 6CN-42 del B/La Campiña de Cali..." y el testimonio del doctor ALBERTO CORREA A. para que deponga sobre la atención médica al paciente AGUSTIN RODRIGUEZ LASSO y para que reconozca el contenido y firma de un certificado expedido por él.

c) Que se tenga como prueba la documental anexada a la demanda.

Consideraciones de la Corte:

Si bien es cierto que en el trámite de la acción de revisión en el capítulo IX del C. de P.P. no existe previsión normativa específica que determine los requisitos que debe reunir la solicitud de pruebas, esta circunstancia no excusa al demandante de atender los principios generales que informan la materia, en punto a su aducción, pues si no se enuncia lo que se pretende acreditar con ellas y la relación que tienen con el núcleo del thema probandum, por su indefinición, fatalmente serán objeto de rechazo como lo manda el artículo 250 Ibidem, mucho más cuanto que, no tratándose de revivir debates probatorios ya superados, lo que es extraño a la revisión, la precisión se torna aún más exigente.

La diligencia de inspección judicial peticionada, es marcadamente inconducente por cuanto que nadie ha puesto en duda cuál fue el lugar que sirvió de escenario a los hechos luctuosos, ni el demandante menciona qué neurálgico hecho nuevo pretende probar con ella. Por otra parte, las razones en que la funda son inanes para los efectos de la acción de revisión promovida. En consecuencia, se inadmitirá.

Se accederá a la recepción de las declaraciones solicitadas, con excepción de la del doctor ALBERTO CORREA A., la cual no revelará más allá de lo que indica la historia clínica que se adjuntó a la demanda.

Se tendrá como prueba, la documental presentada con la demanda.

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

Resuelve:

1. *Negar* la práctica de la diligencia de inspección judicial solicitada y el testimonio del doctor ALBERTO CORREA A. por las razones anotadas en la parte expositiva.

2. Recíbanse los testimonios a que se hizo mérito en la parte motiva.

3. Téngase como pruebas, las documentales presentadas con la demanda.

4. *Comisiónase*, por el término de diez (10) días, al señor Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali (V), para la recepción de los testimonios cuya práctica se ordenó, quien queda facultado para llevar a cabo los interrogatorios que a bien tenga atendiendo el objeto de la prueba decretada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, "no"; *Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, José Ignacio Talero Lozada (Conjuez).*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD / REFORMATIO IN PEJUS

Es deber del casacionista que acude a la causal tercera demostrar, como en todas las demás, los vicios que afectan el fallo y la consecuencia que ello acarrea. No basta, pues, con predicar vicios in procedendo, sino que es menester comprobar la violación de los aspectos esenciales del rito debido y la incidencia de los mismos en el fallo acusado.

2. Las previsiones de la Carta Política y del Código de Procedimiento Penal sobre la prohibición de agravación en perjuicio del procesado cuando es único recurrente sólo se refieren a las sentencias, jamás a los autos interlocutorios así contengan estos la resolución acusatoria.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintitrés de 1994.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado según Acta número 132.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boy) dictó el 23 de junio de 1993, mediante la cual se condenó a JOSELIN CARDENAS RINCON a la pena principal de 10 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, como autor material del homicidio de Octavio Vargas Trujillo.

Hechos y actuación procesal:

1. El 11 de febrero de 1983, siendo aproximadamente las diez de la noche, JOSELIN CARDENAS RINCON, por entonces suboficial del

ejército nacional, disparó contra Octavio Vargas Trujillo, ocasionándole instantáneamente la muerte, en respuesta a los reclamos que éste le formulara por haber disparado frente al establecimiento de su propiedad, una casa de lenocinio situada en la calle 16 No. 21-44 del municipio de Duitama, en donde había estado departiendo con dos personas más minutos antes.

2. Iniciada la correspondiente investigación, fueron vinculados a ella tanto el autor de los disparos como sus contertulios, pero al calificarse el mérito sumarial se dispuso la cesación de procedimiento para los dos últimos, mientras que contra Cárdenas Rincón se profirió resolución acusatoria el 19 de diciembre de 1991, al revisar por apelación el Tribunal la acusación impartida por el Juzgado de Instrucción el 30 de agosto del mismo año. Este le había reconocido el estado de ira del artículo 60 del C.P. pero el Tribunal la suprimió, quedando en definitiva acusado por homicidio simplemente voluntario.

3. Rituada la etapa de la causa ya en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, se profirió sentencia de condena a las penas referidas, en armonía con la resolución acusatoria. Recurrida por la defensa, el Tribunal mediante la sentencia que es objeto del recurso extraordinario de casación la confirmó, modificando tan solo la indemnización civil (fls. 1 y ss. 11, 47, 119, 231, 244, 260, 340 362, C. pal.; 6 y ss. C. tr.).

La demanda:

Dos cargos formula la defensa contra la sentencia impugnada, a saber:

Cargo primero: Es violatoria, en forma directa, por la errada interpretación del artículo 60 del C.P., al no reconocer en favor del procesado el estado de ira pese a hallarse demostrados "los fundamentos exigidos por la misma disposición para su reconocimiento".

Los falladores de las instancias reconocieron que el procesado recibió grave ofensa de parte del occiso, quien lo trató con términos soeces e injuriosos al reclamarle por haber hecho un disparo en la puerta de su

establecimiento, pero el Tribunal, específicamente, justificó el comportamiento del occiso interpretando que el procesado "debía saber que en esos lugares se utilizaban esos epítetos y otros abusos, y porque él en su vida militar, utiliza y usa esos vocablos, incurriendo así en la clase de violación enunciada, con razonamientos desconocedores de los más elementales principios de la lógica y de la razón" ya que aunque disparar al aire es un acto imprudente, no justifica la reacción del occiso, menos cuando el acto del acusado no tuvo el fin de provocar a nadie.

Al errar en la interpretación de la norma de favor y dejarse de aplicar, dice el casacionista, se impuso una sanción superior a la merecida, que hoy debe serle abonada.

Sin embargo, prosigue la defensa, habiendo sido dictada la resolución acusatoria de primera instancia con reconocimiento de la atenuante de la ira lo que hacía prescribir la acción penal, el Tribunal optó por desconocerla modificando el pliego de cargos "para así evitar que se produjera el fenómeno de la prescripción", planteamiento que en verdad viene a constituir un nuevo cargo contra la sentencia, pero que no ha sido presentado separadamente.

Cargo segundo. La sentencia se emitió en un proceso viciado de nulidad, consistente en falta de competencia del Tribunal para desatar el recurso de apelación contra la resolución acusatoria interpuesto por el defensor.

Cuando se emitió la resolución acusatoria reconociendo la atenuante de la ira, la acción penal se hallaba prescrita; y, contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de apelación el defensor como único apelante. Sin reparar el Tribunal que se trataba de tal sujeto procesal asumió el conocimiento y desató la alzada, modificando la acusación en el sentido de desconocerle la diminuente, errando, no sólo en cuanto al aspecto de la competencia, sino al proseguir la actuación en un asunto para el que la intervención estatal era ya vedada.

Como fundamento de esta objeción la defensa cita los artículos 60 y 80 del C.P. y el 220 numeral 3 del C. de P.P.

Concepto de la delegada:

Refiriéndose primeramente, en desarrollo del principio de prevalencia, al cargo presentado en la demanda al amparo de la causal 3a. de casación, advierte el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal las serias inconsistencias de la objeción; y, aunque la encuentra imprόspera por tal razón, considera que el proceso si se halla afectado de nulidad pero por un motivo diferente al invocado en la demanda, siendo imperativo su declaratoria oficiosamente.

Glosa los planteamientos de la demanda en el sentido de que la supuesta falta de intereses para recurrir una acción prescrita que aduce la defensa, no se dio porque precisamente lo buscado por ella era el reconocimiento de una causal de justificación y además, porque la regulación sobre único apelante está referida sólo a la sentencia, no al auto acusatorio, según el artículo 31 de la Carta Política.

La sugerencia para que se case oficiosamente el fallo, la hace consistir la Delegada, en que la resolución acusatoria emitida por el funcionario calificador no fue apelada. Contra ella, el entonces defensor, después de notificarse personalmente expreso su inconformidad en escrito dirigido al mismo funcionario calificador pidiendo la revocación por estimar que no existía mérito legal "para una providencia de esa naturaleza" y argumentando extensamente sobre la personalidad de los protagonistas de los hechos, la confesión del procesado, el dictamen del Instituto de Medicina Legal, la justificante de la legítima defensa que proponía y su propia apreciación de lo sucedido, pero en ningún momento habló de apelación, por lo que ha de entenderse que se trató sencillamente de una reposición.

Fue el Juzgado que además había practicado irregularmente la notificación de la resolución al procesado que se hallaba libre, trasgrediendo lo dispuesto en el decreto 1861 de 1989 entonces vigente– el que decidió imprimirle el trámite de alzada al escrito del profesional, sin percatarse de las irregularidades en la notificación, pues no se citó al procesado a su última dirección conocida y haciendo la notificación por estado antes de que se hicieran las personales, y sin enterarse de que todo

el interés del recurrente se limitaba a demandar de él la revocación del calificatorio, no del superior; se trataba entonces de un recurso horizontal, al que no debió darse tratamiento de alzada y en el que, por tanto, la intervención del Tribunal no estaba autorizada. Tampoco esta Corporación se percató de la realidad de la situación y proveyó confirmando parcialmente el calificatorio, dando así el sustento procesal al restante trámite de la actuación.

Habiéndose proferido la calificación de la segunda instancia "por un funcionario incompetente", se menoscabó la garantía del debido proceso, además, en grave detrimento del acusado, porque lo privó de la oportunidad de reclamar la prescripción de la acción que tenía asegurada al quedar en firme la calificación de la primera instancia.

A esta conclusión arriba la Delegada luego de recordar el objeto de los recursos, para seguidamente enfatizar en el principio de lealtad interpretativa de las normas procesales, aplicable, según recaba, no solo a las partes sino también al juez, "quien la trasgrede al negar el surtimiento de un acto debidamente pedido" y también "al concederlo sin ser pedido o al menos solicitado pero sin el cumplimiento de las exigencias que lo hacen posible".

Débese entonces, agrega el Delegado, "regresar el proceso a sus cauces debidos, es decir, entrar a resolver el recurso de reposición que se interpuso oportunamente en contra de la providencia calificatoria de primera instancia y que no fue desatado por el funcionario competente". Por consiguiente debe anularse lo actuado a partir del autó de septiembre 18 de 1991 que ordenó conceder la apelación inexistente.

Previendo la eventualidad de mantenerse en la resolución la atenuante del artículo 60 del C.P. considera la Delegada, con apoyo en jurisprudencia de esta Sala, que no obstante tratarse de una circunstancia subjetiva, la acción penal quedaría prescrita, correspondiendo hoy tal pronunciamiento a la Fiscalía no a la Corte, por lo que sugiere la invalidación del proceso a partir e inclusive del auto precitado.

Consideraciones de la Corte:

En desarrollo del principio de prioridad ha de ocuparse primeramente la Corte de los motivos de invalidación procesal que aducen, la defensa en su cargo segundo, y el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal oficiosamente, pues de prosperar alguno de ellos haría inoficioso el estudio del cargo que con fundamento en la causal primera presentó el casacionista.

1. Son protuberantes e insoslayables las fallas de técnica en que incurre el casacionista al formular el cargo con fundamento en la causal tercera de casación, como muy bien lo destacó la Delegada. En efecto, ha sido reiterativa y pacífica la Corte en sostener que es deber del casacionista que acude a la causal tercera demostrar, como en todas las demás, los vicios que afectan el fallo y la consecuencia que ello acarrea. No basta, pues, con predicar vicios in procedendo, sino que es menester comprobar la violación de los aspectos esenciales del rito debido y la incidencia de los mismos en el fallo acusado. El actor se limitó a señalar que de acuerdo con la calificación dada por el instructor la acción estaba prescrita circunstancia que impedía actuar al Tribunal, pero ni siquiera se tomó la molestia de hacer los cómputos requeridos olvidando además, que si se impugnó tal determinación no podía tenerse ésta como fundamento para la prescripción.

De otra parte, le asiste razón a la Delegada cuando sostiene que las previsiones de la Carta Política y del Código de Procedimiento Penal sobre la prohibición de agravación en perjuicio del procesado cuando es único recurrente sólo se refieren a las sentencias, jamás a los autos interlocutorios así contengan éstos la resolución acusatoria. No sólo, pues, es antitécnica la demanda en este punto, sino que carece de fundamento por dicho aspecto.

2. En relación con lo planteado por la Delegada, se tiene: aunque además de haber impartido el juzgado instructor y el Tribunal al recurso interpuesto por el defensor del procesado contra la resolución acusatoria de primera instancia el trámite errado de que habla la Delegada, también la Secretaria del Juzgado efectuó de manera equivocada la notificación

de dicha resolución al procesado, porque estando libre no lo citó a su última dirección conocida –se limitó a preguntar mediante telegrama al Comando del Batallón 11 de Policía Militar la Unidad en la cual él prestaba servicio (fol. 245), desconociendo así el mandato del Decreto 1861 de 1989 entonces vigente que le imponía citarlo y esperar ocho (8) días para que compareciera–, realizando actuaciones desconocedoras del debido proceso, es lo cierto que sólo la primera acarrea la anulación del proceso, en cuanto fue la que causó virtual desmedro a la situación jurídica del implicado. En efecto, la falta de notificación personal fue allanada por la actividad de su defensor quien, notificado personalmente, en forma oportuna protestó solicitándole al instructor la revocación del auto calificatorio en los términos que adelante se puntualizarán, haciendo así uso del derecho de disentir y cumpliendo el cometido de su mandato, como era salvaguardar los intereses que representaba dentro de lo que jurídicamente consideró adecuado.

Por contraste, la tramitación equivocada del recurso incoado por el defensor no es allanable por tratarse de la competencia que es aspecto de orden público y, además, porque aunque el estudio de los argumentos del defensor recurrente por el mismo funcionario calificador no garantizaba por fuerza su revocación para dar paso a la justificante que se planteaba, por lo menos era claro que hasta ese momento de acuerdo a la calificación impartida y el tiempo de sucedidos los hechos –homicidio simplemente voluntario en estado de ira, ocurrido en 1983 y calificado en 1991–, la prescripción de la acción era al menos arguible entonces o con posterioridad, sin perjuicio de la prealudida impugnación horizontal en procura de la justificante.

Al dar el Juez trámite de apelación a la revocación, que fue lo que sin conceptualizar impetró el abogado, se abrió la posibilidad de que el juzgador de segunda instancia mejor analista de la evidencia probatoria, no sólo rechazara la justificante y los demás argumentos con que la defensa buscaba mejorar la situación del procesado, sino que, como en efecto acaeció, desconociera la diminuente reconocida en la primera instancia. Vale decir, el quebrantamiento de la competencia como presupuesto que es del debido proceso, fue trascendente y debe ser enmendado en garantía del procesado.

Visto en detalle lo sucedido, se tiene: una vez notificado el auto contentivo de la acusación, en el que se atribuia a su cliente el homicidio simple atenuado por el estado de ira prevista en el artículo 60 del C.P., el defensor de entonces hizo patente su inconformidad con la deducción de responsabilidad mediante un escrito dirigido al mismo funcionario calificador en donde expresamente le solicitaba revocarlo. Dijo así: "Con todo respeto ruego (*sic*) por medio del presente a solicitar a Ud. se sirva revocar el auto calificatorio del sumario, toda vez que no existe en el informativo mérito legal para una providencia de esa naturaleza, como me propongo explicarlo a continuación";

Si uno de los efectos de la reposición es para que se revoque directamente por el funcionario lo impugnado, no hay duda que ese fue el recurso interpuesto y no el de alzada que debe ser, por lo demás, expreso y dirigido al superior aunque la norma procesal vigente exigiera su presentación ante el *a quo*. Aquí, por el contrario, todo el discurso va dirigido al juez calificador, pues recabó su pedimento cuando dijo: "Si mi anterior planteamiento, sincero, técnico y jurídico no fuere compartido por el señor juez, en pie de discusión debo manifestarle que también su actuar está exonerado de responsabilidad por haber actuado de acuerdo a las circunstancias que consagra el artículo 29 del C.P.".(fol. 249 y 252).

Aunque si bien la revocación es objetivo común de los recursos denominados horizontales –el de reposición– y de los verticales –el de apelación–, por lo anteriormente puntualizado no cabe duda que la voluntad del sujeto procesal inconforme estaba dirigida a tratar de convencer al propio funcionario calificador de lo que consideraba error en la deducción de responsabilidad y no al superior de este, pues el riesgo que esto último implicaba para sus intereses no permite inferir esta pretensión. Frente a situación tal de duda, debe el funcionario optar por lo racionalmente posible y aquí lo era, como se vio, necesariamente el recurso horizontal.

Sin percatarse de que se trataba de un recurso de reposición el propuesto, procedente por lo demás, el juzgado se apresuró a conceder el recurso de apelación que nunca fue interpuesto ante el Tribunal, y éste procedió a tramitarlo y resolverlo, previos los traslados de ley, e incluso

con concepto del Ministerio Público ante esa Corporación, sin que ninguno de dichos funcionarios observara la carencia de competencia para actuar en dicho proceso, generándose ciertamente la causal de nulidad que impetra oficiosamente la Delegada y absolutamente insubsable. Por lo demás, no hay intervención alguna de la defensa desde la presentación del escrito hasta la apertura a pruebas, donde renuncia al poder.

Debe entonces el funcionario calificador de primera instancia hoy competente, que lo es la Fiscalía Seccional correspondiente, desatar el recurso de reposición que en tiempo se interpusiera contra el proveído calificatorio, restableciendo el orden transgredido porque las normas de procedimiento son de orden público y de imperativa observancia, y es él quien tiene la potestad jurisdiccional no sólo para acoger o rechazar los planteamientos de la impugnación, sino para decidir en definitiva si deja o no la diminuente reconocida en principio, pues no estando ejecutoriada la providencia es susceptible de las modificaciones aún oficiosas que el leal saber y entender del funcionario y la realidad probatoria determinen.

Se desestimará pues la demanda presentada en cuanto al aspecto examinado y oficiosamente se casara el fallo impugnado, con base en el artículo 228 del C. de P.P., a partir e inclusive del auto de septiembre 18 de 1991 del folio 255 del cuaderno principal, por el cual se concedió un recurso que nunca fue interpuesto, para que previo el trámite legal y sin mayor dilación se resuelva por el funcionario actualmente competente el recurso realmente incoado.

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

Resuelve:

1. *Desestimar* la demanda en el punto examinado;

2. *Casar oficiosamente* la sentencia recurrida. En consecuencia, *decretar la nulidad* de todo lo actuado en este proceso a partir e inclusive del auto de septiembre 18 de 1991 obrante a folio 255 del cuaderno

principal, mediante el cual se concedió el recurso de apelación contra la providencia calificatoria en este proceso, para que previo el trámite de ley el funcionario hoy competente, que lo es el Fiscal Seccional respectivo, decida el recurso de reposición interpuesto oportunamente contra dicho calificatorio.

En firme esta determinación, regrese el proceso al Tribunal de origen para lo de su cargo y póngase a su disposición al procesado detenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase:

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, salvamento de voto; *Guillermo Duque Ruiz, Carlos Eduardo Mejía E., Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo L., Secretario.

APELACION
(SALVAMENTO DE VOTO)

Las razones por las cuales no comparto la decisión mayoritaria son las siguientes:

1o. En escrito dirigido al Juez de Primera Instancia, el abogado defensor impugnó la resolución de acusación aportando los motivos de su inconformidad y solicitando que dicha medida fuera "revocada", petición que tenía cabida tanto para la reposición como para la apelación.

En ese momento la ley procesal tenía establecido que los recursos ordinarios de reposición y apelación se interponían y sustentaban ante el funcionario que dictó la providencia.

2o. Así las cosas, al no decir el recurrente si acudía a la reposición o a la apelación, el Juez optó por darle trámite de apelación, y en eso estuvo de acuerdo el abogado, porque ni entonces, ni después, ni ahora en casación, manifestó inconformidad alguna. Surgen las preguntas obvias: acaso no era el propio impugnante el que sabía cuál fue el recurso que interpuso?. Si el abogado no objetó el que se diera a su escrito trámite de apelación, no está la Sala mayoritaria cambiando el querer del defensor, manifestado con una conducta concluyente, y volviendo reposición lo que para él siempre fue "apelación"?

Desde mi punto de vista y con todo respecto, debo manifestar que es lamentable que un delito tan grave quede expuesto a la impunidad, por entrar la Sala mayoritaria a acoger una errónea apreciación del Procurador Delegado, que resultó viendo en el escrito la sustentación de un recurso distinto al que el defensor interpuso y reafirmó con su actitud.

3o. No puedo aceptar el simplista argumento de que a lo mejor el abogado no conoció qué trámite se le dio a su recurso, pues lo que observa

la regla de experiencia es que quien impugna está atento a la decisión que se tome, no que una vez interpuesto el recurso el defensor no vuelve a mirar el proceso.

Y aún llegando a extremo tan ilógico, en el asunto que nos ocupa es evidente que el abogado tuvo conocimiento de la providencia de segunda instancia, pues con posterioridad a ella renunció al poder por solicitud de su cliente, y ni viéndose ante tan desfavorable decisión, se le ocurrió plantear lo que la Sala ha aceptado como argumento para invalidar la actuación.

En síntesis, la convalidación que el defensor le dio con su actitud pasiva al trámite de apelación que el *a-quo* determinó ante el confuso memorial de impugnación, es la mejor prueba de que ese fue el recurso interpuesto.

Ricardo Calvete Rangel, Magistrado.

Fecha ut supra.

DELITO POLITICO / INDULTO

La ley 104 de 1993, fue expedida para lograr la convivencia pacífica y la eficacia de la justicia, determinando, en uno de sus artículos preliminares, que su objeto es "dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del estado social y democrático de derecho y garantizar la plenitud de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política".

Se explica allí que las pautas para su aplicación se deberán regir por los principios de proporcionalidad y necesariedad y en el contenido de su alcance, el intérprete deberá ceñirse a su tenor literal sin que so pretexto de desentrañar su espíritu puedan usarse facultades no conferidas expresamente.

Bajo los anteriores presupuestos y remitiéndonos a lo normado en el artículo 48 de la citada ley se expresa claramente que:

"El gobierno nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales colombianos que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando a su criterio, el grupo guerrillero del cual forme parte el solicitante haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

"También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales colombianos que, por fuera de las organizaciones guerrilleras de las cuales formen parte o hayan formado parte, así lo soliciten, si a criterio del gobierno nacional demuestran su voluntad de incorporarse a la vida civil.

"No se aplicará lo dispuesto en este título con relación a delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o

con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de indefensión o barbarie".

A su turno el artículo 56 reza:

"Se podrán conceder también, según proceda de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen, hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título, y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada".

".....".

Y por su parte el artículo 60 expresa:

"Los beneficios que en éste título se consagran no comprenden la responsabilidad que los favorecidos tengan respecto de particulares".

En este orden de ideas, y haciendo una interpretación sistemática de las normas preliminares y de los artículos transcritos, surge claro que, en tratándose de delitos políticos o conexos con estos, es dable la aplicación de los beneficios allí consagrados siempre que se dé cumplimiento al trámite formal que para el efecto se demanda, y además, cuando de la conducta desplegada por el procesado se determine que ella es propia de este tipo de infracciones, que por sus propias características resulta imposible asemejarla a comporta-mientos constitutivos de delitos comunes y que, como en el caso del homicidio la misma ley hace salvedad expresa, en el sentido de que no sea cometido fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión.

Para que proceda la extinción de la acción y de la pena en caso de delitos políticos, no solo basta haber formado parte de algún grupo insurgente que manifestó su deseo de incorporarse a la vida civil, sino que también el hecho punible cometido sea de

aquellos considerados como delito político o conexos con estos, sin que sea dable, para su aplicación, interpretación diferente a la expresamente consignada en la ley.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta número 132.

Vistos:

Resuelve la Corte la impugnación propuesta por el procesado RAMON ANTONIO SILVA DELGADO contra la decisión del catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín, negó la cesación de procedimiento que su apoderada había solicitado con base en el artículo 56 de la ley 104 de 1993.

Antecedentes:

El día siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993) a las siete de la noche aproximadamente, en el corregimiento de San Cristobal, jurisdicción de Medellín, llegaron, con el propósito de ingerir alcohol, los Señores Jhon Fredy Chica Quiroga, los hermanos Enor y Fredy Albeiro Palacios Valencia y RAMON ANTONIO SILVA DELGADO, quienes se desplazaban en un taxi que era conducido por Jaime Alberto Gallego Arango.

Momentos más tarde, el conductor del taxi decidió abandonar el lugar, como también lo hizo Jhon Fredy Chica Quiroga el cual se acercó al vehículo a orinar salpicando a algunas personas que se encontraban cerca, entre ellas, Sigifredo de Jesús Cifuentes Gómez quien por tal motivo le hizo el reclamo recibiendo como respuesta agresiones no sólo de parte de éste, sino también los hermanos Palacios Valencia de las que se defendió con una bandera que en esos momentos portaba.

Estando en esto, intervino el procesado RAMON ANTONIO SILVA DELGADO quien luego de extraer un arma de fuego del taxi en el que se transportaban, disparó contra Sigifredo produciéndole lesiones en el tallo cerebral, lo que de inmediato le produjo la muerte a consecuencia de un "choque neurogénico".

Por los anteriores hechos, y agotado el respectivo trámite procesal, el Juzgado treinta y nueve (39) Penal del Circuito de Medellín, al momento de dictar sentencia de primer grado, condenó a RAMON ANTONIO SILVA DELGADO como autor responsable de los delitos de homicidio simple en concurso con el de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, a la pena principal de veinticinco (25) años y seis meses de prisión, en providencia de agosto once de los cursantes.

Contra la mencionada decisión, el procesado SILVA DELGADO interpuso recurso de apelación el que se concedió en el efecto suspensivo para ante el Tribunal Superior de Medellín.

Estando en curso el trámite anterior, el acusado confirió poder a quien actúa ahora como su defensora, la cual solicitó mediante escrito, "el indulto, cesación de procedimiento, autos inhibitorios o resoluciones de preclusión de instrucción" beneficios a los que, en su sentir, se hace acreedor SILVA DELGADO y que se encuentra estipulados en la ley 104 del 30 de diciembre de 1993, habida cuenta que, es militante del "C.R.S.", ha manifestado su voluntad de reincorporarse a la vida civil, y los hechos por los cuales se encuentra sindicado "fueron motivados por su condición de rebelde, razón por la cual procede la conexidad con los delitos políticos".

El Tribunal Superior de Medellín, se pronunció al respecto, en proveído del catorce (14) de septiembre del año en curso, negando el beneficio solicitado –Cesación de procedimiento– pues consideró:

> "...como el art. 48 de la mentada ley excluye del beneficio reclamado a los homicidios cometidos fuera de combate, como lo es el punible por el cual se juzga a SILVA DELGADO –art. 48... no se aplicará lo dispuesto en este título con relación a

delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie–. Y si de otra parte, se puede válidamente pregonar que tanto el delito afectante de la vida como el de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal deducido en forma concursal, carecen de conexidad con delitos políticos de rebelión, de sedición, de asonada y de conspiración, se denegará la cesación de procedimiento impetrada".

La impugnación:

Esgrime el procesado RAMON ANTONIO SILVA DELGADO varios argumentos para atacar la decisión proferida por el Tribunal Superior de Medellín, entre los cuales afirma que la misma debe, además de fundamentarse en aspectos jurídicos, mirarse desde la realidad político-social que vive Colombia, en especial la Ciudad de Medellín, donde los derechos mínimos se hacen imposibles y las condiciones económicas, culturales, etc, son desconocidas por la mayoría de los ciudadanos, lo que conduce a que se adopte una nueva forma de llevar la vida; que el Estado por un lado niega la posibilidad de tener acceso al cumplimiento de los derechos y por otro, al generarse unos esquemas de inadaptabilidad, los sanciona con normas represivas.

Agrega que la situación de alteración del orden social ha traido como consecuencia una forma de comportamiento que se deriva de la falta de garantías para que el individuo pueda crecer dignamente y no como sujeto pasivo del orden punitivo, que es lo que genera un sujeto violento como consecuencia de la misma acción violenta del Estado.

Estima el apelante que el sujeto violento se ve avocado a asumir actitudes violentas que acompañadas de la ingestión de bebidas embriagantes hacen que el estado síquico sea altamente lesivo, "pero todo ello dentro de una perspectiva de la sicología y sociológica a donde debe la justicia acudir para no ser ésta ante quien el estado (*sic*) delegue la función de asegurar la convivencia ciudadana, ya que desde otras instancias de lo público no las desarrolla como ya es bien conocido en nuestra población".

Finaliza manifestando que la actividad insurgente que desarrolla como miembro de la Corriente de Renovación Socialista, le ha permitido visualizar la situación política del país, lo que no lo excluye de la posición que como marginado y a la inmensa mayoría de gente pobre en Colombia le deparó el Estado y por ello, atendiendo a un proceso de negociación que se firmó con el gobierno nacional y a que los beneficios jurídicos son un perdón judicial de la pena, solicita se le conceda la exención de la misma.

Consideraciones:

La ley 104 de 1993, fue expedida para lograr la convivencia pacífica y la eficacia de la justicia, determinando, en uno de sus artículos preliminares, que su objeto es "dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del estado social y democrático de derechos y garantizar la plenitud de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política".

Se explica allí que las pautas para su aplicación se deberán regir por los principios de proporcionalidad y necesariedad y en el contenido de su alcance, el intérprete deberá ceñirse a su tenor literal sin que so pretexto de desentrañar su espíritu puedan usarse facultades no conferidas expresamente.

Bajo los anteriores presupuestos y remitiéndonos a lo normado en el artículo 48 de la citada ley se expresa claramente que:

> "El gobierno nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales colombianos que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando a su criterio, el grupo guerrillero del cual forme parte el solicitante haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.
>
> "También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales colombianos que, por fuera de las organizaciones guerrilleras

de las cuales formen parte o hayan formado parte, así lo soliciten, si a criterio del gobierno nacional demuestran su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

"No se aplicará lo dispuesto en este título con relación a delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima jen estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie".

A su turno el artículo 56 reza:

"Se podrán conceder también, según proceda de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen, hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título, y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada".

"....."

y por su parte el artículo 60 expresa:

"Los beneficios que en éste título se consagran no comprenden la responsabilidad que los favorecidos tengan respecto de particulares".

En este orden de ideas, y haciendo una interpretación sistemática de las normas preliminares y de los artículos transcritos, surge claro que, en tratándose de delitos políticos o conexos con éstos, es dable la aplicación de los beneficios allí consagrados siempre que se dé cumplimiento al trámite formal que para el efecto se demanda, y además, cuando de la conducta desplegada por el procesado se determine que ella es propia de este tipo de infracciones, que por sus propias características resulta imposible asemejarla a comportamientos constitutivos de delitos comunes y que, como en el caso del homicidio la misma ley hace salvedad expresa, en el sentido de que no sea cometido fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión.

Conviene en este punto recordar un pronunciamiento que la Sala de Casación Penal hizo en pasada oportunidad sobre las diferencias entre delito común y político donde dijo:

"Haciendo un parangón entre el delito común y el delito político, por su aspecto subjetivo, se ha dicho que en el primero el agente realiza el hecho casi siempre por motivos innobles, o bajo el influjo de pasiones desbordadas, con perversidad, o con fines de venganza. Por el contrario en el segundo, los móviles son casi siempre políticos o de interés común; la aspiración a lograr un replanteamiento de las condiciones económicas, políticas y sociales de una colectividad son –por regla general– los factores determinantes de esta clase de delincuentes.

"Si estas son las notas características de este tipo de delito, cabe precisar:

"1. Que envuelve siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado.

"2. Que se ejecuta buscando el máximo de trascedencia social y de impacto político.

"3. Que se efectúa en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político.

"4. Que se inspira en principios filosóficos, políticos y sociales determinables.

"5. Que se cometa con fines reales o presuntos de reivindicación socio-política.

"A simple vista el delito político tiene un objetivo jurídico concreto sobre el cual recae o va dirigida su acción; el Estado como persona política o como institución política. Algunos consideran de tal naturaleza los llamados delitos contra la Existencia y Seguridad del Estado y los delitos contra el Régimen constitucional.

"Con idéntica claridad el delito político tiene un modo especial de ejecución o modo de ser ajeno a su peculiar tipicidad, pero en estrecha conexión con ella: la repercusión, la representación, la inspiración y la motivación que siempre lo acompañan con absoluta fidelidad. Rasgos que se plasman en buscar el ámbito de su mayor difusión, en obrar a nombre de un segmento social o político y en hacerlo bajo la égida de una dialéctica de masas para lograr una concreta reivindicación socio-política.

"Se puede afirmar, por consiguiente, que además de la tipicidad que le corresponde a la acción, el delito político tiene un objeto específico y un modo de ejecución propio e inconfundible". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mayo 26 de 1982, M.P. Dr. Fabio Calderón Botero).

Conforme a lo anterior se tiene que en el caso sub examen, los hechos motivo de investigación no pueden ser considerados conexos con un delito político, pues de autos se desprende que ellos se originaron en el corregimiento de San Cristobal, jurisdicción de Medellín (Antioquia), donde se encontraban varias personas ingiriendo licor, suscitándose entre algunas de ellas un altercado en el que intervino el procesado RAMON ANTONIO SILVA DELGADO, quien sin mediar palabra cogió su arma y la disparó contra el hoy occiso Sigifredo de Jesús Cifuentes Gómez, ocasionándole la muerte en forma instantánea.

Bajo los supuestos fácticos precedentes, pretende el peticionario adecuar su comportamiento a lo normado en el artículo 48 de la ley 104 de 1993, sobre la premisa de que como miembro de la Corriente de Renovación Socialista y en atención a un proceso de negociación que se firmó con el Gobierno Nacional se le debe conceder tal exención de pena, sin tener en cuenta que ninguna relación guardan las circunstancias que rodearon el hecho que se le imputa, con los fines que como miembro de un grupo rebelde perseguiría en un momento dado.

En efecto, conforme a las probanzas arrimadas al plenario en debida forma, no se desprende que la conducta desplegada por el acusado se

adecúe a uno cualquiera de los delitos que contempla la ley impetrada, ni tampoco que sea conexo, pues desde un comienzo jamás hizo manifiesto su ánimo insurreccional contra las instituciones, ni los hechos acaecidos comportan de por sí connotación política que permitan planteamientos como los esgrimidos por el apelante.

Además, si se mira el cuerpo de su alegación, pareciera mas bien que lo que pretende en últimas es encuadrar su comportamiento en un estado emotivo de ira, con el argumento que su conducta es propia de individuos marginados y reprimidos por el Estado.

Mírese sino, como a lo largo de su escrito trata de justificar su comportamiento sobre la base de que el Estado no le reconoce las garantías mínimas y sí despliega una actividad represora que genera sujetos violentos; por ello se atreve a manifestar que:

> "La situación de alteración del orden social y económico de la población ha traído consigo el surgimiento de una dinámica social y comportamental específica, derivada de la falta de garantías para que el individuo pueda efectivamente crecer dignamente y no ser sujeto pasivo del orden punitivo, y esa falta de garantías se traduce en la ausencia de políticas estatales que aseguren el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, etc, y todas estas carencias crean necesariamente un sujeto violento por naturaleza, dado la misma acción violenta del estado".

Ahora bien, si lo que pretende es la efectiva protección de sus derechos fundamentales que considera vulnerados, otras son las vías para lograr tal fin; procesalmente aún cuenta con la posibilidad de que el Tribunal Superior de Medellín, donde se encuentra el proceso seguido en su contra en trámite de la apelación, verifique sus inconformidades con respecto a la decisión adoptada en primera instancia y luego de surtido ese trámite, podría acceder a esta instancia extraordinaria, ya sea solicitando la casación o revisión de su proceso, según el caso.

Entonces, reiteramos, para que proceda la extinción de la acción y de la pena en caso de delitos políticos, no solo basta haber formado parte de un grupo insurgente que manifestó su deseo de incorporarse a la vida civil, sino que también el hecho punible cometido sea de aquellos considerados como delito político o conexo con estos, sin que sea dable, para su aplicación, interpretación diferente a la expresamente consignada en la ley como la que ahora pretende darle el recurrente.

Por ello, esta Corporación considera acertada la decisión proferida por el Tribunal Superior de Medellín y en consecuencia la confirma en su integridad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en sala de casación penal y administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Confirmar en su integridad la decisión de catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín negó la cesación de procedimiento solicitada en favor del procesado RAMON ANTONIO SILVA DELGADO de acuerdo a las consideraciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION / SANA CRITICA

Lo que la doctrina por parte alguna enseña es que el error de HECHO recoja también el falso juicio de CONVICCION, pues cuando de este se trata se habla es de el error de derecho, habiéndose precisado ya suficientemente, que, hoy por hoy, al desaparecer de nuestro procedimiento legal la tarifa legal, para darle paso al sistema de la persuasión racional, que no prefija valor a la prueba, este error tampoco se da, desde luego, y así hay que precisarlo, el error de DERECHO también cobija el falso juicio de LEGALIDAD, o sea, vicio en la aducción o incorporación de la prueba.

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

Magistrado ponente: *Doctor Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta número 129.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, con sentencia de diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992), modificó la proferida por el Juzgado 47 Penal del Circuito de la misma ciudad el 27 de agosto del mismo año, en el sentido de condenar a GUILLERMO ROJAS RIAÑO, OSCAR JAIME BARRETO DIAZ y JOSE GABRIEL BARRETO DIAZ, como COAUTORES responsables de los delitos de "HOMICIDIOS SIMPLES, consumado en la persona de Fernando Español Alvarez y tentado en la persona de César Julio Cruz López", a la pena principal de TRECE (13) AÑOS DE PRISION, para cada uno de ellos y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas "con una duración igual a la de la pena principal impuesta".

Contra la anterior determinación interpusieron recurso de CASACION, los defensores de los condenados, impugnación que les fue concedida por el Tribunal el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993). En sede de la CORTE el presente asunto, las demandas correspondientes se declararon ajustadas a las formalidades de ley el 30 de julio del año inmediatamente anterior. Y, obtenido el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo. A ello se procede.

Hechos y actuación procesal:

Así refiere los primeros el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:

"...el 10 de noviembre de 1990, hacia las diez de la noche aproximadamente y cuando en la Avenida Caracas con calle 45 se encontraban los señores Fernando Español Alvarez (hoy occiso) y César Julio Cruz López, se suscitó un incidente con los hoy procesados GUILLERMO ROJAS RIAÑO, OSCAR JAIME BARRETO y JOSE GABRIEL BARRETO. El incidente en cuestión implicó agresiones que llevaron a la muerte a Español Alvarez, mientras que CRUZ LOPEZ fue gravemente lesionado, al paso que los tres contendores de aquellos resultaron ilesos".

Y, sobre la "ACTUACION PROCESAL" se tiene que fue el Juzgado 77 de Instrucción Criminal el que adelantó la correspondiente investigación por los anteriores hechos, vinculando mediante injurada a los referidos ROJAS RIAÑO y los dos BARRETO DIAZ, resolviéndoseles su situación jurídica el 23 de noviembre de 1990, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de HOMICIDIO y en condición de coautores. Después de evacuarse un buen número de pruebas se declaró "cerrada" la investigación el 27 de noviembre de 1990, para calificarse la misma con resolución de acusación contra todos los procesados por los delitos de HOMICIDIO y LESIONES PERSONALES, el 25 de enero de 1991.

Para efectos del juzgamiento el proceso correspondió al Juzgado Tercero Superior de Santafé de Bogotá, el que procedió a sustanciarlo,

ordenando y practicando pruebas, de oficio, sin que se presentara petición alguna en tal sentido por parte de los sujetos procesales. Se realizó un peritaje sobre los perjuicios ocasionados con las infracciones y se fijó fecha para audiencia. En el desenvolvimiento de esta la señora Representante del Ministerio Público, solicita que se varíe la calificación jurídica provisional, por lo que se suspende la audiencia, emitiéndose por auto de mayo 20 de mil novecientos noventa y uno, UNA NUEVA CALIFICACION, para imputar entonces un HOMICIDIO AGRAVADO, en cambio del simple y otro HOMICIDIO igualmente AGRAVADO, en grado de TENTATIVA, en lugar de lesiones personales. Se fija nuevamente fecha para la celebración de la audiencia pública, la que, efectivamente, se realiza el 22 de julio del mismo referido año.

El Juez Tercero Superior, dicta la correspondiente sentencia en julio 31 de 1991, en la que condena a OSCAR JAIME BARRETO DIAZ, GUILLERMO ROJAS RIAÑO y JOSE GABRIEL BARRETO DIAZ, por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO y TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO, como coautores, a la pena de veinte (20) años de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por DIEZ AÑOS, al pago de los perjuicios ocasionados con los hechos punibles en cuantía de 2.600 gramos oro, niega la condena de ejecución condicional y suspende la patria potestad para JOSE GABRIEL BARRETO DIAZ por quince años. Apelada la sentencia, el Tribunal Superior declaró NULO lo actuado a partir "del auto de fecha veinte de mayo del corriente año mediante el cual se varió la calificación provisional", estimando que ésta había sido incompleta por haber faltado la tentativa de hurto. Regresado el proceso al Juzgado Tercero Superior, éste procede a cumplir lo ordenado por la segunda instancia, realizando OTRA NUEVA CALIFICACION JURIDICA DE LOS HECHOS, en la resolución de acusación, esto es, por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO CONSUMADO, HOMICIDIO TENTADO IGUALMENTE AGRAVADO, y HURTO CALIFICADO EN EL GRADO DE TENTATIVA (auto de octubre 30 de 1990). Apelada y confirmada la determinación, por el Tribunal, se prosigue en el trámite del juicio. Nuevamente se celebra la audiencia pública el 23 de julio de 1992, culminando el proceso con la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Superior el 27 de agosto de 1992, así: se declara que los tres procesados

son coautores de HOMICIDIO AGRAVADO CONSUMADO, TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO Y TENTATIVA DE HURTO CALIFICADO, condenándoseles a la pena de veintiún (21) años de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por DIEZ (10) años, a ser cumplidos después de la efectiva, y además a los sentenciados OSCAR JAIME y JOSE GABRIEL BARRETO DIAZ, la de suspensión de la patria potestad por quince (15) años; también se condena, en concreto, al pago de 2.600 gramos oro como indemnización de los perjuicios causados con las infracciones, negándose, desde luego, el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelada la decisión, el Tribunal la confirmó en el sentido visto ab initio del presente proveído, confirmándola en lo demás.

De las demandas:

LA PRIMERA. LA PRESENTADA A NOMBRE DE GUILLERMO ROJAS RIAÑOS Y OSCAR JAIME BARRETO DIAZ.

1. "El juez sentenciador incurre en el fallo recurrido en la causal primera del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991, por haber proferido sentencia violando INDIRECTAMENTE la ley sustancial POR ERROR DE HECHO MANIFIESTO derivado de una FALSO JUICIO DE CONVICCION".

El censor cita apartes de la sentencia del Tribunal cuando se refiere al testimonio de César Julio Cruz López, así: "...lo cierto es que esa declaración indica de primera mano circunstancias innegables y de las cuales el juzgador no puede salirse porque ellas constituyen o permiten verdadera certeza en cuanto a esas circunstancias se refiere: dicho testigo y víctima asegura que él y su amigo transitaban por la vía indicada en forma desprevenida, cuando supuestamente fueron 'atracados' y ante la resistencia que opusieron, les propinaron las heridas que a él lo lesionaron gravemente y a su amigo le causaron la muerte...".

Transcribe también otro párrafo referido al por qué la tesis del "atraco" no tiene asidero procesal suficiente como para condenar por él.

Y luego asevera: Si la declaración del testigo clave para proferir la condena es de pleno recibo como lo sostiene la sentencia recurrida, por qué le quita todo valor en lo referente al hurto que según él fue la causa para la muerte de su amigo y las heridas a él...?. De la expresión de la misma prueba se ve el ERROR MANIFIESTO en que incurre el sentenciador toda vez que no se puede presentar esa DUALIDAD en la esencia del testimonio que para un caso es verdadero (en el caso del HOMICIDIO CONSUMADO y HOMICIDIO TENTADO) y del mismo contexto de la declaración deducir que no es creíble en lo que se refiere al HURTO. Si se hubiera analizado en conjunto el acervo probatorio se debía deducir que el testigo César Julio Cruz López tuvo otras intenciones en su declaración, que le narró los hechos a la justicia de una manera que no sucedieron. ...El texto de las declaraciones de una de las presuntas víctimas no daba para valorarlas en el sentido que las tomó el sentenciador; no eran confiables las manifestaciones que si un testigo, en uno de sus apartes, trató de engañar a los instructores y por qué no al sentenciador, no es confiable, toda vez que su eficacia probatoria estaba entredicha.... . "Estos motivos...se basan en el interés presunto del testigo que tiene sobre el proceso, se sumaba a la ira, el rencor de éste para con sus supuestos agresores, lo que daba una calificación de grave enemistad.

"...Sostiene además la sentencia censurada que si mis defendidos no hubiesen intervenido en la reyerta, no hubiesen aparecido con MANCHAS DE SANGRE, a lo cual, como cosa curiosa, no dieron explicación alguna. A este indicio de las manchas de sangre lo valoró inadecuadamente, toda vez que por lo llamativa de la sangre y ante la proximidad de los protagonistas el uno del otro la sangre salpica y tal enseñanza no la obtenemos de métodos científicos, sino del diario devenir, es decir, por simple lógica y la conclusión a que llegó el *ad-quem* fue a consecuencia de una INADECUADA VALORACION PROBATORIA... .

"Quedando demostrada, como en efecto lo está, la inadecuada valoración probatoria de una determinada prueba, específicamente la prueba del señor César Julio Cruz, de esta manera se violaron los artículos 246, 247, 248, 251, 253 y 254 del C. de P. Penal. ...".

2. Sostiene también el recurrente, con base en el artículo 220 del Decreto 2700/91 (causal primera), que "hubo violación INDIRECTA de la norma de derecho sustancial, por haberse dictado la sentencia violando indirectamente la ley sustancial por ERROR DE HECHO derivado de un FALSO JUICIO DE EXISTENCIA, siendo este error manifiesto y notorio y que incidió en la alta condena en contra de mis defendidos".

Entra entonces el demandante a transcribir un aparte de la sentencia referido a la pluralidad de las lesiones que sufrió Español Alvarez y también las múltiples heridas propinadas a Cruz López, igual que a la circunstancia de encontrarse sangre en los tres procesados, sacando de allí conclusiones sobre que debieron ser varios los atacantes. Pero para el censor, ello solo significa que no se tuvo en cuenta lo manifestado por ROJAS RIAÑOS ("yo no me dí cuenta de que el compañero mío JOSE GABRIEL, era el que lo había chuzado") "como si un herido no salpicara con su sangre a los más próximos, pero es más, son las otras injuradas en especial la de JOSE GABRIEL BARRETO la que confirma la injurada de mi cliente", pero ésta también es "desconocida por el *ad-quem*", "este procesado manifestó a lo largo de todas sus injuradas que él era el responsable de las heridas a Fernando Español Alvarez y César Cruz López. ... .SI EL SENTENCIADOR NO HUBIESE IGNORADO LAS INJURADAS, ..., indudablemente otro hubiese sido el resultado de la sentencia, ya que tal desconocimiento llevó a la injusta condena de dos inocentes. Aún más, el manifiesto ERROR EN EL DESCONOCIMIENTO DE LOS DESCARGOS, llevó a que para nada se tuviese en cuenta la existencia de la incautación de un solo cuchillo con manchas de sangre y que reposa en este proceso, comprobando una vez más que efectivamente uno solo de los tres procesados fue el autor de las mortales heridas. ...". Que. se absuelva a sus defendidos es lo que termina solicitando el demandante.

LA SEGUNDA. LA PRESENTADA POR EL MISMO ABOGADO A NOMBRE DE JOSE GABRIEL BARRETO DIAZ

"...El juez sentenciador incurre en el fallo recurrido en la causal primera del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991, por haber proferido sentencia violando INDIRECTAMENTE la ley sustancial por ERROR

DE HECHO manifiesto derivado de un FALSO JUICIO DE EXISTENCIA...que generó la falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal...al ignorar las ofensas que el hoy obitado, como el lesionado, le produjeron a los procesados, en especial al procesado GABRIEL BARRETO DIAZ, lo que desató el ataque del procesado a los señores Fernando Español Alvarez y César Cruz y a la postre la muerte del primero.

"...Si no fue el atraco, lo que es descartado por el fallador, cuál fue el motivo para que mi cliente atacara a estas dos personas (Fernando Español Alvarez y César Cruz). La respuesta la encontramos en las injuradas de los procesados, es así que efectivamente hubo agresión por parte de los dos transeúntes, que no es como lo hace ver el testigo herido. Tanto el aquí defendido como los otros dos procesados, fueron agredidos por estos dos peatones, lo que generó que GABRIEL BARRETO DIAZ, reaccionara iracundo, sin control y le asestara las mortales heridas a estas dos personas.

"...Distorsionó el contenido tanto de la declaración del testigo César Julio Cruz López, ya que SI LE ES DESPACHADA COMO NO CREIBLE LO REFERENTE AL HURTO ('ATRACO') lo demás contenido en su testimonio hay que recibirlo con beneficio de inventario, toda vez que lo único grave de su declaración es la afirmación en el sentido de que los procesados los iban a atracar.

"...Si el *ad-quem* no hubiese distorsionado tanto las injuradas de los procesados como la del único testigo de cargo, indudablemente no se hubiese presentado la condena tan alta en contra de este procesado, es decir, JOSE GABRIEL BARRETO DIAZ... . Si fuese tan merecedora de credibilidad la declaración de César Julio Cruz López, no la hubiese tomado parcialmente como cierta el *ad-quem*, es decir, que cuando la duda de que habla la sentencia no pudo ser dilucidada, la convierte como prueba de certeza, el mismo Tribunal reconoce en una parte que no es creíble lo del hurto, para más tarde sostener que le merece toda credibilidad, así no hay más que concluir que la conclusión a que llegó el Honorable Tribunal no fue otra cosa que la distorsión de los medios de prueba. ... .La ira desatada en mi cliente lo llevó a tal grado y afectó la conciencia, ya que no sólo le

sojuzgó la voluntad, que fue en forma fulminante y temporal, fueron episodios fugaces, toda vez que una vez los 'hoy víctimas' cesan sus ataques frente a la reacción de mi cliente emprenden la huida, pero mi cliente los persigue, es decir, que había cesado su agresión, lo que conlleva a que la defensa no pueda alegar legítima defensa, pero no descarta la presencia de la IRA".

El ruego final del censor es que se case la sentencia y "se dicte el fallo que en derecho corresponda".

Breves consideraciones de la Sala y de la Delegada:

1. Sobradamente conocido es que el ERROR DE HECHO apunta a un FALSO JUICIO DE EXISTENCIA o a UN FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. Cuando se alega el primero –y el censor está en la obligación de determinar a cuál se refiere– el recurrente debe demostrar que el fallador omitió la consideración de una prueba o tuvo en cuenta la que no existe MATERIALMENTE dentro del proceso. Y si lo alegado es el segundo falso juicio, al impugnante se le exige probar que el sentenciador alteró el contenido FACTICO de la prueba, o sea, que le dio un alcance mayor o menor del que realmente tiene, en forma tal que su interpretación de él vale lo mismo que haberlo supuesto o suprimido.

Lo que la doctrina por parte alguna enseña es que el error de HECHO recoja también el falso juicio de CONVICCION, pues cuando de este se trata se habla es del error de DERECHO, habiéndose precisado ya suficientemente, que, hoy por hoy, al desaparecer de nuestro procedimiento penal la tarifa legal, para darle paso al sistema de la persuación racional, que no prefija valor a la prueba, este error tampoco se da. Desde luego, y así hay que precisarlo, el error de DERECHO también cobija el falso juicio de LEGALIDAD, o sea, vicio en la audición o incorporación de la prueba.

El desatino, pues, del censor a este respecto, es considerable.

Pese la trascendental falla técnica a que se ha hecho referencia, quiere la CORTE señalar lo siguiente: el demandante encuentra mayúsculo error

en el discurrir del Tribunal porque al testimonio de César Julio Cruz López no le concedió valor probatorio en cuanto al "atraco" que precisa como móvil de la acción delictiva, en tanto que sí sobre la agresión de que fueron víctimas por parte de los hoy condenados. Como bien lo señala la Delegada al comentar esta sección de la demanda, el impugnante hace honor a un criterio de interpretación probatoria ya mandado a recoger. Así se expresa la Delegada: "La verdad es que el recurrente parte del supuesto equivocado de considerar que un testigo rechazado o demeritado en una parte de su afirmación textual, debe ser rechazado en todo lo demás, en obedecimiento a un criterio de axiología ya no utilizado en las pruebas: la de que quien miente en una parte, o es desvirtuado fragmentariamente, no puede ofrecer datos de verdad como fuente de prueba. Ello no es cierto ya en la prueba moderna. ...".

Aquí el sentenciador dio las razones, atendibles desde luego y que consultan los principios de la sana crítica, sobre la división del testimonio de marras. No fue, pues, lo suyo una cuestión caprichosa o infundada, sino que, con argumentos, terminó por concederle credibilidad cuando indicó que fueron víctimas de agresión por parte de los condenados, mas no le creyó cuando de determinar el móvil delictivo –el hurto– se trató. Y, apréciese, que todo lo que hace el censor es presentar, desconociendo la técnica del recurso, su particular opinión para enfrentarla a la de los sentenciadores y de allí su extrañeza porque no se hubiera rechazado la totalidad del testimonio de Cruz López, pues que así, sus representados saldrían muy bien librados; pero, olvida el censor que en un evento así, prima el criterio del fallador, ya que está amparado por la presunción de acierto y de legalidad.

De otra parte, el recurrente alude a las MANCHAS DE SANGRE que se encontraron en las vestimentas de los condenados, con inmediatez a la ocurrencia delictiva, para presentar su particularísima opinión en el sentido de que ello mal puede constituir un indicio de culpabilidad, comoquiera que la explicación está en que, por la proximidad de los "protagonistas", se untaron de sangre de las víctimas, porque ésta "salpica", pero no porque ROJAS RIAÑOS u OSCAR JAIME BARRETO DIAZ hubieran participado en el drama delictivo. No existe ningún

argumento de consideración para concederle mayor contundencia o valor a este subjetivísimo criterio y desechar en cambio el plasmado por el sentenciador que goza, se reitera, de la mencionada presunción. Es que, en verdad que si no tomaron parte en los hechos delictivos razón de ser del presente proceso, no han debido estar en proximidades tan cercanas a los vulnerados, al tiempo que es inexplicable que, acompañando como acompañaban a GABRIEL BARRETO DIAZ, y siendo este su amigo y hermano, hubieran permitido que él solo librara una pelea, en la que no sabían qué suerte podía éste correr, ni ellos finalmente, tampoco. Otra cosa: la fiereza, ardentía, valor, habilidad y efectividad con que se presenta GABRIEL BARRETO DIAZ, para enfrentar solo a dos personas que lo atacan, no es lo de normal ocurrencia y, como es sabido, el juzgador, salvo prueba ciertamente atendible en contrario, debe estarse por lo ordinario y no por lo EXTRAORDINARIO, o sea que el último de los procesados mencionados no fue sino uno más de los atacantes de Español Alvarez y Cruz López, como con acierto así se entendió en la sentencia acusada.

2. El segundo cargo consiste en que se está frente a un FALSO JUICIO DE EXISTENCIA, por cuanto el fallador desconoció las indagatorias de los procesados. Ya se señaló cuándo tiene ocurrencia este vicio, pero valga la reiteración, así: nace él a la vida jurídica cuando el sentenciador ha tenido en cuenta un hecho cuya prueba no obra materialmente en el proceso o dejó de apreciar la que sí está allí. Entonces, en el evento *sub-exámine*, en materia alguna se trata de que el juzgador hubiera ignorado la existencia de las injuradas; NO, bien que sí las tuvo en cuenta, esto es, las analizó, mas no les concedió credibilidad a las mismas o no les otorgó la trascendencia probatoria que sí les dispensó el censor.

Regresa en este cargo el recurrente a la cuestión de las MANCHAS DE SANGRE, para otra vez señalar lo que ya quedó visto y analizado. E insiste sobre la no credibilidad concedida a JOSE GABRIEL BARRETO, quien, como ya se sabe, se echó a cuestas toda la acción criminal que condujo a la muerte de Español Alvarez y a la tentativa de homicidio de Cruz López, pero las razones del sentenciador son claras cuando asume que todos fueron autores de los indicados hechos punibles.

No se trata en manera alguna de un falso juicio de EXISTENCIA lo que desarrolla el censor. Se duele él simplemente de que no se le haya creído a JOSE GABRIEL BARRETO, lo que desde luego dejaría por fuera de responsabilidad a sus patrocinados. Aquí, también, entonces, se está frente a una oposición de criterios, pues que para el recurrente este testigo era digno de crédito, cosa que no fue así para el Tribunal. Es, pues, la prueba en su poder de convicción, de un lado, frente a la persuación racional del juez, del otro, lo que en el fondo se ataca por el demandante, pero, y ello ya está suficientemente establecido, la casación no es campo fértil para este tipo de alegaciones, salvo que se demostrara que se atentó contra las reglas de la SANA CRITICA, lo que está bien lejos de que haya sucedido en el presente evento.

3. El mismo abogado que elevó la demanda en favor de los condenados OSCAR JAIME BARRETO DIAZ y GUILLERMO ROJAS RIAÑOS, es el que se encarga de formular la referente a GABRIEL BARRETO DIAZ. En esta, nuevamente alega que se está frente a un falso juicio de EXISTENCIA, pero ahora por no haber reconocido en favor de su representado la atenuante de la IRA contenida en el artículo 60 del Código Penal, ya que se ignoran –eso advera– las ofensas que el hoy occiso Español Alvarez, le irrogó a aquél.

Vuelve aquí el censor sobre sus rechazados argumentos de que lo testimoniado por César Julio Cruz López debió ser desestimado en su integridad y no solamente en lo referente a lo del "atraco" y darle, entonces, plena vigencia probatoria a la versión de los procesados de que fueron ofendidos por Español A. y por Cruz L., lo que suscitó la reacción de la extraordinaria ira de GABRIEL BARRETO DIAZ que, inclusive, a pesar de la huida de aquellos, los persiguió e hirió, "él solito", de múltiples cuchilladas. La verdad sobre este cargo es que muy lejos se está de lograr la demostración de un falso juicio de existencia, pues simplemente aquí el sentenciador en legal ejercicio de sus poderes de análisis y de libertad de apreciación probatoria, sin sujeción distinta a la de los principios de la multicitada SANA CRITICA, no consideró que se estaba ante un estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación. Por ello la Delegada, con tino, advierte que "No hay, pues, preterición de las pruebas que

demuestran la ira, sino descrédito de ellas ante el funcionario de valoración, ni distorsión de la declaración del herido, que rechazado en parte, fue creído en otra parte, lo que resulta válido en un sistema de libre convicción judicial, y apenas el ejercicio adecuado de la valoración de pruebas como función del sentenciador".

Resulta entonces que, a todas luces, se impone reconocer la improcedencia de los cargos.

Finalmente, el artículo 44 del Código Penal establece que la duración MAXIMA de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas es de DIEZ AÑOS. El Tribunal, en la sentencia materia de impugnación, fijó la de los aquí condenados con una "duración igual a la de la pena principal impuesta", que fue, como se recordará, la de TRECE (13) AÑOS DE PRISION. Pues bien, ello no significa cosa distinta, a una extralimitación en tal dosimetría que debe ser remediada, como así lo solicita la Delegada, mediante casación parcial de la sentencia impugnada, para fijar esa pena en el límite legal.

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

Resuelve:

Primero. Declarar que no hay lugar a quebrar la sentencia acusada, ya conocida en su origen, fecha y naturaleza, según los cargos que le fueran formulados por el representante judicial de los tres condenados dentro de este proceso por los delitos de HOMICIDIO consumado y tentado, en las personas de Fernando Español Alvarez y César Julio Cruz López, respectivamente. Y,

Segundo. DE OFICIO, CASAR PARCIALMENTE la referida sentencia y en el sentido de que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, para los condenados GUILLERMO ROJAS RIAÑO, OSCAR JAIME BARRETO DIAZ y JOSE GABRIEL BARRETO DIAZ, se tasa en su máximo legal, esto es, DIEZ (10) AÑOS.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"; *Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* con aclaración de voto.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION (ACLARACION DE VOTO)

No consulta la realidad el predicar tajantemente que con el advenimiento del referido sistema de la persuación racional "...este error tampoco se da..." (error de derecho, falso juicio de convicción). Aún subsisten, sin embargo, rezagos de la tarifa legal. Valgan algunos ejemplos:

Lo primero tiene que ver con la duda insalvable. Aparte de los casos en los que puede presentarse una violación directa de la ley (la reconoció pero no la aplicó) o indirecta por error de hecho (no fue posible que surgiera la duda por haberse omitido, supuesto distorsionado la prueba) es posible también que se dé en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción. En su presencia, según la normatividad, debe aplicarse el indubio pro reo, lo que indica que unas pruebas que no son suficientes para dictar la sentencia absolutoria, basta que creen la duda insalvable para que adquieran la categoría de plena prueba.

También existe un segundo ejemplo de pruebas tarifadas. Según el inciso segundo del artículo 247 del C. de P.P., en los procesos de que conocen los jueces regionales, las declaraciones de testigos ocultos son insuficientes para dictar sentencia condenatoria. Por consiguiente solo en conjunción con otras pruebas es posible dictar sentencia condenatoria.

1. El fallo de la Sala señala que cuando se alega una falencia en torno a las reglas de la sana crítica, su naturaleza la ubica en los predios del error de hecho. Así responde a la inquietud del casacionista quien se muestra en desacuerdo con la determinación del Tribunal por no haberle otorgado valor probatorio al testimonio de César Julio Cruz López. Por

consiguiente, sus palabras hubiesen sido atendidas si hubiese enmarcado su censura en el mencionado error de hecho.

Valgan, pues, las siguientes precisiones a fin de aportar algunos elementos de juicio al tema en cuestión.

2. Sabido es que los jueces, al administrar justicia, deben enmarcar sus decisiones dentro de los lineamientos legales. Como la potestad que les ha conferido el Estado para resolver los conflictos sociales en representación suya, ha de ser secundum ius, cualquier decisión que se desvíe de los cauces legales y provoque un agravio a cualquiera de los sujetos procesales, se constituye en un desbordamiento de la dicha potestad y debe ser enmendado a través de los recursos legales, entre ellos, el extraordinario de casación, dentro de los lindes establecidos por la normatividad vigente.

Por consiguiente, el recurso de casación persigue impedir que el juez, al ejercer su labor de intérprete de la ley, sustituya el querer de ésta por el suyo propio. De ahí que la corrección que se hace en sede de casación, ante un caso de desbordamiento manifiesto, implique ajustar dicha actividad al contenido de la norma respectiva.

3. Varias son las formas de violar la ley sustancial y por ello el ordenamiento ha previsto separarlas de acuerdo con su naturaleza y efectos. Una de estas maneras es la violación indirecta, es decir, cuando la vulneración de las normas sustanciales se hace al través de las procesales. El yerro es de hecho cuando la falencia versa sobre la expresión de la prueba, es decir, cuando le extrae datos extraños a su contenido, o cuando la omite o la supone. Será de derecho cuando se comete en la evaluación de la probanza, al darle o quitarle su eficacia legal u otorgarle un mérito que no le corresponde, de acuerdo con lo expresado por la ley.

3. El último caso da lugar a lo que jurisprudencia y doctrina han denominado falso juicio de convicción, pues aquí el problema surge cuando el juez desobedece las normas que fijan el valor a las pruebas (tarifa legal), dándoles otros diferentes.

Con el advenimiento del estatuto procedimental de 1987, se consideró prudente terminar con estos rígidos valores, reemplazándolos por las reglas de la sana crítica, dejando sujeto al juez a su libre convencimiento. Con tal determinación esta especie de falencia no es dable predicarla de ninguna prueba en particular, ni tampoco de las diferentes especies, en general.

4. No obstante, y en esto radica mi aclaración, no consulta la realidad el predicar tajantemente que con el advenimiento del referido sistema de la persuación racional, "...este error tampoco se da...". Aún subsisten, sin embargo, rezagos de la tarifa legal. Valgan algunos ejemplos:

Lo primero tiene que ver con la duda insalvable. Aparte de los casos en los que puede presentarse una violación directa de la ley (la reconoció pero no la aplicó) o indirecta por error de hecho (no fue posible que surgiera la duda por haberse omitido, supuesto distorsionado la prueba) es posible también que se dé en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción. En su presencia, según la normatividad, debe aplicarse el in dubio pro reo, lo que indica que unas pruebas que no son suficientes para dictar la sentencia absolutoria, basta que creen la duda insalvable para que adquieran la categoría de plena prueba.

También existe un segundo ejemplo de pruebas tarifadas. Según el inciso segundo del artículo 247 del C. de P.P., en los procesos de que conocen los jueces regionales, las declaraciones de testigos ocultos son insuficientes para dictar sentencia condenatoria. Por consiguiente, sólo en conjunción con otras pruebas es posible dictar sentencia condenatoria.

4. No ha desaparecido, por consiguiente, el error de derecho por falso juicio de convicción. Aún persiste en la normatividad y es posible su alegación en sede de casación.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado.

FUERO

En tratándose de imputado aforado, juzgable en única instancia por esta colegiatura, su individualización debe ser plena, pues entrañaría un contrasentido asignarle fuero constitucional a persona indeterminada.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 135.

Vistos:

Se decide si debe la Corte asumir el conocimiento de estas diligencias que se adelantan contra persona indeterminada.

Antecedentes inmediatos:

Dio origen al adelantamiento de esta averiguación la denuncia pública que hiciera la cadena radial "Caracol" en su emisión del 6 de abril del presente año, dando cuenta que al proyecto de Ley Estatutaria por el cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y Cultos, debatido en el Congreso de La República, fraudulentamente se le incluyeron dos parágrafos y modificaron tres artículos que en los debates no habían sido legalmente aprobados.

Así llegada a conocimiento del señor Fiscal General de la Nación la ocurrencia de ese hecho susceptible de ser delictuoso, por auto del 7 de marzo del año en curso dispuso la práctica de algunas pruebas orientadas a su verificación, y posteriormente ordenó la remisión de la actuación a la Coordinación de la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema

de Justicia en orden a que designara un Fiscal que continuara con el trámite de la investigación.

Como medios probatorios allegados al expediente se cuentan, entre otros, el proyecto de Ley que nació en la H. Cámara de Representantes, 3 cassettes de audio de la Plenaria de la Cámara, las modificaciones que sufrió en el H. Senado, las actas contentivas de las discusiones, las Gacetas del Congreso en donde consta su publicación, fotocopia de la sentencia de la Corte Constitucional sobre exequibilidad del proyecto, declaración de SONIA RODRIGUEZ MARTINEZ, periodista de "Caracol", quien notó las diferencias entre lo aprobado por el Congreso al proyecto y los cambios que finalmente se le hicieron (Fl. 10), declaración de GUILLERMO FONSECA MEJIA, Secretario Ejecutivo del Comité Pro-Libertad Religiosa, quien le hizo seguimiento al proyecto y encontró que el texto aparecido en la Gaceta del Congreso tenía agregaciones que no habían sido objeto de discusión (fl. 81), y declaración por certificación jurada del H. Senador PARMENIO CUELLAR BASTIDAS, quien ratifica que el texto del proyecto que fue aprobado, difiere del que fue publicado (fl. 125).

Finalmente, con fecha 20 de octubre del año en cita (fl. 123), la Fiscal Delegada ante la Corte dispone la devolución del expediente a la Coordinación de la Unidad, para que sea remitido a esta Corporación, como en efecto así se hizo, sin mencionarse razón diferente a que la Corte le corresponde el juzgamiento de los señores congresistas.

Consideraciones de la Corte:

Por virtud del artículo 235-3 de la Ley Superior, efectivamente la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, le está expresamente reservada a la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, quienes ostenten esa investidura, se encuentran cobijados con el fuero especial o privilegiado, caracterizado porque rompe con el esquema procesal ordinario, pues que en el mismo ente se confunden el conocimiento y resolución del hecho cuestionado, cuando ordinariamente estos aspectos la ley los adjudica a organismos diferentes, siendo así que

en nuestro medio jurídico la investigación de los delitos corresponde a la Fiscalía, mientras que el fallo definitivo lo pronuncia el Juez.

De ahí que, en tratándose de imputado aforado, juzgable en única instancia por esta colegiatura, su individualización debe ser plena, pues entrañaría un contrasentido asignarle fuero Constitucional a persona indeterminada, como parece que con ese criterio, equivocado, se remitió la actuación a la Corte.

Aquí el marco de investigación es claro: averiguar si hubo o nó alteración ilícita del Proyecto de Ley Estatutaria sobre el Derecho de Libertad Religiosa y Cultos. Mas, en lo que hace al posible agente de esa conducta, cuya excepcional condición daría competencia a la Corte para asumir su conocimiento, pues solo la tendría si aquel fuera miembro del Congreso, no hay nada que dé claridad, pues ni indiciaria ni testimonialmente se perfila hasta el momento alguno de los congresistas como sujeto activo de esa acción punible, la cual no puede catalogarse como susceptible de ser cometida únicamente por ellos, pues otras personas vinculadas al Congreso, no aforadas, podían estar en el mismo pie de igualdad de perpetración. Tanto es así, que la Fiscal Delegada ante la Corte que dispuso el envío del expediente a esta Corporación, prevenida como estaba por el Coordinador de la Unidad, de que sólo "..de resultar imputado algún miembro del Congreso de la República la competencia para investigarlo radicará en la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, .." (Fl. 301 Cdno. Despacho Fiscal General) no ensayó argumento alguno tendiente a demostrar que alguno o algunos miembros del Congreso tenían el carácter de imputados por resultar cargos, directa o indirectamente, contra ellos.

En consecuencia, la Corte se abstendrá de asumir el conocimiento de este asunto, hasta que el presupuesto consagrado en la norma Constitucional citada se cumpla, vale decir, que el imputado tenga fuero. En el entretanto, se ordenará la devolución del expediente a la oficina de origen.

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

Resuelve:

Abstenerse de asumir el conocimiento de estas diligencias por las razones expuestas en la parte motiva. Ordénase su devolución a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TERMINO / RECURSO DE CASACION

El artículo 223 del Código de Procedimiento Penal establece que "El recurso de casación podrá interponerse, por escrito, dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 135.

Vistos:

Decidirá la Sala lo pertinente en el presente caso.

Antecedentes:

1. Un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de enero cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), condenó a JOAQUIN PORTELA LOMBO a la pena principal de ocho (8) años de prisión, como autor responsable de la infracción contenida en el inciso 1o. del artículo 33 de la ley 30 de 1986. Apelada que fuera la decisión, el Tribunal Nacional la confirmó en su integridad en proveído del once (11) de mayo último. (fls. 49 y ss).

2. El dieciséis (16) de junio el procesado interpuso contra esa sentencia de segunda instancia recurso de casación, que le fue concedido mediante auto del diecisiete (17) de junio siguiente, previo el respectivo traslado a los sujetos procesales. (fl 62).

El Secretario de la Corporación corrió dicho traslado a partir del veintidós de junio (fl 64), termino dentro del cual el procesado le otorga

poder al Doctor Fredy Gutiérrez Sajaud, a quien se le reconoce personería en la misma fecha.

En memorial que fuera presentado en la Secretaría del Tribunal Nacional, el cuatro de agosto de los cursantes, el citado profesional le sustituye poder para la sustentación del recurso al Doctor Evelio Daza Daza, fecha en la que también es presentada la demanda de casación.

El traslado para los sujetos no recurrentes comenzó a correr a partir del cinco (5) de agosto (fl 82) y en proveído del día ocho (8) se le reconoció personería al Dr. Daza Daza (fl 84).

3. El Secretario de esta Sala de Casación informa que el auto que concedió el recurso extraordinario no fue notificado en forma personal al Agente del Ministerio Público, sino por estado, y que el defensor del procesado presentó demanda en forma oportuna, guardando silencio los demás sujetos procesales.

Se considera:

El artículo 223 del Código de Procedimiento Penal establece que "El recurso de casación podrá interponerse, por escrito, dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia".

Conforme se desprende de la actuación procesal, la última notificación se realizó por edicto el que se fijó desde el miércoles dieciocho (18) de mayo hasta el viernes veinte (20), día en que se desfijó; por tanto, los términos para interponer el recurso extraordinario comenzaron a correr a partir del lunes veintitrés (23) de mayo y su vencimiento se cumplió el catorce (14) de junio del año en curso (fls. 59 vto.).

El procesado Joaquín Portela Lombo interpuso el recurso extraordinario de casación luego de que los términos anteriores habían vencido, esto es, el 16 de junio de los cursantes, y sin que la Secretaría del Tribunal Nacional se percatara de dicho error, informó que este se

había interpuesto dentro del término y por lo tanto el Tribunal correspondiente lo concedió.

Así las cosas, surge claro que los términos establecidos en el precitado artículo 323 del Estatuto Procesal Penal fueron desconocidos, comoquiera que si allí se otorga un determinado lapso para interponer el recurso extraordinario ello a la vez comporta que la parte interesada, en este caso el procesado, respete los términos allí señalados.

Por tanto, interpuesto extemporáneamente el recurso de casación el Tribunal Nacional no ha debido admitirlo, en razón a que no se daban las condiciones procesales para ello, lo que trae como consecuencia que se deba declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del diecisiete (17) de junio del año en curso fecha en la cual dicha Corporación concedió el recurso.

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

Resuelve:

Declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de junio 17 de 1994, por medio del cual el Tribunal Nacional admitió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el sentenciado JOAQUIN PORTELA LOMBO.

En consecuencia regrese el proceso al Tribunal de origen por haberse presentado el recurso extemporáneamente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, salvamento de voto; *Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE CASACION
(Salvamento de Voto)

Mi discrepancia con la mayoría de la Sala radica en que la ponencia inicial no comprendía la declaratoria de Nulidad, sino la inhibición para desatar el asunto –declarando DESIERTO el recurso– tal como se preceptúa para eventos similares al presente en los artículos 224 y 226 del C. P.P.

La razón de ello consiste en que la presentación del recurso dentro del término, la presentación de la demanda, y la circunstancia de que ésta llene los requisitos formales mínimos exigidos por la ley, son presupuestos procesales de la decisión de fondo y no presupuestos de validez de la actuación.

Dicha diferenciación, que aparentemente podría parecer a muchos inútil y meramente teórica, repercute en la consolidación de un principio de carácter procesal como es el del artículo 308.5 del Código de Procedimiento Penal (Principio de necesidad) y en la del postulado que diferencia los requisitos de existencia, de validez y de eficacia del acto procesal.

Por lo demás, tampoco encuentro lógico que se sostenga la incompetencia para conocer del recurso por ausencia de sus presupuestos procesales y en cambio se sostenga la misma para anular. El incompetente no tiene por qué invalidar y la declaratoria de desierto de un recurso supone que no se han reunido los requerimientos para asumir el conocimiento. En eso consiste mi disentimiento.

Con el debido respeto.

Carlos E. Mejía Escobar.

DEMANDA DE CASACION

"Causal" es la expresión asignada en la ley para los motivos que ella estima pueden producir el quebrantamiento de una sentencia de segunda instancia; y que en el lenguaje que se ha ido conformando en torno a esta vía extraordinaria, a cada acusación de violación legal que se dirige contra la sentencia atacada se le denomina cargo, reproche, censura. Por tanto, es antitécnico, e impropio denominar "causal", lo que es cargo o censura.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 135.

Vistos:

Corresponde a esta Sala de la Corte Suprema de Justicia resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada en representación de los sentenciados Juan Carlos Lasprilla Benavides, Efraín Enrique Lasprilla Benavides e Isaac de Jesús Asprilla Torres, condenados como autores de los delitos de Homicidio y Lesiones personales cometidos contra Jairo Antonio González González, Jesús María Córdoba Holguín y Marco Aurelio Ariza Valenzuela.

Hechos:

Entre las dos y las tres de la mañana del 13 de septiembre de 1992, los procesados Juan Carlos Lasprilla Benavides, Efraín Enrique Lasprilla Benavides e Isaac de Jesús Asprilla Torres, quienes participaban en una reunión celebrada en la carrera 27 A sur con calle 10 de la ciudad de Palmira, protagonizaron una multitudinaria gresca, inicialmente dentro de la residencia del festejo y posteriormente en la calle, en la cual

involucraron a algunos de los invitados, y a espectadores que se encontraban en un establecimiento público de la vecindad, los cuales fueron agredidos con arma blanca. Como resultado de tales acontecimientos perdió la vida Jairo Antonio González y sufrieron lesiones personales con deformación permanente, Jesús María Córdoba Holguín y Marco Aurelio Ariza Valenzuela.

El Juzgado 5o. Penal del Circuito de Palmira dictó sentencia condenatoria contra los procesados y el Tribunal Superior de Cali, con algunas modificaciones, confirmó esa determinación.

La demanda:

Efectuada una extensa y confusa síntesis de los hechos investigados, adicionada con comentarios de diversa índole, el actor, sin ocuparse de la actuación procesal, acusa la sentencia del Tribunal de Cali, bajo la supuesta existencia de cuatro causales.

Dentro del capítulo que denominó "primera causal", el impugnante plantea un cargo amparado en las causales primera y tercera de casación, establecidas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Y como desarrollo de esta acusación, en primer lugar censura la resolución de acusación del 2 de marzo de 1993 que dictara el Fiscal 142 de Palmira, por haber violado el numeral 2 del artículo 442 del estatuto procesal, por cuanto no satisfizo este requisito relacionado con la indicación y valoración de la prueba recaudada. En su criterio al calificar genéricamente el Homicidio "debió especificarse en circunstancia de simplicidad"; y en lo que atañe con las lesiones personales debió compulsar copias y enviarlas al reparto de los jueces municipales.

Así mismo el recurrente formula otro reproche también contra el auto calificatorio, por ser contradictorio con otro pronunciamiento judicial, pero en su argumentación involucra aspectos relacionados con la evaluación testimonial, en los siguientes términos:

> "Formulo igualmente cargo, diferente a la mera redacción de Auto o Resolución de Acusación, donde se enuncia el 'Acto

de Gravedad', en el cual incurrieron los condenados Lasprilla Benavides y Lasprilla Torres (*sic*), con la plena intención de matar un congénere, aunado en el animus lacendi, en el deseo de herir (folio 164), para contradecirse más adelante en lo que ese despacho califica en riña imprevista, en relación con los medios probatorios, sostén legal de la providencia impugnada el mismo despacho judicial, Fiscalía No. 1-42, (fol. 111), mediante interlocutorio 08, radicación 4305, el 26 de noviembre de 1992, al entrarse a definir la situación jurídica, del señor Aicardo Lasprilla Sánchez, padre de los reos, se reseña una agresión masiva, donde los incriminados obraron en la defensa propia, donde la integridad de ellos corría serio peligro a los hechos que aconseja la jurisprudencia y la doctrina la aplicación del Reglamento de la crítica testimonial, resaltan la mesura, la ecuanimidad, colocando de presente el interés particular, el cual con argucias, los conduce a tergiversar la verdad por ende en agravar la situación jurídica del ofensor (Fl. 113), se alejan por lo tanto, los criterios, para la apreciación de dichos testimonios de acuerdo a lo regido en el artículo 294, ibídem, la versión de: Iván Darío López Albarán, Jesús María Córdoba Holguín, Orlando Duque Cañas, al que el despacho tilda de fiel copia al carbón y los tilda de protuberante parcialidad en comprometer a las personas que intervinieron en la riña, esta providencia se solicitó la Defensa (*sic*) debería ser leída en la vista pública, del 8 de septiembre de 1993, realizada en el Juzgado 5o. Penal del Circuito de Palmira V. y lo que a la postre se realizó con la acotación de que aquí se definía una situación diferente a la de los procesados, medios probatorios, que se tomaron en la primera y segunda instancia, como la Plena Prueba para condenar".

En el acápite que el demandante denomina "segunda causal", plantea el desconocimiento del debido proceso, con violación del artículo 29 de la Carta Política y 1o. del C. de P.P., en los siguientes aspectos: los procesados fueron capturados, en sitio ajeno a los hechos, estando heridos y así fueron llevados a las instalaciones de la Policía y luego a la cárcel nacional de Palmira ignorando el concepto de médicos oficiales en cuanto

que, al menos uno de ellos, debía ser hospitalizado. Agrega que los implicados fueron vencidos en juicio sin la plena prueba para condenar que impone el art. 247, pues, se desechó la práctica de pruebas como una inspección judicial en el lugar de los hechos, "no se identificó a los agresores de los familiares condenados", el reconocimiento en fila de detenidos se realizó con el previo conocimiento de cuales serían los detenidos que se habrían de reconocer, y los familiares de los comprometidos en la investigación callaron lo que conocían y les constaba.

Dentro del mismo capítulo, el casacionista señala la existencia de las causales de nulidad segunda y tercera del artículo 304 del estatuto procesal, pero, por toda explicación, argumenta que el primer defensor no desplegó actividad alguna en la asesoría y defensa de sus representados, asegurando que "hay prueba de ello en el Plenario".

Como "tercera causal", el libelista aduce:

> "La violación del derecho de contradicción, como aspecto del derecho de acción, en relación doble entre, la denunciante, en nuestro caso, los imputados o procesados y el Estado a quien la ciencia penal le adjudica la carga de la prueba, esa violación a lo estipulado en el artículo 251, del Título V, Capítulo I, del C. de P.P.".
>
> "Contradicción que no se desarrolló por múltiples aspectos que se encuentran en la etapa de la investigación preliminar.
>
> "Y que llevaron a los particulares a testigos de los hechos investigados, ofendidos de los mismos y por lo tanto con interés en la sentencia condenatoria, lo que a la postre se produjo".

Finalmente, el impugnante plantea la "cuarta causal" pregonando la "vulneración de la Doctrina, como fuente del Derecho Penal. Al efecto, cita el libro 'Delitos contra la Vida y la Integridad Personal' de Humberto Barrera Domínguez, para plantear, con relación a la pluralidad de participantes en un hecho de esta índole, estas hipótesis:

"1. Si todas las heridas son de carácter mortal, todos responden por homicidio, si no se determina concretamente el autor de cada una de las heridas como en nuestro caso, en un aspecto.

"2. Una no más de las heridas fue determinante de la muerte del sujeto pasivo y no fue posible señalar al autor, de ese golpe la solución ha de ser la absolver (*sic*) por Homicido Simple y condenar a los autores por Homicidio Tentado, la duda insalvable de determinar al autor del golpe mortal, debe resolverse en base a lo acreditado".

A continuación el impugnante solicita se case la sentencia del Tribunal de Cali y se dicte la que "decida en definitiva la acción penal", luego de lo cual enumera las normas de la Constitución, del Código Penal y del estatuto procesal, sobre los cuales pretende sustentar su demanda.

El actor incluyó un capítulo en el cual manifiesta que se remite a los medios de prueba decretados y practicados en las oportunidades procesales y que la Corte comisione al Juzgado 5o. penal del Circuito Penal de Palmira para las que llegue a decretar de oficio.

La Sala considera:

El recurso de casación es extraordinario, conforme lo denominó el propio legislador, en sus aspectos formal y sustancial. Es así como su viabilidad se ha establecido como principio general para los procesos que normalmente culminan con sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Militar, adelantados por delitos que el legislador ha sancionado más severamente, esto es, con pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años.

Por otra parte, si bien puede ser interpuesto por los procesados, la sustentación está reservada a los profesionales del derecho, lo que obedece al tecnicismo que acompaña su ejercicio, que nace del objetivo que

persigue el recurso, cual es la demostración de la ilegalidad de la sentencia atacada, por motivos exclusivos definidos en la ley.

El primer aspecto que revela la especialidad de esta vía de impugnación es la formalidad que debe revestir la demanda, impuesta por el artículo 225 del C. de P.P. y cuyo cumplimiento corresponde verificar a esta Sala.

Los dos primeros requisitos, que aluden a la identificación de los sujetos procesales, de la sentencia impugnada y a la síntesis de los hechos y de la actuación procesal, tienen su fundamento en la necesidad de definir concretamente el objeto y los sujetos sobre los cuales recaerá el pronunciamiento de la Corte; por tanto, no se trata de simple capricho del legislador.

Las exigencias establecidas en los ordinales tercero y cuarto de la disposición que se comenta, indudablemente revisten carácter sustancial, pues dado el principio de limitación del recurso, la demanda debe incluir todos los argumentos de orden probatorio y jurídico que den sustento al fallo que se aspira a obtener. Es por ello que el planteamiento de cada causal que se invoque debe ser claro y preciso, en cuanto a los fundamentos sobre su existencia, con cita de las normas que se estiman infringidas, todo encaminado hacia la demostración de las razones por las cuales el fallo debe ser revocado.

Ante las formulaciones y la terminología que exhibe el libelo analizado, conviene recordar que "causal" es la expresión asignada en la ley para los motivos que ella estima pueden producir el quebrantamiento de una sentencia de segunda instancia; y que en el lenguaje que se ha ido conformando en torno a esta vía extraordinaria, a cada acusación de violación legal que se dirige contra la sentencia atacada se le denomina cargo, reproche, censura. Por tanto, es antitécnico e impropio denominar "causal", lo que es cargo o censura.

He aquí la primera falencia de la demanda, en cuyo contenido se anuncian cuatro causales, cuando en realidad, no corresponden a las causales que establece el artículo 220 del C. de P.P. Así es como dentro

del primer cargo, mal denominado primera casual, se enuncian dos causales de casación, la primera y la tercera. En cuanto a la primera, el actor pregona la violación del artículo 442 numeral 2 del estatuto procesal, sin especificar si directa o indirecta; pero el yerro más protuberante está en el hecho de dirigir el ataque, no contra la sentencia de segundo grado, sino contra la Resolución de Acusación, lo que no es objeto de este recurso extraordinario.

Dentro de la misma censura el impugnante prosigue la crítica contra la resolución acusatoria, enfrentándola al auto que decidió la situación jurídica de un sujeto procesal distinto a sus representados, con una argumentación que termina en una crítica a la evaluación testimonial, pero presentada en términos absolutamente ininteligibles, hasta el punto de que a la Sala le resulta imposible descubrir cual es la pretensión del libelista.

En el reproche formulado en segundo lugar, si bien no se invoca causal alguna, resulta fácil deducir que el actor se ampara en la tercera, por cuanto alega el desconocimiento del debido proceso y la violación del artículo 29 de la Constitución. Sin embargo, estos datos carecen de toda sustentación válida con miras a la estructuración de esa causal, por cuanto se apoya en incidencias ajenas a la demostración de un vicio procesal, tales como el hecho de que sus mandantes fueron aprehendidos hallándose lesionados, en lugar de haberse permitido que se les condujera a un hospital.

De otra parte, el censor menciona varias circunstancias, tales como que se desecharon pruebas, que no se practicó una inspección judicial, que los procesados habían sido reconocidos antes de la práctica del reconocimiento en fila, que los familiares de los implicados callaron la verdad que conocían, sin dar a conocer cuáles fueron los vicios que afectaron la validez del proceso; e incluye afirmaciones que carecen de toda lógica como esta: "no se identificó a los agresores de los familiares condenados".

También incluye el planteamiento de fallas en la defensa ejercida por su antecesor, pero sin concretar en qué consistieron o cómo

trascendieron en contra de los procesados, ni como repercutió en la condena de éstos.

El tercer reproche solo contiene la afirmación de que se violó el derecho de contradicción, sin indicar la prueba o pruebas que no pudieron ser controvertidas ni la causa que impidió el ejercicio de tal derecho.

En otra manifestación del desconocimiento de la técnica casacional, el recurrente aduce una causal que él mismo inventa "la vulneración de la doctrina, como fuente del derecho penal", lo que releva de cualquier otro comentario al respecto.

Y para terminar el incomprensible memorial presentado como demanda, su autor, no solo se remite genéricamente a las pruebas decretadas y practicadas oportunamente, sino que alude a las que podría decretar oficiosamente la Corte, dejando al descubierto su ignorancia en relación con el trámite, contenido y objetivos del recurso extraordinario.

En definitiva, en la demanda revisada no existe un planteamiento claro sobre una pretensión concreta, pues ni siquiera la petición final contiene una solicitud específica. Todo ello pone de manifiesto que el escrito elaborado no cumple las formalidades mínimas previstas en el artículo 225 del estatuto de procedimiento penal; en consecuencia, el libelo habrá de ser rechazado in límine y el recurso, declarado desierto.

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

Resuelve:

Rechazar in límine la demanda de casación presentada en representación de los sentenciados Juan Carlos Lasprilla Benavides, Efraín Enrique Lasprilla Benavides e Isaac de Jesús Asprilla Torres, en consecuencia, se declara desierto el respectivo recurso extraordinario de casación.

Cópiese, y devuélvase a la oficina de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos A. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / JUEZ DE CIRCUITO / NARCOTRAFICO

Para el Juez Penal del Circuito la conducta que se reprocha se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986 y que por tratarse de laboratorio el conocimiento reside en el Juez Regional, éste sostiene que el tipo penal violado es el que contiene el artículo 33 de la misma Ley.

Las normas que han llevado a tales funcionarios a tener diferente parecer sobre un mismo aspecto fáctico, son del siguiente tenor en lo pertinente:

"Art. 33 El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto para uso personal, introduzca al país, así sea de tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, ELABORE, venda ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y..."

"Art. 34. El que destine ilícitamente, bien mueble, inmueble, para que en él se elabore, almacene, transporte, venda o use alguna de las drogas a que se refiere el artículo 32 y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años y..."

Los artículos transcritos, si bien se identifican porque constituyen tipos compuestos, también es cierto que conservan su autonomía propia porque mientras que el objeto material en el primero está referido a las conductas alternativas relacionadas con la "droga que produzca dependencia", en el segundo la acción la orienta la DESTINACION DEL BIEN mueble o inmueble donde se realizan las conductas tocantes con la droga y que constituirían una forma de objeto material accesorio. Dicho de otro modo, en salvaguardia del principio de legalidad del delito y de las penas

sólo puede considerarse autor en el último caso a quien realiza la conducta consistente en DESTINAR bien mueble o inmueble para los fines indicados, como quien suministra un vehículo o una bodega a ese propósito. Si con el solo hecho de hacer tal destinación se incurre en ese punible, síguese consecuencialmente que si el agente al propio tiempo realiza otro de los comportamientos que tocan con la droga que produce dependencia, se estará ante un concurso de delitos por constituir acciones individualmente consideradas como punibles.

El numeral 2o. del artículo 71 de la Ley procedimental penal evidentemente fija la competencia en los Jueces Regionales para conocer de los procesos por los delitos previstos en el artículo 34 citado cuando se trate de laboratorios.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintinueve de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 134.

Vistos:

Decide la Corte, de plano, el incidente de colisión de competencias suscitado entre un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Leticia (Amazonas) dentro del proceso adelantado contra CARLOS JULIO GUZMAN por infracción a la Ley 30 de 1986.

Antecedentes inmediatos:

1. En operativo realizado por el Ejército Nacional el 28 de noviembre de 1991, a la altura del kilómetro 11 de la vía que de Leticia conduce a Tarapacá, aproximadamente tres horas de camino selva adentro, se encontraron elementos comúnmente utilizados para el procesamiento de cocaína (3 canecas, 3 galones de gasolina, 1 galón de éter, bagazo o pulpa

de hoja de coca) y fue sorprendido CARLOS JULIO GUZMAN cuando se acercaba al sitio, acompañado de dos sujetos que lograron huir, llevando consigo 17 kilos y 50 gramos de hojas de coca.

2. La apertura de la investigación estuvo a cargo del Juzgado 7o. de Instrucción Criminal de Leticia (Amazonas) (fl. 51) el cual, luego de escuchar en indagatoria al imputado, dispuso la remisión de la actuación a la entonces llamada jurisdicción de orden público, por considerar que se estaba frente a la incautación de un laboratorio para el procesamiento de cocaína (fl. 59), avocando su conocimiento el Juzgado de Instrucción de Orden Público (fl. 64), el cual resolvió la situación jurídica del acusado por auto de 19 de diciembre de 1991 dictando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por violación al artículo 32 de la Ley 30 de 1986 (fl. 67).

Tras la práctica de algunas pruebas y de la clausura de la investigación, el mérito del sumario fue calificado por la Unidad Especializada de la Fiscalía Regional por auto del 19 de abril de 1993, profiriendo en contra del incriminado resolución de acusación por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, en cuanto que, por instrucciones de otro, se daba a la tarea de elaborar alucinógenos. Dispuso, de otra parte, que como "...de autos se tiene que existen cargos serios que comprometen al señor GONZALO CAICEDO CHURTA, como principal autor del delito, ha sido señalado como dueño de cultivos, laboratorios, significando que se trata de una persona dedicada al narcotráfico en todas sus manifestaciones, por ello se dispone que se compulsen las copias respectivas de este proceso y se remitan para que se investigue por separado su conducta..." (fl. 224).

Rituado el juicio y llegado el momento de dictar fallo, el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá en providencia de 30 de septiembre del pasado año, se declaró incompetente para conocer de este asunto, por considerar que "...la materialidad para el presente caso se estableció en 17.5 kilos de hoja de coca, o sea 17.500 gramos, debemos remitirnos para la correspondiente conversión a lo señalado en el artículo 6o. del Decreto reglamentario No. 3788/86 el cual considera que por cada 200 gramos de hoja de coca se puede producir un gramo del estupefaciente,

lo que significa una eventual elaboración de ochenta y siete punto cinco (87.5) GRAMOS DE COCAINA, cantidad muy inferior de la contemplada en la norma que regula la competencia de los Juzgados Regionales..." (fl. 269). En consecuencia, dispuso la remisión del proceso al Juzgado Penal del Circuito de Leticia (Amazonas), reparto, proponiendo colisión de competencia negativa para el evento de que sus planteamientos no fueran aceptados.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Leticia (Amazonas), al cual correspondió por reparto el asunto aceptando implícitamente la competencia, declaró la nulidad de lo actuado a partir de la calificación del mérito sumarial y ordenó la remisión del proceso a la Unidad de Fiscalía de esa localidad (fl. 276), la que produjo nueva calificación en proveído calendado el dos de diciembre del pasado año (fl. 283), formulando resolución de acusación al procesado por violación al inciso 2o. del artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Ulteriormente, el nuevo titular del Juzgado 1o. Penal del Circuito de esa localidad en providencia del 30 de junio del presente año (fl. 332), por encontrar que el numeral 2o. del Art. 71 del C. de P.P. le asignaba la competencia a los Jueces Regionales para conocer de los delitos previstos en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986 cuando se trataba de laboratorios, considerando que este era el caso aquí tratado, no aceptó la competencia, anuló lo actuado y remitió la actuación a la Corte, la cual se abstuvo de decidir un incidente no trabado en legal forma. Devuelto, no corrigió su ligereza, no obstante la glosa de la Corte; se limitó en auto complementario (fl. 344) a remitir el proceso al Juez Regional de Santafé de Bogotá provocándole colisión de competencias.

Este último Juzgado sostuvo que no era de su conocimiento, agregando que se encontraba establecido que el laboratorio pertenecía a persona diferente al procesado, motivo por el cual "... mal podemos decir que CARLOS JULIO GUZMAN destinó algún bien para en él elaborar, almacenar, transportar, vender o usar drogas estupefacientes, y mucho menos autorizó o toleró tal destinación, cuando es sabido que sólo era un empleado a quien se le confió una labor, para cuya realización se le

entregaron unos elementos (bienes muebles o inmuebles) sobre los que no ostentaba dominio en orden a determinar su uso, sólo realizaba una gestión bajo subordinación de un patrono quizá por un salario como contraprestación. Tanto es así, que se relata como el "laboratorio" venía funcionando mucho antes de que en él comenzara a trabajar el procesado, luego de ninguna suerte es factible que fue él quien determinó el uso que a los bienes se dió..." (fl. 348).

De esa manera, el proceso se envió a esta Corporación para que dirimiera el conflicto.

Consideraciones de la Corte:

El disenso que se presenta entre los colisionantes para conocer de este proceso, radica en que mientras para el Juez Penal del Circuito la conducta que se reprocha se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986 y que por tratarse de laboratorio el conocimiento reside en el Juez Regional, éste sostiene que el tipo penal violado es el que contiene el artículo 33 de la misma Ley como lo dice el calificatorio, de competencia de aquel por virtud de la cantidad de la sustancia.

Las normas que han llevado a tales funcionarios a tener diferente parecer sobre un mismo aspecto fáctico, son del siguiente tenor, en lo pertinente:

"ART. 33. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país así, sea de tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, ELABORE, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y..."

"ART. 34. El que DESTINE ilícitamente, bien mueble, inmueble, para que en él se elabore, almacene, transporte, venda o use alguna de las drogas a que se refiere el artículo 32 y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años y...".

Los artículos transcritos, si bien se identifican porque constituyen tipos compuestos, también es cierto que conservan su autonomía propia porque mientras que el objeto material en el primero está referido a las conductas alternativas relacionadas con la "droga que produzca dependencia", en el segundo la acción la orienta la DESTINACION DEL BIEN mueble o inmueble donde se realizan las conductas tocantes con la droga y que constituirían una forma de objeto material accesorio. Dicho de otro modo, en salvaguarda del principio de legalidad del delito y de las penas sólo puede considerarse autor en el último caso a quien realiza la conducta consistente en DESTINAR bien mueble o inmueble para los fines indicados, como quien suministra un vehículo o una bodega a ese propósito. Si con el sólo hecho de hacer tal destinación se incurre en ese punible, síguese consecuencialmente que si el agente al propio tiempo realizá otro de los comportamientos que tocan con la droga que produce dependencia, se estará ante un concurso de delitos por constituir acciones individualmente consideradas como punibles.

El numeral 2o. del artículo 71 de la Ley procedimental penal evidentemente fija la competencia en los Jueces Regionales para conocer de los procesos por los delitos previstos en el artículo 34 citado cuando se trate de laboratorios y en el caso que se examina efectivamente se ha hecho referencia a la existencia de un incipiente laboratorio de procesamiento de cocaína. Sin embargo, dentro del proceso también se ha sostenido que la persona que ejercía dominio sobre laboratorios móviles en la región, incluido el de autos, era GONZALO CAICEDO CHURTA, y con relación a él se dispuso la compulsación de copias para que su conducta fuera investigada por separado.

Si esto es así, como en efecto lo es, y no pudiendo reprocharse al aquí procesado que destinó mueble o inmueble para funcionamiento de laboratorio alguno, pues su relación con él era de simple dependiente, su juzgamiento se sustrae a la competencia de los juzgados Regionales, ya que la conducta que se le incrimina, enmarcable dentro de las previsiones del artículo 33 transcrito, inciso 2o., es del resorte de los jueces Penales del Circuito, conforme a las reflexiones que se dejaron hechas y la calificación que en tal sentido emitió la Fiscalía correspondiente. Así se dirimirá el conflicto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación, de plano,

Resuelve:

Declarar competente para conocer de este proceso al Juzgado Primero Penal del Circuito de Leticia (Amazonas). Remítasele, en consecuencia, inmediatamente el proceso e infórmese con copia de este proveído al Juez Regional trabado en el conflicto que así queda definido.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

Al indicar el legislador bajo el numeral 2. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que en materia penal la casación procede "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación", parte ante todo del principio de que ésta pieza procesal se constituye en la base y fundamento sobre el cual ha de girar el debate de la causa y la defensa, pero a la vez consagra como garantía que por ningún motivo podrá llegar a ser absuelto o condenado el acusado, si no es por los mismos hechos y bajo la denominación que les fue dada al concretar ese pliego de acusatorio.

Lo anterior implica, de una parte, que la resolución acusatoria no pueda ser un pronunciamiento informal equívoco o anfibológico, debiendo guardar en sí la debida coherencia, como la necesidad de que en el fallo se resuelvan cada uno de los aspectos en que radica el fondo del asunto, sin desviación del derrotero que ha marcado el auto acusatorio.

2. Las circunstancias genéricas de agravación punitiva no demandan una inserción expresa como tales en el pliego acusatorio, pues por voluntad legal se trata de factores ha considerar tan solo en el momento y por el juez encargado de tasar la pena, siendo, por lo mismo, suficiente su enunciación meramente fáctica dentro de la resolución de acusación.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta de noviembre de mil novencientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado por Acta número 136.

Vistos:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSE GUSTAVO YARA SAMUDIO contra el fallo del Tribunal Superior de Cartagena, de fecha 31 de mayo de 1993, mediante el cual se revocó la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta al acusado, confirmando en lo demás la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés (Islas) que le condena a la pena principal de siete (7) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal, por los delitos de tráfico de estupefacientes y porte ilegal de armas.

Hechos y actuación procesal:

Unidades del Departamento Administrativo de Seguridad alertadas por información confidencial sobre un posible tráfico de armas entre unos ciudadanos nicaraguenses indocumentados y uno de los huéspedes del Hotel El Dorado de la Isla de San Andrés, practicaron el 29 de julio de 1988 el allanamiento y registro de la habitación No. 303 ocupada por el Sub-oficial de la Policía Nacional JOSE GUSTAVO YARA SAMUDIO y su esposa AURA CECILIA MUÑOZ DE YARA, incautando unmil doscientos cincuenta y ocho gramos (1.258 gms.) de cocaína, un fusil ametralladora Zastava con 67 cartuchos calibre 5.39 mm., una pistola Browing calibre 7.65 mm. sin salvoconducto, dos proveedores y 32 cartuchos para ésta.

Al día siguiente, con fundamento en el informe del Director Seccional del D.A.S., el Juez Segundo de Instrucción Criminal Radicado en esa ciudad ordenó la apertura de investigación, y tras oír en indagatoria a los implicados, les decretó medida de aseguramiento de detención preventiva, disponiendo en esa misma providencia la remisión del expediente al Juzgado Especializado de Cartagena.

Este último Despacho asumió el conocimiento del proceso, continuó la investigación hasta el proferimiento de citación para audiencia en contra de GUSTAVO YARA y reapertura de la investigación respecto de AURA CECILIA MUÑOZ DE YARA mediante providencia del 29 de mayo de 1990, terminando por remitir las diligencias al Juzgado Primero Penal del Circuito de la Isla (antes Promiscuo), al entrar en vigencia el Decreto 2790 de 1990.

Celebrada en éste último Despacho la diligencia de audiencia el 11 de diciembre de 1992, la sentencia se produjo el 3 de febrero del año siguiente en el sentido de condenar al acusado a la pena principal de siete años de prisión "y las accesorias contempladas en los numerales 3o. y 5o. del artículo 42 del Código Penal" por violación del estatuto de estupefacientes y porte ilegal de armas de defensa personal.

Impugnado el fallo por el procesado, correspondió al Tribunal Superior de Cartagena desatar la alzada mediante decisión de mayo 31 de 1993 que impartió confirmación parcial a la sentencia recurrida, revocando únicamente la pena accesoria de suspensión de la patria potestad.

Inconforme con esta última determinación, ha interpuesto el Defensor del acusado el recurso extraordinario de casación que ocupa la atención de la Sala.

La demanda:

Con apoyo en la causal segunda de casación consagrada en el artículo 220-2 del Código de Procedimiento Penal, formula el censor un solo cargo contra el fallo de segunda instancia, acusando la falta de consonancia entre esa decisión y el pliego acusatorio.

Para sustentación de su censura afirma primeramente que el auto de citación para audiencia se equipara a la resolución acusatoria, y que en él a su representado se le convocó por violación del artículo 33 de la ley 30

de 1986 en la modalidad de "conservar", y del Decreto 3664 del mismo año por porte de armas de fuego de defensa personal "sin salvoconducto", sin que aludiera a causal de agravación punitiva concurrentes con ninguna de esas dos conductas.

El Tribunal en la sentencia de segundo grado condena al procesado en la modalidad de "transporte" de narcóticos y "porte" de armas, conductas distinta de las señalada en la convocatoria, incurriendo con ello en "...una protuberante disparidad de criterios en cuanto a lo uno y lo otro, ya que la precisión en la formulación de cargos tiene que ver con varios de los principios fundamentales del proceso penal". Además, en la sentencia de primera instancia el Juzgado reconoció que solamente se había cometido un delito de porte ilegal de armas y municiones de defensa personal y por ese solo hecho debió expedirse una sanción única de un año de prisión.

Pero por otra parte, cuando el Tribunal ratificó la tasación de la pena que hizo el *a quo*, aceptó la agravación de la situación del procesado por considerar que concurría la causal prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, no contemplada en el auto de convocatoria a audiencia, de modo que al no partir del mínimo legal previsto para la dosificación punitiva (cuatro años y un año, respectivamente), sino de cinco por violación del Estatuto de Estupefacientes, más un año y medio en el porte de armas, se terminó por incrementar en dos años la pena impuesta al procesado.

Sin más comentarios se solicita a la Corte que entre a casar la sentencia y en su lugar profiera la que debe reemplazarla.

Concepto del Ministerio Público:

Para el Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal no hay lugar a discutir sobre la necesaria correspondencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, pues el Estado está en la obligación de darle a conocer al procesado el alcance de la imputación para que pueda ejercer su derecho a la defensa, debiendo cuidarse la sentencia de "guardar una perfecta correlación" con los cargos, lo que hace necesario que el pliego

enjuiciatorio los determine jurídica y fácticamente por los elementos que individualizan el hecho.

Base fundamental del derecho penal garantístico es la inescindible congruencia entre la acusación y la sentencia, y por ello, para cuando ésta falla, prevé la ley su remedio por la causal de casación que ha seleccionado el actor. Ocurre, sin embargo, que los postulados utilizados para su formulación en el caso propuesto desbordan el contenido y alcance que la doctrina y la jurisprudencia le han dado a dicho concepto.

Las sentencias de las instancias, que constituyen unidad jurídica, condenaron a YARA SAMUDIO por los delitos inequívocamente imputados en el calificatorio, porque así la alusión del *a-quo* esté referida a la totalidad de las conductas contempladas en los artículos 33 de la ley 30 de 1986 y 1o. del Decreto 3664 de 1986, no es válido el preproche si se tiene en cuenta que la especificación del hecho y de las pruebas demostrativas del mismo corresponden a las que sirvieron para concretar los cargos. Es más: los dos tipos penales son de conducta alternativa y el delito se consuma con la realización de cualquiera de las modalidades allí previstas.

Inocuo resulta, entonces, atacar el fallo por incongruencia entre el auto de citación a audiencia y la sentencia, argumentando que en el primero se mencionó el verbo rector "conservar", refiriéndose a la ilícita tenencia de cocaína, y que al momento de condenar se aludió la acción de "transportar o llevar consigo", cuando tan solo se trata de una imprecisión que en nada altera la adecuación típica al artículo 33 del citado Estatuto.

Idéntica afirmación se puede hacer respecto de la infracción al Decreto 3664 de 1986, añade, pues la censura denota la confusión del censor al considerar que la acusación por el porte de armas y municiones sin salvoconducto difiere de la condena por porte ilegal de armas y municiones, olvidando que la falta de permiso de la autoridad para la tenencia de tales elementos es precisamente lo que hace ilegal la conducta.

De otra parte, al mencionar el Juez del Circuito la totalidad de los verbos rectores del artículo 1o. del Decreto 3664, consideró las modalidades señaladas en la acusación, esto es la tenencia de un fusil marca Zastava y municiones, hallados en la habitación 303 del Hotel Dorado, y el porte de una pistola calibre 7.65, encontrada en poder del procesado.

Pero como el tema de la falta de claridad del auto acusatorio fue además motivo de análisis por el Tribunal, la Delegada transcribe esa respuesta del *ad-quem* donde se asegura que los cargos ofrecen nitidez al imputarse la conducta del tráfico ilegal de drogas independientemente del porte de armas de fuego y municiones, con clara referencia de su estructura fáctica, e individualizando en la segunda modalidad delictual las distintas clases de armas y municiones, de allí resulta el "que no sea admisible el cargo de nulidad que se hace por estos aspectos, máxime que... el impugnante ha podido controvertir ampliamente las referidas imputaciones..." .

Critica el Ministerio Público que pese a la especificidad de la causal seleccionada, el censor mezcle temas ajenos a ese ataque como cuando alude al monto de la pena y las normas y circunstancias que tuvo en cuenta el juzgador para fijarla, pretendiendo demostrar que la situación de YARA resultó agravada en la sentencia, cuando "la verdad es que el fenómeno concursal por el cual fue juzgado no resultaba desconocido para éste".

Recuerda, además, que los preceptos reguladores de la tasación de la pena solamente pueden tenerse en cuenta en la sentencia, así que el cuestionamiento por incremento con base en el agravante del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal tampoco tiene validez, como quiera que la posición mayoritaria de la Corte sobre este aspecto considera que "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, o de agravación o atenuación punitiva... no tienen porque ser relacionadas en el auto calificatorio, pues son de la discrecional apreciación del juez de derecho al momento de fallar".

La Delegada finaliza sugiriéndole a la Corte que se abstenga de casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la corte:

Al indicar el legislador bajo el numeral 2. del Artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que en materia penal la casación procede "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación", parte ante todo del principio de que ésta pieza procesal se constituye en la base y fundamento sobre el cual ha de girar el debate de la causa y la defensa, pero a la vez consagra como garantía que por ningún motivo podrá llegar a ser absuelto o condenado el acusado, si no es por los mismos hechos y bajo la denominación que les fue dada al concretar ese pliego acusatorio.

Lo anterior implica, de una parte, que la resolución acusatoria no pueda ser un pronunciamiento informal equívoco o anfibológico, debiendo guardar en sí la debida coherencia, como la necesidad de que en el fallo se resuelvan todos y cada uno de los aspectos en que radica el fondo del asunto, sin desviación del derrotero que ha marcado el auto acusatorio.

Para el caso que se analiza, conviene primeramente precisar que al redactar la convocatoria a audiencia, el Juzgado Especializado de Cartagena puso de presente el hecho que constituía la base de la imputación con todas sus circunstancias conocidas, y en particular al adecuarlo a las disposiciones que se estimaron transgredidas se le reconoció su relevancia punitiva tanto con la indicación de las disposiciones que se consideraban vulneradas (artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986), como al precisar la acción que se tenía demostrada, porque en uno y otro caso se trataba de infracciones de conducta compuesta alternativa.

Así se entiende que al referirse a la violación del Estatuto Nacional de Estupefacientes se hubiese indicado que la sustancia decomisada se halló en la habitación 303 del Hotel Dorado de San Andrés, ocupada por el acusado y su esposa; que de la prueba testimonial surgía en

contraposición a lo afirmado por el procesado que la caja conteniendo la sustancia había llegado allí como parte de su equipaje de viajero procedente de Bogotá por vía aérea, y por lo mismo, que su comportamiento encajaba en la conducta típica de "conservación" del fármaco.

Al aludir a la tenencia de las armas se sostuvo que el verbo puesto en acción por el procesado era portar, referido a armas de defensa personal, porque así se habían clasificado el fusil y la pistola hallados a YARA SAMUDIO. Sin embargo, a renglón seguido se especificó que el decomiso ocurrió cuando una de las armas se hallaba bajo el colchón en la habitación del retenido, y la segunda la detentaba con la excusa de hallarse autorizado para llevarla como miembro que era de la Policía Nacional, explicación que se le inadmitió porque esa vinculación oficial no le relevaba de obtener salvoconducto.

Al realizar el contraste que de esta pieza procesal invita la demanda frente a las sentencias de primera y de segunda instancia que por coincidir en el sentido del pronunciamiento integran unidad para su análisis, fácil se ve, muy al contrario de cuanto ha pretendido la defensa, que de ningún distanciamiento ni inconsonancia relevantes pueden acusarse éstas últimas piezas respecto de la primera, porque la denominación jurídica de la infracción continuó siendo la misma, los estatutos penales transgredidos idénticos, y las conductas sancionadas exactamente contenidas dentro del mismo artículo invocado en el pliego acusatorio, sin una variación que por mínima que fuese, hubiera podido dificultar la defensa o sorprender al acusado.

Cuando el Juzgado del Circuito Penal de San Andrés se refirió a los hechos, repitió que la conducta a valorar era la misma que había servido para la redacción del auto acusatorio. Y en cuanto a su valoración jurídica se dijo, que los unmil doscientos cincuenta y ocho gramos (1.258 gms) de cocaína que el acusado había transportado y llevaba consigo sin permiso de autoridad competente eran los que constituían la imputación, insistiendo en que para la imposición de la sanción era indiferente que se tratase de una cualquiera de las

acciones descritas en el precepto: introducir, sacar del país así fuese en tránsito, transportar, llevar consigo, almacenar, etc.

En el caso de las armas, sostuvo que en YARA SAMUDIO se acreditaba el porte de la pistola Browing que le fuera incautada, como también del fusil hallado en la habitación que ocupaba en el Hotel El Dorado, y que no tenía permiso de autoridad competente para el porte.

Cuando el Tribunal revisó por apelación esta providencia, su relación de hechos coincidió de nuevo íntegramente con aquellos que habían sido razón del enjuiciamiento, plasmando genéricamente que la acusación se había producido por "tráfico de estupefacientes" y "porte de armas de fuego y municiones sin salvoconducto", y para rebatir las alegaciones consignó los pormenores de las dos infracciones, reiterando que de la cocaína no podía menos de sostenerse que el acusado la había transportado desde su lugar de orígen, y que al momento del sorprendimiento y hallazgo en el Hotel, era todavía el responsable de la sustancia.

Sobre estos antecedentes rechazó precisamente el *ad-quem* las pretensiones defensivas que apuntaban a la invalidación de lo actuado por falta de claridad de la acusación, haciendo mérito de que la actividad compleja del acusado bien cabía dentro de una valoración de "tráfico" de estupefacientes, y que sin equívoco alguno que perturbara la labor de la defensa, también respecto de las armas se sabía con claridad que el cargo refería a la pistola y al fusil como a los cartuchos, hechos que se adecuaban al porte de armas de fuego y municiones.

Cierto es que al redactar la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, el Juzgado se limitó a condenar al acusado y señalar las penas que ya anunciaba la parte considerativa, sin indicar cual era el delito o delitos que suscitaban la sanción, pero este aspecto que tampoco corrigió el *ad-quem*, y ni siquiera es el motivo de la impugnación en casación, no impide conocer, dadas las especificaciones de la parte considerativa, que se fallaba la controversia atinente con los dos delitos consignados en la resolución de acusación, y por ellos procedía la condena.

Será, entonces, admitido, que las sentencias de primero y de segundo grado no fueron como hubiera sido preferible un ejemplo de técnica y de claridad respecto de los cargos. Pero ello no implica ni la existencia de contradicción alguna entre sus consideraciones y decisión, y las imputaciones contenidas en el pliego de cargos, como tampoco una alteración, o variación de la acusación, con menoscabo para el derecho de defensa.

Desde el pliego acusatorio se había sostenido que el comportamiento recriminable al acusado consistía en haber llevado hasta San Andrés la caja que contenía el estupefaciente, y conservarla consigo como pasajero del Hotel. Luego, si en la resolución de acusación se terminó concretando apenas la conservación de la sustancia, en tanto que la sentencia adicionó el transporte, ello no significa que el cargo se haya alterado, ni mucho menos agravado para redundar en una adición de pena, porque la comprensión de todo ese actuar complejo provenía ya del auto de citación a audiencia, y la especificidad de una cualquiera de las conductas típicas alternativas bastaba por sí sola para irrogar la sanción que viniera a corresponderle.

Por otro aspecto, cuando se ocupó el Juzgado de la graduación de la sanción adujo que el no partir del mínimo era resultado de la gravedad y modalidad del ilícito, la personalidad del acusado y las circunstancias de agravación genéricas, explicando que esos factores se referían a la vinculación de YARA SAMUDIO como Sargento Segundo de la Policía, porque al ejecutar el hecho contradecía específicos deberes oficiales que le imponían perseguir funcionalmente esa clase de conductas que personalmente realizaba, y el mayor escándalo que gesta un delito cometido por aquellos a quienes se les exige mas alto grado de pulcritud. Con ello queda descontado que en la tasación mayor hubiese incidido la referencia a la actividad de "transportar", no precisada nominativamente en el auto acusatorio.

En suma, la alusión al "transporte" no desnaturalizó el cargo de "conservación" indicado en la acusación e insistido en la sentencia respecto de las pertenencias que llevaba consigo un huésped transitorio de hotel, y que solo bastaba para apoyar el fallo de condena.

Otro tanto se presenta en relación con la infracción al artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, porque ninguna variación sustancial se muestra entre la redacción de la acusación y la sentencia, cuando en una y otra pieza procesales se indica que el reproche y la sanción hacen referencia al porte de armas de fuego y municiones de defensa personal, resultando enteramente irrelevante que en la decisión del Juzgado Especializado se haya dicho que se trató de una tenencia cumplida "sin salvoconducto", y en las sentencias se haya afirmado que era porte sin permiso de "autoridad competente", porque el término salvoconducto se refiere precisamente a la licencia que conceden las autoridades para el porte de armas, situación de análisis y consecuencias comunes frente al precepto único sobre el cual recaen la acusación, el esfuerzo defensivo y la sentencia.

Que los cargos precisados en los fallos fueron, por los demás, el objeto de la acusación, del debate y la defensa lo confirma la sola vista de la diligencia de audiencia donde el representante del acusado abordó el tema del transporte de la caja contentiva de la sustancia estupefaciente, solo que para proponer que el acusado ignoraba de qué se trataba la encomienda en esa forma recibida y hallada en su habitación del hotel, lo mismo que el de la incautación de las armas y su atribución de porte y tenencia en cabeza del acusado, insistiendo en que la pistola había sido adquirida legalmente en la Industria Militar, y el Fusil colocado sin el conocimiento del procesado en su habitación de huésped.

Ninguna discordancia asoma, por lo visto, entre la acusación y la sentencia, ni distorsión que hubiese afectado las posibilidades defensivas de YARA SAMUDIO, presupuestos que necesariamente llevan a coincidir con la estimación del Ministerio Público en el sentido de que el cargo formulado no puede prosperar.

Como en la demanda se hace una referencia adicional a la agravación específica de la sentencia bajo la cual se vino a tasar la pena con inclusión de la agravante del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal relacionado con la posición o cargo ocupado por el acusado en su entorno social y el nexo de esa circunstancia en relación

con la entidad de la conducta perseguida, es de aclarar que el censor no impugna por inexistentes las circunstancias bajo las cuales se considera aplicable el incremento, sino su omitida anotación en la providencia que convocó a audiencia, reparo sobre el cual merece recordar que de conformidad con el criterio reiterado y mayoritario de la Sala, las circunstancias genéricas de agravación punitiva, cual es el caso de la discutida, no demandan una inserción expresa como tales en el pliego acusatorio, pues por voluntad legal se trata de factores a considerar tan solo en el momento y por el juez encargado de tasar la pena, siendo, por lo mismo, suficiente su enunciación meramente fáctica dentro de la resolución de acusación.

Como ya se ha advertido, al redactar la citación a audiencia el Juzgado Especializado puso de relieve que el sujeto agente de las dos infracciones endilgadas hacía parte de la nómina de la Policía Nacional como Sargento Segundo, circunstancia que le valió inclusive como excusa para pretender que se le exonerara por el porte de la pistola decomisada en su poder, de modo que se trataba de un hecho-circunstancia suficientemente conocido, y sobre el cual quedó con amplitud la posibilidad de debatirlo, lo mismo que de cobrarle las consecuencias punitivas que de él derivaran.

Al proceder así en las instancias, los juzgadores atendieron la competencia que les adjudicaban los artículos 61 y 66 del Código Penal, sin que por ello se vislumbre la irregularidad que se acusa, ni pueda el cargo en este nuevo aspecto prosperar, mucho menos si en él se perciben las deficiencias técnicas que en su momento detectó la Procuraduría Delegada, relacionadas con la errada selección de la causal segunda de casación.

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, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., salvo parcialmente mi voto.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

1. Continúo persistiendo en la idea –asaz conocida de la Sala– de que las circunstancias genéricas de agravación punitiva deben plasmarse dentro del contenido de la resolución acusatoria y no en la sentencia so capa de quebrantar el derecho de defensa. Puesto que ello está bastantemente elucidado –al menos para mí– no tengo para qué insistir más en mi punto de vista.

2. No es con mucho afortunada la concepción que el Juzgado Penal del Circuito de San Andrés tiene acerca del tipo complejo alternativo que pergeña el artículo 33 de la Ley 30 de 1986. El principio de tipicidad relieva la individualización exacta y concreta de la acción dentro del verbo rector al cual accede naturalística y legalmente. No es juicioso sostener, por tanto, que resulta indiferente la modalidad del actuar punible para que el comportamiento se insuma genéricamente dentro del artículo en comento. El fenómeno de la tentativa –para mencionar simplemente una de las inexactitudes de tal juicio– en este arquetipo de conductas se convirtió en una entelequia o en una simple ficción cuyos preceptos y principios no superarían la condición de sus teóricos enunciados, lo que nos parece, desafortunadísimo.

3. Me he esforzado en cuanto he escrito sobre el tema en demostrar la sinrazón de tal planteamiento. Sin asombro sigo advirtiendo el antitécnico enfoque que se hace por parte de algún sector de la Judicatura en redor de este asunto. Largamente me he pronunciado sobre el particular en los estadios doctrinal y jurisprudencial y repetir o duplicar mis ideas relativamente sencillas se me antoja una labor poco creadora a más de fastidiosa. Siguen al

alcance de todos y de cualquiera. Pero como están las cosas tendré que pensar en algo nuevo para reforzar mis impaciencias.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado.

PECULADO / CONGRESISTA

En tanto no se modifique la regulación de la franquicia postal prevista en el Decreto 0258 de 1958, tampoco un reparo de tal índole (denuncia penal) resulta acogible, dada la ausencia de limitantes o condiciones para su ejercicio.

Frente al propósito de la ley 58 de 1985 encaminado a concederles iguales beneficios a todos los candidatos aspirantes al favor del voto popular, los principios de moralidad, equidad, transparencia e imparcialidad en que se basa ese ordenamiento quebrarían al permitir que durante etapas preelectorales, los congresistas-candidatos tuviesen con su franquicia parlamentaria una ventaja en el empleo gratuito de los correos para divulgación de su aspiración, desdibujando la finalidad buscada por la ley electoral, que según lo señaló la Cámara de Representantes en la ponencia para primer debate, tenía inspiración el "...logro de bases igualitarias para todos los partidos y grupos", eliminando "privilegios, que por odiosos e injustos atentan contra la libre competencia democrática y tuercen la libertad popular...".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre treinta de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 136.

Vistos:

Decide la Sala si los resultados de la presente averiguación preliminar conducen a la apertura de instrucción penal en contra del aforado EFRAIN CEPEDA SARAVIA, según queja del ciudadano Víctor Julio González dirigida a la Presidencia de la Sala de Casación Penal.

Antecedentes:

1. Dice el enterante señor González, que haciendo eco a una información aparecida en la prensa nacional y relacionada con el posible abuso de los servicios postales cometido por algunos congresistas, ha optado por comunicarlo a la Sala, pues a su juicio bien podría configurarse una violación al artículo 133 del Código Penal, ya que entrevé la utilización del patrimonio oficial en gastos de índole netamente personal, hecho que espera sea investigado por parte de la Corte.

2. Comprendidos dentro de la queja un número plural de senadores y representantes, la Presidencia de la Sala sometió a reparto separado lo atinente con cada uno de ellos, correspondiendo bajo esta cuerda conocer sobre los hechos imputados al parlamentario doctor EFRAIN CEPEDA SARAVIA.

Sobre el particular se cuenta con una copia informal de un recorte del diario "El Tiempo", de fecha marzo 9 de 1994 que críticamente se refiere al "aprovechamiento" de la franquicia postal por algunos congresistas para "hacer política", hecho que sucedido entre los meses de diciembre de 1993 y febrero de 1994.

La vinculación oficial del doctor CEPEDA SARAVIA como Senador de la República quedó establecida mediante certificación expedida por la Secretaría de esa Cámara Legislativa, dentro de la cual se afirma que el aforado resultó elegido por la circunscripción nacional para el período constitucional comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994. La información se adicionó mas adelante para advertir que el imputado integró como miembro de la Comisión Constitucional Permanente de esa corporación.

3. Con el fin de verificar la utilización que el congresista doctor CEPEDA hiciera de la franquicia postal durante el tiempo al cual remite la denuncia, aparecen allegadas a éstas diligencias copias de las relaciones de despachos postales del Senado números 3567 del 20 de diciembre de 1993, 3568 y 3569 de diciembre 21, 3571 del 22 de diciembre, 3575 del día siguiente y 3196 de fecha febrero 9 de 1993 (*sic*), totalizando unmil

ciento trece (1113) cartas y ciento cuatro (104) manilas, por un valor totala aproximado a los trescientos treinta y seis mil pesos.

Sobre estos envíos clarifica la Administración Postal que la franquicia de los miembros del Congreso no tiene limitación alguna relacionada con peso, cantidades, dimensiones ni condiciones de empaque, diferentes de las genéricas establecidas mediante Decreto 1418 de 1945 para toda clase de envíos postales, ratificando que en este caso los despachos son impuestos a sus Oficinas por el Grupo de Correspondencia de cada una de las cámaras, y por lo mismo difieren de la franquicia electoral, que para los comicios realizados el 13 de marzo último se reguló internamente mediante la Circular 03 de enero 18 de 1994 emanada del Subgerente de Operaciones de la Administración Postal.

Consideraciones de la sala:

1. Como los hechos denunciados apuntan a un posible abuso de sus prerrogativas y funciones por parte del Senador Doctor EFRAIN CEPEDA SARAVIA, cuya vinculación oficial como congresista quedó debidamente acreditada, no cabe duda sobre la competencia de la Sala para resolver sobre posible apertura de instrucción penal, dada la competencia que sobre el particular le ha conferido el artículo 235 de la Constitución Política.

2. Hecha la anterior aclaración, conviene recordar que mediante Decreto 285 de 1958 se concedió a las Cámaras Legislativas una franquicia postal beneficiando su "correspondencia oficial", imposición supeditada al único requisito de su presentación a los correos acompañada de una relación firmada por el Presidente y el Secretario de la respectiva Corporación. El mencionado Decreto hizo extensiva desde entonces a los Senadores y Representantes en ejercicio el mismo privilegio, limitándolo a los despachos con destino al interior de la República, y previniendo como única exigencia la de estampar en el reverso del envío la firma autógrafa del parlamentario que remite, y que la entrega se incluya dentro de la Relación de correspondencia de la respectiva Cámara.

Ninguna otra exigencia o requisito ni limitación se ha previsto hasta ahora para la utilización de estas imposiciones, sea que ellas se refieran al número de los envíos, su forma, peso o valor, según emerge del precepto que se analiza como de la certificación que en fecha reciente expide la Administración Postal, quedando en tal sentido sometidos los despachos a las solas condiciones generales operantes que para toda clase de correspondencia recibida en los correos fija el Decreto 1418 de 1945.

3. Si la regulación normativa que corresponde al caso es la que acaba de indicarse, tendrá que concluir la Sala primeramente en que los despachos realizados por el doctor CEPEDA SARAVIA, insertos en las relaciones de correspondencia del Senado de la República correspondían a la utilización de su derecho a franquicia postal como congresista y que además ninguna irregularidad penal puede ahora deducirse al denunciado, porque acreditada como ha sido su calidad de senador activo, la conducta denunciada quedó indudablemente comprendida por las concesiones normativas que benefician el desempeño de sus funciones, lo que hace notoriamente atípico su ejercicio, como en tal sentido habrá de declararse.

No enerva esta conclusión el hecho de que al momento de remitir los despachos por correo, el Congreso tuviese suspendidas sus sesiones, porque hallándose el aforado todavía dentro del período constitucional para el cual fuera elegido, fácil resulta entender su vinculación activa con el cargo, siendo de recibo el ejercicio de actividades encaminadas a la preparación de debates, proyectos de ley, de acto legislativo, y demás actividades propias de su cargo, dentro de la amplia gama de funciones que comprende el artículo 6o. de la ley 5a. de 1992.

4. Como se insinúa que el empleo de la franquicia postal durante un período preelectoral como lo era el comprendido entre los meses de diciembre de 1993 y marzo de 1994 podría implicar su aplicación para beneficio de la propia campaña de parlamentarios inscritos como candidatos, no sobra advertir que pese al interés de su reclamo, ninguna proyección penal podría darse a esa conducta, porque de una parte el inciso segundo del artículo 158 del Código Penal excluía del delito de

intervención en política a los miembros de las corporaciones públicas (disposición cuyo inciso primero declaró inexequible la Corte Constitucional en fallo 454 de octubre 13 de 1993), pero además, porque en tanto no se modifique la regulación de la franquicia postal prevista en el Decreto 0258 de 1958, tampoco un reparo de tal índole resulta acogible, dada la ausencia de limitantes o condiciones para su ejercicio.

La inquietud que sin embargo queda, se relaciona con la franquicia electoral y otras formas de financiamiento estatal de las campañas para las elecciones populares, porque frente al propósito de la ley 58 de 1985 encaminado a concederle iguales beneficios a todos los candidatos aspirantes al favor del voto popular, los principios de moralidad, equidad, transparencia e imparcialidad en que se basa ese ordenamiento quebrarían al permitir que durante etapas preelectorales, los congresistas-candidatos tuviesen con su franquicia parlamentaria una ventaja en el empleo gratuito de los correos para divulgación de su aspiración, desdibujando la finalidad buscada por la ley electoral, que según lo señaló la Cámara de Representantes en la ponencia para primer debate, tenía inspiración en el "...logro de bases igualitarias para todos los partidos y grupos", eliminando "privilegios, que por odiosos e injustos atentan contra la libre competencia democrática y tuercen la voluntad popular...".

Con todo, y como queda dicho, si al cotejar la conducta denunciada con las disposiciones que la rigen, la conclusión que emerge es la de su atipicidad, no otra decisión de fondo asoma diferente de la inhibición de apertura sumarial, sentido en el cual se ha de pronunciar la Sala con fundamento en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

Primero: Inhibir la apertura de instrucción penal en contra del aforado doctor EFRAIN CEPEDA SARAVIA, frente a los hechos analizados en la parte considerativa, y

Segundo: Disponer que una vez en firme esta providencia, se archive el respectivo expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

CULPA / CONTRAVENCION

Debe de entenderse que no por calificarse una forma viciosa de conducción de un vehículo como contravención, ya por ello se le despoja del elemento riesgoso a la culpa que ella comporta en la estimación de lo sucedido. Así, por ejemplo, no es lo mismo que las placas de un vehículo impidan distinguir sus números o letras con facilidad y precisión, porque este apartamiento de reglas que le obligan a comportamiento distinto no cabe estimarlo como propio a un devenir culposo en el cual la integridad física o la vida sufran menoscabo o pérdida. Y otro tanto se podría decir del tardío pago de impuestos o del deterioro de la calcomanía que atestigua su cumplimiento. Pero muy distinto es que se lleven las llantas lisas y el suceso se presente en terreno resbaladizo (lluvia, lodo etc.) y se pregone que no hubo, al momento de una colisión o de un volcamiento, la suficiente adherencia al terreno para aminorar su marcha; y, otro tanto cabe comentar cuando las luces son defectuosas y el hecho se presenta de noche, al punto que una dificultada velocidad posibilitó el suceso; o que a la probabilidad de maniobras inesperadas o riesgosas por deficiencia de los frenos, seguramente están más expuestos los que viajan en la parte descubierta de la carrocería, que en el interior de ésta y gozando de sillas bien ajustadas, con cinturones etc.. Esos factores contravencionales muestran su intenso papel de elemento contribuyente en el evento dañoso y en la culpa, si de los mismos se puede predicar un conocimiento en el procesado, quien ajeno a todo ello afrontó una conducción en estas circunstancias.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Carlos E. Mejía.*

Aprobado Acta número 132 del 24 de noviembre de 1994.

Vistos:

Se ha recurrido en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibague (julio 15/93), en contra de LUIS ALFONSO ARBOLEDA HERRERA, por la comisión de los delitos culposos de "homicidio y lesiones personales".

El recurso y la demanda correspondiente se admitieron oportunamente, debiéndose anotar como fecha de aceptación de la última, el treinta de noviembre del año próximo pasado.

Hechos:

LUIS ALFONSO ARBOLEDA HERRERA, a diario manejaba un camión tipo estaca de su propiedad entre las poblaciones de Murillo y El Líbano, transportando leche, productos agrícolas y pasajeros. El 29 de agosto de mil novecientos noventa, en horas de la madrugada, realizaba dicho trabajo, aunque conviene advertir que no estaba facultado, por las características del vehículo, para movilizar pasajeros. Pues bien, ese día y a esa hora el automotor de marras, que estaba en condiciones de deterioro, principalmente en su sistema de frenos, terminó por no responder al conductor y al ganar velocidad en un descenso e impidiéndose todo su control, se volcó con las lamentables consecuencias de resultar muerta la menor Mery Sierra Lucas y heridos, los señores Arnulfo Buitrago y José Humberto Romero Torres.

Trámite:

Del siguiente modo lo enuncia el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"La investigación fue iniciada por el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal radicado en el Líbano, que escuchó en indagatoria a LUIS ALFONSO ARBOLEDA HERRERA y en declaración a los lesionados Luz Nidia Castiblanco Bermúdez, Arnulfo Arias Buitrago y Humberto Romero Torres, últimos estos que se hicieron acreedores a incapacidad definitiva de 15 y 20 días respectivamente, según reconocimientos que obran a folios 37 y 38 del cuaderno original.

"Practicadas numerosas diligencias, entre ellas las inspecciones judiciales practicadas al vehículo de placas JS 5507, tipo estaca, marca Ford y dictamen pericial de algunas piezas pertenecientes al mismo, procedente del Instituto de Medicina Legal –Sección Física Química– se declaró cerrada la investigación el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

"El mérito del sumario se calificó el diez de enero de mil novecientos noventa y dos con resolución acusatoria en contra de LUIS ALFONSO ARBOLEDA HERRERA como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales en las personas de Mery Sierra Lucas (occisa), Arnulfo Arias Buitrago y José Humberto Romero Torres (Lesionados). Allí mismo se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva al procesado con derecho al beneficio de libertad provisional, entre otras decisiones.

"Abierta la etapa probatoria de la causa, el Juzgado Primero Penal del Circuito escuchó en declaración al señor Hector Hugo Castiblanco, y clausurada esta, celebrado diligencia de audiencia pública de la cual dictó el fallo de primer grado con los resultados ya conocidos.

"Apelado el fallo, al desatarse el recurso, concluyó con la confirmación parcial de la condena, en sentencia que ahora es motivo de este extraordinario recurso".

Debe aclarar la Sala que las lesiones sufridas por Arias y Romero dejaron secuelas, de manera que en lo que a ellas respecta no se presentan dudas sobre la competencia de los falladores.

Demanda:

Se cuestiona la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hechos surgidos por interpretación equivocada de las pruebas allegadas al proceso.

A este efecto, anunciándose el falso juicio de existencia incidente en varias pruebas, termina por no hacerse señalamiento preciso de estas ni confrontarlas de manera adecuada con el reconocimiento probatorio

expresado en el fallo que se acusa. En esta empresa a lo sumo se refiere al acta de defunción y al cambio de criterio exhibido por el instructor pues en un principio se afirmó la ausencia de actividad culposa en el procesado, sobre la base de comprobaciones "serias y contundentes", para finalmente tomarse apreciación distinta y emitir una resolución acusatoria.

El demandante no deja de destacar cuán lejos está su representado de un comportamiento reprochable en la conducción de su automotor, pues partiendo de la idoneidad para cumplir esa labor (recorría, al día, unos cien kilómetros) termina por señalar que el aparato solía cuidarse en forma conveniente, revisión mecánica que incluso se hacía a diario. La falla surgida de manera inesperada no podía ser conocida ni por personas de especiales conocimientos (un mecánico) ni por una que solo se ocupase del manejo del vehículo. Sobre este particular se refiere a las testificaciones de Arnulfo Arias, Humberto Romero, Santiago Solano, Pablo Emilio Sarmiento y la propia indagatoria del sentenciado. No se da, ni por asomo, un aspecto de imprudencia, negligencia, descuido, impericia y menos deficiencias técnico mecánicas en el automotor. Todo fue imprevisible ocurrencia, sobre la cual ARBOLEDA HERRERA no pudo aportar esfuerzos para superar esta verdadera y fatal emergencia.

Para demostrar la verdad de sus afirmaciones anota que la rotura de la campana (la causa definitiva del descontrol del aparato), es suceso singular, insólito, que no constituye normal factor de desastres automoviliarios, y esto resulta tan veraz que en el caso analizado, nadie puede señalar el momento en que ello ocurrió, máxime cuando el mecánico Pablo Emilio Sarmiento afirma que las mismas estaban desgastadas pero a mitad de servicio, quedándoles "mucha vida útil". El acaecer parecía, entonces, como inusitado, no pudiéndosele imputar una obligación de afrontamiento y reparación pues el desperfecto no exigía inmediata y total correción.

Otro aspecto (el llevar pasajeros en la carrocería) apenas constituye una contravención (D.1344/70, art. 216, Ley 33/86, art. 76), que no puede arbitrarse en la forma como lo ha cumplido el Tribunal, para deducir una conducta reprochable a título de culpa.

Consideraciones de la Corte y la delegada:

Está en lo cierto el colaborador el Ministerio Público cuando denuncia la falta de técnica en al alegación, específicamente cuando invocándose un error de hecho por falso juicio de identidad se descuida el asunto en forma tal que la censura se desarrolla, en el fondo, como una falso juicio de convicción. Si se pretendía un error de hecho por falso juicio de identidad o de existencia "era menester concretar la prueba o pruebas tergiversadas u omitidas; además, en tratándose de lo primero, confrontar el contenido de la prueba tenida por tergiversada y la apreciación que de la misma hizo el Juzgador para comprobar así la supuesta desfiguración; en cuanto a lo segundo, necesarios era señalar cómo la prueba omitida incidió en al decisión proferida". Nada de esto satisfizo.

La crítica dirigida a desvirtuar todo aquello en lo cual creyó el Tribunal, no pasa de ser aventurada tesis, personal modo de pensar y de mirar las probanzas, observando tan solo aquello que pueda sacar avante lo que se ha pretendido demostrar. En definitiva un juicio muy subjetivo que lejos de convencer muestra de inmediato su sinrazón. Se trata, como constantemente lo señala la jurisprudencia, de un juego de opiniones que traducen una discrepancia conceptual, situación en la cual tiene que mirarse como de mejor factura, la evaluación del Tribunal, pues sus juicios lógicos, a más de haber sido verdaderos, acodados totalmente a la realidad procesal, se muestran tutelados por la doble presunción de acierto y legalidad y como tal deben mantenerse y acatarse.

Pero centrándose la cuestión en lo que debe ser, aún en el plano en que lo ha colocado el censor, debe decirse que éste imagina situaciones y se olvida de otras de impresionante importancia. La Delegada tiene ocasión de citar dos trascendentales apartes del fallo, suficientes para imponer una decisión como la que se tomara y que hoy da lugar a este recurso de casación. Esos fundamentales segmentos son del siguiente tenor:

"La culpa se presenta por negligencia, imprudencia o impericia. Se incluye por doctrinantes el desobedecimiento por reglamentos pero éstos advierten las precauciones que deben tomarse para que determinada actividad no produzca un resultado lamentable, así su desconocimiento

integra la impericia y su desacato la negligencia o la imprudencia"... A la anterior causa se agrega otra que conlleva culpa, porque LUIS ALFONSO ARBOLEDA no sólo es responsable por llevar pasajeros en la carrocería, sino porque realmente el automotor no estaba en buenas condiciones para el servicio, a pesar de declarar lo contrario su mecánico de confianza, cuyo testimonio poca credibilidad merece frente al dictamen de Medicina Legal en el que se da cuenta del desgaste de la campana y sobre todo que tal campana no era o no fue diseñada para el carro Ford blanco manejado por ARBOLEDA, hecho del que éste era conocedor, adaptaciones que de por sí causan descompensaciones en el sistema de frenos, que a su vez son causa de fallas en el mismo, de donde se sigue que aun cuando todos los días el mecánico mirara el vehículo, cuestión que seguramente no corresponde a la realidad, el automotor no estaba en condiciones de prestar un servicio sin que ofreciera un peligro".

Debe entenderse que no por calificarse una forma viciosa de conducción de un vehículo como contravención, ya por ello se le despoja del elemento riesgoso a la culpa que ella comporta en la estimación de lo sucedido. Así, por ejemplo, no es lo mismo que las placas de un vehículo impidan distinguir sus números o letras con facilidad y precisión, porque este apartamiento de reglas que le obligan a comportamiento distinto no cabe estimarlo como propio a un devenir culposo en el cual la integridad física o la vida sufran menoscabo o pérdida. Y otro tanto se podría decir del tardío pago de impuestos o del deterioro de la calcomanía que atestigua su cumplimiento. Pero muy distinto es que se lleven las llantas lisas y el suceso se presente en terreno resbaladizo (lluvia, lodo, etc.) y se pregone que no hubo, al momento de una colisión o de una volcamiento, la suficiente adherencia al terreno para aminorar su marcha; y, otro tanto cabe comentar cuando las luces son defectuosas y el hecho se presenta de noche, al punto que una dificultada visibilidad posibilitó el suceso; o, como en el caso examinado que la probabilidad de maniobras inesperadas o riesgosas por deficiencia de los frenos, seguramente están más expuestos los que viajan en la parte descubierta de la carrocería, que en el interior de ésta y gozando de sillas bien ajustadas, con cinturones, etc.. Estos factores contravencionales muestran su intenso papel de elemento contribuyente en el evento dañoso y en la culpa, si de los mismos se puede

predicar un conocimiento en el procesado, quien ajeno a todo ello afrontó una conducción en estas circunstancias.

En cuanto a lo relacionado con la extrema y manifiesta defectuosidad del estado de las campanas de las ruedas, en donde debían ejercerse los efectos de la frenada, la Delegada tiene ocasión de pasar revista a la certidumbre que al respecto arroja el proceso, tan alejada de la posición del sentenciado y de las argumentaciones elaboradas en la demanda con ligereza. El colaborador anota con seguridad y acierto: Señalar que el procesado "no obró ni con imprudencia ni con impericia, resulta también desatinado. Basta para ello remitirnos a la prueba testimonial, según la cual el sentenciado conocía el estado de las campanas de su vehículo, pues su mecánico Emilio Sarmiento Arenas le había recomendado el cambio y el imputado ya las había encargado.

"De otro lado, el dictamen de Medicina legal, que no apreció el impugnante, es también elemento de juicio que tuvo en cuenta el Tribunal para demostrar el actuar culposo del sentenciado, como quiera que se pone de presente el estado de la campana delantera derecha que al romperse produjo el accidente, debido a que ya había sobrepasado el límite de su uso, (tenía 1/8 de pulgada de espesor, apenas) aparte de que no era la original del automotor, con lo que mal se puede predicar que su representado tomó las medidas necesarias para mantenerlo en buen estado"... Recuérdese, en este punto, que el dictamen del Instituto de Medicina Legal sobre el estado de la campana, que al romperse determinó la falla del vehículo, según el cual dicha pieza no tenía más que 1/8 de pulgada de espesor cuando debía tener, al menos, 1/4 de pulgada. Esta prueba, que fue considerada por el sentenciador, indica que el acusado, en caso de actuar prudentemente, ha debido abstenerse de operar su automotor hasta tanto se realizara el reemplazo de la campana que se sabía defectuosa para una cabal operación.

"Unido a ello, se tiene que el Tribunal asumió como no digna de credibilidad tanto la versión diaria del automotor, aceptando, sin embargo, que el señor ARBOLEDA HERRERA conocía la necesidad de cambiar la pieza a que venimos haciendo referencia, pues por recomendación del técnico ya se había pensado en su cambio y se había dispuesto lo necesario para su adquisición, o cuando menos se había pensado en ello".

Todo lo anterior indica que las someras referencias de la demanda y su notorio apartamiento de lo comprobado, fielmente interpretado por el Tribunal, lleva a la desestimación del cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida, ya anotada en su origen, fecha y alcance.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Paez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M..

Carlos A. Gordillo Lombana. Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / CONFESION / FLAGRANCIA / REBAJA DE PENA

La violación de la ley sustancial puede presentarse por vía directa, caso en el cual se produce sin consideraciones intermedias entre el raciocinio del juez y la norma indebida bien sea porque fue dejada de aplicar, o porque se aplicó de manera indebida, o porque habiéndose aplicado la correcta fue interpretada erróneamente. En este evento se deben aceptar los hechos y las pruebas tal como las plasmó el Tribunal, toda vez que el yerro recae exclusivamente sobre la norma.

Para que la no aplicación de la rebaja de la pena por confesión se pueda atacar por violación directa, es necesario que en la sentencia se haya reconocido que existió confesión desde la primera versión que las circunstancias que rodearon la captura no son constitutivas de flagrancia, y que dicha confesión sea tenida en cuenta como fundamento de la decisión, de manera que el error del fallador se limite a la falta de aplicación del artículo 299 del estatuto procesal.

De acuerdo con el artículo 299 del Código de Procesamiento Penal la rebaja de pena no es procedente en casos de flagrancia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., diciembre primero de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 137.

Vistos:

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda de casación presentada por el defensor de OSCAR FERNANDO MAYA DIAZ, contra

la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el juzgado Setenta Penal del Circuito de esta ciudad, en la cual condenó al procesado como autor de dos homicidios culposos en concurso, imponiéndole una pena de cuarenta (40) meses de prisión y la multa de cinco mil pesos, así como interdicción de derechos y funcional públicas y suspensión en la conducción de vehículos por un lapso igual pero modificándola en el sentido de abstenerse de condenar al pago en concreto por los daños y perjuicios de orden material.

I. Hechos y actuación procesal:

Tuvieron ocurrencia en Santafé de Bogotá, el 23 de enero de 1991, siendo aproximadamente las ocho y treinta de la noche, cuando a la altura de la calle 63 con avenida 37, en dirección norte-sur, los vehículos de placas OAO 329, GBJ 577 y SD 6296, estaban esperando a que el semáforo pasara de rojo a verde para continuar su marcha, siendo embestidos por una camioneta Mazda de color verde de placas JV 9817, conducida por Oscar Fernando Maya, quien se encontraba en avanzado estado de embriaguez. Como consecuencia del impacto se produjo una colisión múltiple entre los cuatro vehículos, que generó que se incendiara el Taxi de placas SD 6296, en el que se transportaba el señor Néstor Joaquín Rico, su sobrina GLADYS LEON RICO y los menores MARCO ANTONIO y Guadalupe Malpico, produciéndose la muerte por incineramiento de la señora Gladys –quien tenía cinco meses de embarazo– y del niño Marco Antonio.

Iniciada la investigación, el Juzgado ochenta y cuatro de Instrucción Criminal, vinculó mediante indagatoria a OSCAR FERNANDO MAYA DIAZ, José Miguel Ochoa Vargas, Rodrigo Arbid López Duarte y Luis Fernando Sabogal Hernández, a quienes les definió la situación jurídica decretando medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del primero de los mencionados y absteniéndose de hacerlo en contra de los otros implicados.

Cerrada la investigación penal, se calificó el mérito del sumario con Resolución de Acusación en contra del señor MAYA DIAZ y con cesación

de procedimiento en favor de Ochoa Vargas, López Duarte y Sabogal Hernández.

Recurrida esta decisión por la defensa, el funcionario instructor repuso la providencia calificatoria, decretando una reapertura de la investigación por el término de tres meses. Vencido este período, y una vez cerrada la instrucción se calificó el sumario con resolución de acusación.

Al Juzgado Setenta Penal del Circuito le correspondió la causa, despacho que con posterioridad a la realización de la audiencia pública profirió sentencia de primera instancia, en la que se condenó a OSCAR FERNANDO AMAYA DIAZ como autor responsable de dos homicidios culposos agravado en concurso, imponiéndole una pena de cuarenta (40) meses de prisión y multa de cinco mil pesos, así como interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión en la conducción de vehículos por igual lapso.

Apelada esta decisión fue confirmada por el Superior con la modificación anotada con anterioridad.

II. Demanda:

Con fundamento en el artículo 61 del Código Penal "Criterios para fijar la pena", en concordancia con los artículos 296 y 298 del Código de Procedimiento Penal, el autor censura la sentencia por violación directa de una norma de derecho sustancial, consistente en no haberse tenido en cuenta la "confesión" y por ende la reducción punitiva correspondiente.

De la lectura del expediente se infiere inequívocamente, que su defendido confesó en todas y cada una de sus intervenciones, ser la persona que con su vehículo colisionara con otros y en particular con el taxi de placas SD 6296, conducido por el señor José Ochoa Vargas, en donde murieron dos de sus ocupantes –Gladys Martínez Rico y Marco Antonio Rico Malpica–.

Teniendo en cuenta que la confesión esta probada, acorde con los requisitos exigidos por el legislador en el artículo 296 del Código de

Procedimiento Penal, solicita se reconozca la atenuación punitiva de que habla el artículo 299 del mismo ordenamiento, en concordancia con el 61 del estatuto penal.

Desarrollando los requisitos que sobre la confesión exige el artículo 296, se encuentra que en la diligencia de indagatoria del día 24 de enero de 1991 y en sus siguientes ampliaciones, su defendido aceptó categóricamente el hecho de haber colisionado con el taxi en el que viajaban como pasajeros Gladys Martínez Rico y Marco Antonio Rico Malpica.

Además de lo anterior existe constancia de que la confesión se realizó ante funcionario judicial en presencia de un defensor y en forma consciente y libre.

Otro aspecto de vital importancia es determinar lo relacionado con el estado de flagrancia, y revisada la actuación se puede inferir que OSCAR FERNANDO MAYA no fue sorprendido en flagrancia, como quiera que abandonó el lugar de los hechos siendo retenido minutos más tarde y de manera accidental por el agente de Policía Huguez Orlando Ocampo Pérez. Versión que se ve corroborada por la de la Juez 50 de Instrucción Criminal Permanente, quien manifestó que en el momento de realizarse la diligencia el sindicado había huido del lugar de los hechos.

Acorde con los testimonios citados, en conjugación con los presupuestos establecidos por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, fácilmente se deduce que OSCAR FERNANDO MAYA no fue sorprendido o retenido en flagrancia, al haber abandonado el lugar de los hechos media hora antes, siendo retenido por coincidencia a diez cuadras de distancia del lugar en el que se produjo el accidente.

Tampoco se puede hablar de la identificación, porque una vez sucedida la colisión ninguna persona pudo establecer su verdadera identidad. Esta solo se pudo establecer tiempo después y por la confesión que este le hiciera al agente de policía que lo detuvo.

Por último, se hace necesario dejar en claro que no se puede aplicar la figura de la cuasiflagrancia, dado que su patrocinado no fue capturado por persecución de policías o terceros, sino por simple casualidad.

Como la aceptación de la responsabilidad, en cuanto a ser el autor del hecho, no fue sopesada para efectos de la dosimetría penal, a pesar de que el Tribunal da por aceptado que el procesado reconoció ser la persona que colisionó con los demás vehículos, solicita que se reconozca la atenuación punitiva de una tercera parte sobre la pena de cuarenta (40) meses de prisión que le fuera impuesta como autor responsable del delito de homicidio culposo en concurso, la que aritméticamente sería la de trece (13) meses y tres (3) días de prisión.

Por otra parte, si bien es cierto el artículo 417 para efectos de la libertad provisional niega en su numeral 3o. la concesión de este derecho, no es menos cierto que el artículo 68 del Código Penal no está sujeto a esta condición. Siendo importante destacar que al atenuarse la pena por confesión, la pena sería inferior a tres años, cumpliéndose así el primer requisito de esta norma, y en atención a que su poderdante no requiere tratamiento penitenciario, dada su personalidad y modalidad del hecho punible, se cumple el segundo requisito que hace viable que se le conceda el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Acorde con lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia reconociendo la atenuación punitiva del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que el demandante incurre en un error, consistente en plantear violación directa alegando la presunta omisión del Juzgador respecto de la consideración de un medio de prueba. Olvida que la causal invocada solo permite un debate en puro derecho con prescindencia total del aspecto probatorio, aceptando los hechos de la manera como fueron demostrados en el plenario. Igualmente omite consignar el sentido de la violación, esto es, si la norma sustancial fue transgredida por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

La vía correcta para encausar este tipo de reproche, por tratarse de una omisión en relación con la confesión del implicado –falso juicio de existencia por omisión– hubiera sido a través de la causal primera cuerpo

segundo –violación indirecta de la ley sustancial– planteando el cargo de tal manera que en su demostración se consignen con precisión las normas medio y fin infringidas.

Agrega la Delegada, que dejando de lado las deficiencias de orden técnico, resulta importante hacer un análisis en relación con los aspectos de fondo, sobre los cuales el recurrente edifica su ataque, como lo son la de no captura en flagrancia y la confesión de su defendido que lo hacen acreedor al beneficio contenido en el artículo 299 del C. de P.P.

Afirma el actor con base en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, que su representado no fue capturado en situación de flagrancia, señalando que Maya Díaz., abandonó el lugar de los hechos de manera accidental, siendo retenido mas tarde y por pura coincidencia a diez cuadras del lugar donde se produjo el suceso.

Confrontado el caso en estudio con las exigencias establecidas en la sentencia en mención –fallo de 1o. de diciembre de 1987–, se tiene que ellas sí se verificaron en el acto de captura de MAYA DIAZ. Tanto la actualidad como la identificación tuvieron plena ocurrencia, como lo demuestra el hecho de que una persona se hubiese dirigido al agente de policía Ocampo Pérez, para indicarle el lugar –una heladería– en el que se encontraba el hoy procesado. Debe recordarse que basta que una persona presencie los hechos e identifique al sujeto agente del ilícito, exigencia que se cumple de conformidad con la declaración del agente Ocampo Pérez .

De otro lado, el actor descarta la flagrancia en la captura de su defendido, por considerar que no fue sorprendido en el momento mismo de la realización del ilícito. Argumento este, que no resulta acertado si se tiene en cuenta que la captura no fue accidental, sino como consecuencia de la información que recibiese de un ciudadano que lo señaló como autor de estos hechos.

En cuanto al lapso transcurrido entre la colisión de los vehículos y la materialización del acto de captura, se debe tener en cuenta que el artículo 370 del C. de P.P., preceptúa que la flagrancia opera también cuando la persona "... es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los

cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible..." –antigua cuasiflagrancia–. De esta normatividad se desprende que es el juzgador el que con base en elemento probatorio debe determinar si se dan o no los presupuestos de la flagrancia.

En este caso el procesado, minutos después de producida la colisión entre los dos vehículos, encontrándose aún en avanzado estado de embriaguez, fue abordado por el agente de Policía, y al ser requerido admitió ser el causante del siniestro, exhibiendo los documentos relativos al automotor.

Si a esto se suma la sindicación previa hecha en su contra por el ciudadano, se tiene que estos elementos o circunstancias integran a plenitud el concepto de flagrancia previsto en la codificación procedimental penal. Se debe aclarar que cuando la norma hable de que "por voces de auxilio se pide su captura", no puede entenderse únicamente respecto de la petición de captura porque "momentos antes" la persona ha cometido un hecho delictivo. Una petición de un ciudadano, que enterado del delito lo señala para ser aprehendido, en ejercicio de una acción pública que compete a todo miembro de la comunidad, encuadra claramente en este concepto de flagrancia.

Si el recurrente alude al descuento de la punibilidad por confesión, se dirá que la flagrancia impide su concesión, máxime que está acreditado que se retiró del sitio del accidente, solo que la solicitud hecha por un ciudadano garantizó su captura.

Por ello, de manera acertada los juzgadores consideraron que no existió ruptura entre el hecho punible y la captura.

En relación con la supuesta omisión del Tribunal, al no tener en cuenta la confesión de Oscar Fernando Maya, y en consecuencia no conceder la rebaja de la pena, se debe afirmar que si bien el procesado desde un primer momento confesó haber sido el causante del accidente en que perdieron la vida Gladys Rico Martínez y su pequeño hijo Marco Antonio, desde ese momento esgrimió justificante que fue variando a lo largo del proceso. Primero sostuvo que el taxi se encontraba parado sin ninguna señal y al tratar de parar los frenos no le respondieron, y luego manifestó que había

sido víctima de una mujer que probablemente lo drogó, posibilidad que el dictamen médico legal desvirtuó.

La confesión de Oscar Fernando Maya no satisface la exigencia de ser el fundamento de la sentencia condenatoria, requisito que al no estar expresamente consagrado en el nuevo Código de Procedimiento Penal, conserva validez como lo señala la Corte en el fallo de 8 de octubre de 1992.

Este requisito acabado de mencionar es fundamental, por cuanto la diminuente punitiva tiene una finalidad específica, cual es la de aliviar la carga laboral que soporta el poder judicial, ya que con ello además se estimula al delincuente que colabora con la justicia, porque al asumir su responsabilidad penal facilita considerablemente el trámite y el fallo del asunto.

El Ministerio Público solicita no casar la sentencia impugnada.

IV. Consideraciones de la Sala:

A) *De la violación directa de la ley sustancial.*

La violación de la ley sutancial presentase por vía directa, caso en el cual se produce sin consideraciones intermedias entre el raciocinio del Juez y la norma, bien sea porque fue dejada de aplicar, o porque se aplicó de manera indebida, o porque habiéndose aplicado la correcta fue interpretada erróneamente. En este evento se deben aceptar los hechos y las pruebas tal como los plasmó el Tribunal, toda vez que el yerro recae exclusivamente sobre la norma.

En este caso, resulta evidente que el libelista equivocó el camino al formular su censura así:

> "Con fundamento en el artículo 61 del Código Penal, 'Criterios para fijar la pena' en concordancia con los artículos 296 y 299 del Código de Procedimiento Penal, censuro la sentencia por violación directa de una norma de derecho sustancial, numeral primero (1o) del Artículo 220 de la Obra Adjetiva Penal, consistente en no haberse tenido en cuenta la

'confesión' y por ende, su reducción punitiva de conformidad con los Artículos 296 y 299, ibídem".

Si estimaba que no fue tenida en cuenta la confesión de su defendido, debió acudir al cuerpo segundo de la causal primera de casación, esto es, la violación indirecta de la ley sustancial, arguyendo un error de hecho por falso juicio de existencia, al ser el desconocimiento de la confesión la razón que llevó al juzgador a la infracción de la ley sustancial.

Para que la no aplicación de la rebaja de pena por confesión se pueda atacar por violación directa, es necesario que en la sentencia se haya reconocido que existió confesión desde la primera versión, que las circunstancias que rodearon la captura no son constitutivas de flagrancia, y que dicha confesión sea tenida en cuenta como fundamento de la decisión, de manera que el error del fallador se limite a la falta de aplicación del artículo 299 del estatuto procesal.

Como en el fallo recurrido no se dan las condiciones anotadas, eso explica que el libelista apoye su reparo en una supuesta falta de apreciación de la confesión, aspecto que ha debido indicarle que el camino a seguir no era el que finalmente tomó.

B) Al margen de lo dicho sobre las exigencias técnicas del recurso extraordinario, es oportuno precisar algunos aspectos del fallo atacado, con los cuales fácilmente se demuestra que en el planteamiento de fondo tampoco le asiste razón al recurrente. Veamos:

1o. No es cierto que los juzgadores de instancia hayan omitido la consideración de las versiones dadas por el acusado, en las cuales, si bien aceptó ser el conductor de la camioneta causante de la tragedia, en cada una de ellas planteó una coartada diferente, que antes que facilitar la labor de los falladores, pretendía con ellas excluir su responsabilidad.

El Tribunal Superior en la sentencia se ocupó de este tema en los siguientes términos:

"El procesado MAYA DIAZ no fue uniforme en la versión que suministró de los hechos pues mientras al comienzo aseguró

> que había estado tomando licor con unos amigos y se dirigía a su casa cuando colisionó con un taxi que se le atravesó, aceptando que se desplazaba a gran velocidad. Posteriormente, amplía para contar que venía hacia Pablo VI por una emergencia familiar conduciendo a velocidad normal cuando no pudo evitar la colisión debido a que los frenos de la camioneta le fallaron. Por último, se ubica en condiciones distintas pues comenta que esa tarde estuvo tomando licor con una dama ocasional que recogió en el camino a su casa y que posiblemente fue víctima de alguna sustancia que ella le pudo haber suministrado pues no recuerda nada distinto al golpe y a las llamas que vio porque no se encontraba en estado normal".

Como se observa en el proceso y lo resume fielmente en el párrafo transcrito el *ad-quem*, no puede decirse que el dicho del procesado fue fundamento del fallo, pues todo lo contrario, fue necesario desvirtuar una a una sus coartadas para declararlo responsable, y el simple hecho de que hubiera aceptado ser el conductor del vehículo no puede entenderse como una confesión digna de rebaja penal, ya que esa era una situación que no podía negar ante la contundente prueba de cargo respaldada por su captura, momento en el cual le encontraron todos los documentos correspondientes a la camioneta estrellada.

2o. Tampoco corresponde a la verdad la afirmación que hace el defensor, en el sentido de que la captura de su cliente fue por "accidente" o "coincidencia", pues está debidamente acreditado que lo que llevó a que se capturara a MAYA DIAZ fue la petición de un ciudadano, quien le informó al agente de la Policía HUGUEZ ORLANDO OCAMPO, que pasaba por allí en su moto y estuvo observando el estado en que quedaron las víctimas del accidente, la heladería en donde el conductor se había refugiado, dato que sirvió para que se produjera su detención.

Lo sucedido en este caso se ajusta estrictamente a la hipótesis prevista en el artículo 370 del estatuto procesal, en donde se señala que hay flagrancia, "cuando por voces de auxilio se pide su captura", situación que debe entenderse como toda manifestación que haga una persona orientada a que se detenga al participe en un hecho punible que acaba de ocurrir, y precisamente lo que hizo el ciudadano que observó hacia donde

se había dirigido el irresponsable conductor, fue solicitar auxilio al agente de la autoridad que llegó al lugar para que procediera a la captura, la cual no hay ninguna duda de que ocurrió en flagrancia.

3o. De acuerdo con el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación reclama el impugnante, la rebaja de pena no es procedente en los casos de flagrancia, y acabamos de ver que esa fue exactamente la situación en que se detuvo a OSCAR FERNANDO MAYA. Pero además, ha sido criterio reiterado de esta Sala, que para que se justifique aminorar la pena es necesario que la confesión sirva como fundamento del fallo, así la norma mencionada no lo haya exigido expresamente. Al respecto, con ponencia del doctor Guillermo Duque Ruiz, en casaciones de ocho de octubre de 1992 y 29 de septiembre de 1993, se dijo:

> "...Para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es entendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Interpretarlo de otra forma, sería otorgar un beneficio gratuito, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado".

En el caso en estudio, como ya se demostró, está claramente establecido que la confesión no fue fundamento de la sentencia, antes bien, existiendo contundentes pruebas de que la colisión se presentó por el exceso de velocidad y el estado de embriaguez en que conducía el acriminado, esta estuvo encaminada a confundir al juzgador con diferentes versiones, una de las cuales se respaldó con varios testimonios, que por lo evidente de su falsedad, obligaron a que se ordenara compulsar copias para la investigación de un posible delito contra la administración de justicia.

Así las cosas, plena razón les asistió a los juzgadores de instancia al no reconocer rebaja alguna por la confesión cualificada del acusado, a quien, por el contrario, han debido imponerle una pena más severa, ya que la forma irresponsable como acabó con la vida de la señora GLADYS MORENO, quien se encontraba en estado de embarazo, y de su hijo MARCO ANTONIO, lo ameritaban.

4o. Para complementar lo dicho, resulta oportuno destacar los elementos de juicio con base en los cuales se profirió la condena.

a) La prueba médico-legal concluyó que el procesado al momento de los hechos se encontraba en un estado de embriaguez-alcohólica de primer grado.

> "Complementamos anterior reconocimiento No. 003484 del 23 de enero de 1991 con informe de laboratorio de toxicología radicado con el número 649 (el cual anexamos) y en donde nos comunican que en la muestra de sangre se encontró alcohol etílico en concentración de 115 mgr% (ciento quince miligramos por cien mililitros de sangre), lo cual junto con las pruebas clínicas realizadas corresponde a un estado de embriaguez alcohólica de primer grado".

Esto explica porque la Juez tuvo que suspender la indagatoria llevada a cabo horas después del suceso fatídico, debido al estado de ebriedad en que se encontraba el implicado, en cuya constancia se dejó dicho:

> "En este estado de a (*sic*) diligencia y viendo el estado de embriaguez en que se encuentra el sindicado se suspende la presente diligencia" (fol. 42 cuaderno principal).

b) Todas las versiones de quienes presenciaron los hechos coinciden en afirmar que fue el exceso de velocidad del procesado el que produjo el accidente. En ese sentido se pronuncian José Miguel Ochoa Vargas (fl. 44) –conductor del taxi que se incendió como consecuencia de la colisión–, Rodrigo Arbid López (fl. 47), Luis Fernando Sabogal Hernández (fl. 51), y Nestor Joaquín Rico –tío de la occisa y quien igualmente viajaba en el taxi– (fl. 145).

c) El croquis señala que al frenar el vehículo conducido por el procesado este dejó caer una marca de diez metros setenta y tres centímetros –10.73– lo que permite deducir la altísima velocidad a la que se desplazaba el mismo.

d) A todo lo anterior se debe agregar, que la prueba determinó que la explosión se produjo al impactar el vehículo conducido por MAYA DIAZ contra el tanque de la gasolina del taxi.

5o. Al no ser procedente la rebaja de la pena por no estar cumplidos los presupuestos establecidos en la ley, se descarta el cumplimiento del requisito previsto en el numeral 1o. del artículo 68 del Código Penal, para efectos de otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional, tema al cual también se refiere el defensor.

La demanda no tiene vocación de prosperidad por lo que el fallo de instancia se mantiene en forma integral.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / COLISION DE COMPETENCIA

1. Como la ha reiterado la jurisprudencia, las nulidades solo pueden ser declaradas por el funcionario competente.

2. El Fiscal Regional, una vez realizada el acta de sentencia anticipada pierde la competencia y solamente le corresponde al juez de conocimiento tomar las decisiones pertinentes después de esta diligencia (audiencia de terminación anticipada), como lo establece la ley 81 de 1993, artículo 3o. cuando dice: "las diligencias se remitirán al juez competente que,.en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales...".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., diciembre cinco de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 137 de 7 de enero de 1994.

Vistos:

Decide la Sala sobre la colisión negativa de competencias surgida entre un Juzgado Regional de Cali-Valle y el Juzgado Catorce Penal del Circuito de la misma ciudad, en el proceso adelantado contra José Benor O Benhur Hincapié, por los punibles de porte ilegal de armas y hurto.

Antecedentes:

1. El día 25 de marzo de 1994 agentes de la policía retuvieron a José Benor o Benhur Hincapié en momentos en que se dedicaba a hacer

disparos al aire, decomisándole una pistola marca CZ, calibre 7.65 número 011800, la que portaba sin el respectivo permiso.

2. Guillermo León Ocampo Villamarín afirmó bajo juramento ser el propietario de la pistola GZ7.65 No. 011800, hurtada de su residencia con otra arma y algunas joyas; la compró el 2 de noviembre de 1988 a la industria Militar y está amparada con salvoconducto expedido por la Tercera Brigada, con vencimiento el 20 de abril de 1995.

3. Practicada diligencia de inspección judicial, el perito en balística determinó que es un arma semi-automática, tipo pistola, marca CZ calibre 7.65 milímetros de fabricación checoslovaca, identificada con el número 011800, cañón de aproximadamente cuatro pulgadas de longitud, se le encontró un proveedor o cargador tipo petaca de doble carril, el cual tiene una capacidad aproximada para quince cartuchos, calibre siete punto sesenta y cinco milímetros. Solamente se encontraron ocho cartuchos.

4. La Fiscalía Setenta y Tres de la Unidad Especializada ley 30/86 y varios, profirió medida de aseguramiento por haber violado los artículos 202 y 349 del Código Penal y remitió el expediente a la Unidad de Fiscalía Regional de Cali, por competencia.

5. El 13 de abril de 1994 la Fiscalía Regional avoca el conocimiento y decreta unas pruebas. Posteriormente modifica la adecuación típica, señalando que las infracciones que se le imputan al sindicado son por violación al artículo 2 del decreto 3664 de 1986, descritos como porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública en concurso con hurto de que trata el artículo 349 del Código Penal.

6. El indagado solicita se dé aplicación al artículo 37 del C.P.P. porque desea acogerse a la sentencia anticipada. La diligencia de terminación anticipada del proceso se realiza el 14 de septiembre de 1994.

7. Una vez llegan las diligencias al Juzgado Regional para dictar la sentencia anticipada, el Juez observa que no es competente porque se trata de un punible de porte de armas de fuego de defensa personal, remitiendo el proceso a los juzgados del circuito de Cali y proponiendo colisión de competencias negativas por las siguientes razones:

a) El calibre y la munición utilizada en la pistola no desbordan las características señaladas en el art. 11 del Decreto 2535 de 1993.

b) No se puede deducir que la pistola calibre 7.65 milímetros incautada con 8 cartuchos del mismo calibre, sea de uso privativo o de guerra, así la capacidad del proveedor sea de 15 proyectiles.

c) Por último, respalda sus argumentos en la providencia de esta Corporación proferida el 5 de mayo de 1994, Magistrado ponente Doctor Guillermo Duque Ruíz.

7. Mediante auto del 11 de octubre de 1994, el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Cali, aceptó la colisión propuesta y ordenó remitir las diligencias a esta Corporación para que dirima el conflicto.

Las razones que adujo para aceptar la colisión las expuso así:

> a. "Este despacho, está acorde con el Juez Regional en cuanto a la adecuación típica del hecho del 'Porte Ilegal de Armas' a la que se refiere en su resolución de septiembre 23 del año en curso; pero considera que el Juez Regional equivocó el camino, puesto que a él, le correspondía advertir que los hechos del sumario no estaban acordes con el proceso de adecuación típica del Señor Fiscal al formular los cargos haciendo más onerosa la situación del procesado y en consecuencia violando las garantías fundamentales, abstenerse de dictar sentencia anticipada y devolver el proceso al Fiscal Regional para que éste a su vez lo enviara al Fiscal competente, es decir, al Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de esta ciudad, quien entraría a determinar si acepta o no la competencia, y de hacerlo, a realizar nuevamente la audiencia pública de sentencia anticipada, teniendo en cuenta las observaciones que dejara el Juez Regional, para después cumplir con lo dispuesto en el artículo 37, inciso 4o. del C.P.P....".

Finalmente advierte, que no es competente para pronunciarse sobre la audiencia anticipada realizada por el Fiscal Regional, remitiendo el proceso a la Sala para el pronunciamiento respectivo.

Consideraciones:

Como la colisión propuesta ha sido entre un juzgado regional y un juez penal del circuito, corresponde a la Corte decidir el incidente según lo dispone el artículo 68, inciso 5 del ordenamiento procesal penal.

Veamos cómo dentro del presente caso el punto central que origina la colisión por el Juez Regional de Cali hace relación al porte ilegal de armas, es decir si se adecúa en las de uso privativo de las fuerzas militares o en las de defensa personal.

Queda claro que cuando el Juez regional procedió a dictar la sentencia anticipada, consideró que el delito no era el porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, establecido en el decreto 3664 de 1986, artículo 2o., sino de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en concurso con hurto, hechos punibles por los cuales al procesado debe dictársele sentencia anticipada. Por esa específica razón consideró que no era competente tal como lo dispone el Código de Procedimiento Penal, remitiendo el proceso al Juez Penal del Circuito y proponiendo colisión de competencia negativa.

Llegado el proceso al Juzgado Catorce Penal del Circuito de Cali y compartiendo los argumentos planteados sobre la tipicidad del delito por el Juez Regional, no hizo más que aceptar ser el competente cuando dijo: "Este despacho, está acorde con la adecuación típica del hecho del 'Porte Ilegal de Armas' a que se refiere en su resolución de septiembre 23 del año en curso...". Sin embargo, a renglón seguido considera que el proceso no se ha debido remitir a su despacho sino al Fiscal Regional para que éste a su vez lo enviara al Fiscal Delegado ante los circuitos para que realizara nuevamente el acta de sentencia anticipada, negándose por este hecho a tomar la decisión que en derecho corresponde.

El Juez del Circuito recoge otro asunto distinto al del objeto de la colisión en que se basara el Juez Regional, materia esta que jamás fue considerada por esta instancia judicial, porque si bien es cierto que el Juez del Circuito no puede dictar una sentencia anticipada cuando se ha violado algún derecho fundamental, en este caso el debido proceso, si se tiene en cuenta que el acta de sentencia anticipada la realizó un fiscal regional, también lo es que ni el

Juez Regional ni el fiscal son los competentes para declarar la nulidad de esta diligencia.

Como lo ha reiterado la jurisprudencia, las nulidades solo pueden ser declaradas por el funcionario competente y en este caso concreto, el Juez Catorce Penal del Circuito es quien ha debido tomar la decisión, al encontrar que se violó el derecho fundamental al debido proceso por falta de competencia del Fiscal Regional para realizar el acta de sentencia anticipada, y remitiendo el proceso al Fiscal Delegado para los Circuitos con el fin de que practicara la diligencia respectiva, pero jamás aceptar una colisión inexistente por un hecho que estaba en sus manos resolverlo y así evitar dilatar el proceso, impartiendo justicia en los términos que la ley exige, sin olvidar que el Fiscal Regional, una vez realizada el acta de sentencia anticipada pierde la competencia y solamente le corresponde al Juez de conocimiento tomar decisiones pertinentes después de esta diligencia, como lo establece la ley 81 de 1993, artículo 3o. cuando dice:

> "las diligencias se remitirán al juez competente que, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales... ".

La ley 81 de 1993 en su artículo 9o. determina que el juez Regional no es competente para conocer de los punibles por porte de armas de defensa personal, por tanto el funcionario competente para conocer y tomar las decisiones respectivas es el Juez Catorce Penal del Circuito de Cali.

En Mérito de lo expresado, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–,

Resuelve:

1o. *Declarar* que la competencia para conocer del presente proceso corresponde al Juez Catorce Penal del Circuito de Cali. En consecuencia, remítase el expediente a dicho Juzgado y dése aviso a esta decisión, adjuntando copia de la misma, al Juzgado Regional de Cali.

Comuníquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

De conformidad con lo previsto en el numeral 2 del art. 51 de la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y carcelario), corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad conocer "De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena", es decir, cuando el fallo ha quedado ejecutoriado, que es cuando hace tránsito a cosa juzgada.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado Acta número 138.

El procesado GUILLERMO LUIS VELEZ MURILLO, quien se encuentra detenido en la Penitenciaría Central "La Picota", solicita el reconocimiento de la redención de pena por trabajo y estudio, para lo cual acompañó varias actas del Consejo de Disciplina y los certificados de trabajo y estudio respectivos.

Procede la Corte a decidir lo que corresponde en derecho.

Antecedentes inmediatos:

1. El procesado GUILLERMO LUIS VELEZ MURILLO fue condenado por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de la misma ciudad a la pena principal de 120 meses de prisión por el delito de Homicidio, determinación que fue impugnada extraordinariamente en casación, trámite que se encuentra en curso;

2. Numerosos han sido los escritos que ha dirigido este procesado a la Corte directamente o a través de otras entidades alegando su inocencia

o pidiendo rebaja de pena, etc., lo cual lo único que ha generado es la dilación en la tramitación y decisión del recurso de casación interpuesto, por la necesidad de responder oportunamente a dichas peticiones;

3. En esta ocasión, en extenso escrito donde resume sus pedimentos anteriores, solicita se le reconozca la redención de pena por trabajo y estudio, aun cuando reconoce que le "faltan algunos meses".

Consideraciones de la Corte:

1. De conformidad con lo previsto en el numeral 2 del art. 51 de la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), corresponde al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad conocer "De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena", es decir, cuando el fallo ha quedado ejecutoriado, que es cuando hace tránsito a cosa juzgada.

2. Tal como se dijo inicialmente, el fallo que se profirió contra el procesado de la referencia no está ejecutariado, pues se encuentra para resolver el recurso de casación correspondiente. En tales condiciones, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia, la Corte sólo tiene competencia para resolver en casación el incidente de libertad provisional, porque es lo único que permite el legislador.

3. En el caso presente realmente no se solicita la libertad, pues el mismo memorialista reconoce que le "faltan varios meses". Se limita a demandar la redención de pena, incidente para el cual no hay competencia. Se insiste, la Corte se ocupa de la rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza únicamente para efectos de la libertad provisional bien por solicitud u oficiosamente, pero cuando lo pretendido es el descuento de pena exclusivamente y éste no incide en la libertad, ello no es posible por la vía incidental en esta sede.

En consecuencia, se abstendrá la Corte de decidir sobre la redención de pena solicitada.

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

Resuelve:

Abstenerse de resolver la solicitud impetrada, por las razones expuestas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Eduardo Mejía E., Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla, Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo L., Secretario.

APERTURA DE INVESTIGACION / INDAGATORIA

Sin transgredir las reglas del debido proceso, cómo podría entenderse que oír en indagatoria al imputado es una actuación atinada, si previamente no se ha ordenado la apertura de instrucción?.

Cuando el artículo 334 de la Ley 5 de 1992 ordena que el "denunciado" será citado para que comparezca a rendir indagatoria, es porque la misma norma prevé que ya hubo apertura de la "investigación" y que el proceso se encuentra en su etapa sumaria o instructiva.

Por consiguiente, mientras no exista formal investigación penal, la que se inicia con resolución de apertura de instrucción, a ella no podrá vincularse a persona alguna en calidad de sindicado.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillemo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 139.

Se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el denunciante contra el auto del 14 de septiembre de 1994, mediante el cual esta Sala se abstuvo de iniciar instrucción respecto del Senador HECTOR HELI ROJAS JIMENEZ.

Antecedentes:

1. El 5 de abril del presente año el doctor Jaime Rafael Pedraza presentó denuncia penal contra el Senador Héctor Helí Rojas Jiménez, "por los delitos de PREVARICATO, INCUMPLIMIENTO DE TERMINOS y

violación de los artículos 331, 332. 332. 334 y 339 de la Ley 05 de 1992" (fls. 5 y 6).

2. Mediante providencia del 14 de septiembre del año en curso, la Sala se abstuvo de iniciar instrucción respecto del Senador denunciado (fls. 38 a 49).

3. Contra aquella decisión el denunciante interpuso recurso de reposición por considerar que la "Corte incurrió, ..., en dos (2) graves inexactitudes":

a) "Dijo la Corte:

"De otra parte, no entiende la Sala cómo el denunciante puede afirmar que el doctor Héctor Helí Rojas 'Tampoco ordenó abrir investigación después de ratificarme en forma oportuna', cuando bien debe saber como abogado que es, que con fundamento en la discresionalidad que otorga la ley al funcionario judicial, es éste el llamado a iniciar instrucción una vez cuente con los medios de convicción necesarios para ello y no cuando crea el quejoso que ha debido procederse en tal forma'.

"Que pena me da con la H. Corte pero yo esa afirmación la hice en la denuncia por que la Ley 05 de 1992 dice muy claramente:

"'ARTICULO 332 *Apertura de la investigación.* Ratificada bajo juramento la denuncia o queja, el Representante-Investigador proferirá auto de sustanciación, contra el que no procede recurso alguno, ordenando abrir y adelantar la correspondiente investigación, con el fin de esclarecer los hechos, las circunstancias en que ocurrieron y descubrir a sus partícipes'.

"Ante la claridad de la norma no cabe 'discresionalidades' ni jurisprudencias, ni opiniones de juristas. La Ley es la Ley y hay que cumplirla: 'Dura Lex sed Lex' se ha dicho desde los tiempos de los Romanos y así está esculpido en nuestro Capitolio Nacional".

b) "La segunda inexactitud de la H. Corte dice:

"'Igualmente dice el quejoso que el inculpado (*sic*) incurrió en el delito de favorecimiento y prevaricato por no citar al denunciado para

que rindiera 'indagatoria', afirmación ésta que sin duda es equivocada en la medida en que sin estar abierta la investigación ello resulta (*sic*) totalmente improcedente'.

"Como en el caso anterior, la Corte se equivoca y trata de echarme la culpa a mí. Quizás los señores Magistrados, por su excesivo trabajo no han tenido tiempo de leerla. Dice así la Ley 05 de 1992 en su artículo 334: '... Cuando en la investigación exista por lo menos un indicio grave de que el denunciado es autor o partícipe del hecho que se investiga, el Representante-Investigador lo citará para que dentro de los dos (2) días siguientes comparezca a rendir indagatoria...".

"Según esto, el Representante-Investigador debió citar al denunciado a rendir indagatoria. Dura es la Ley, pero es la Ley.

Debo recordarles respetuosamente a los Magistrados de la H. Corte que las normas del Código de Procedimiento Penal se utilizan en la Comisión de Investigación y Acusación solamente para llenar los vacíos procedimentales de la Ley 05 de 1992 y así lo ordena específicamente la Ley 05 de 1992 en su artículo 366. Por lo tanto el procedimiento estatuído como norma sustantiva de obligatorio cumplimiento para ser ejecutado y acatado por todos y cada uno de los Representantes-Investigadores de la Comisión de Investigación y Acusación tiene que sujetarse al cumplimiento de los artículos 331 hasta el 341 en forma extricta (*sic*), y en los vacíos que hubiesen, facultades y deberes o impedimentos puede aplicarse complementariamente el Código de Procedimiento Penal conforme lo permitan los artículos 333, 334, 339, 340 y 341 de la Ley citada. La Ley 05 de 1992, por lo demás, es posterior al Código de Procedimiento Penal y quiero dejar muy en claro que ni las jurisprudencias ni las opiniones de eminentes juristas pueden estar por encima de la Ley. Así lo dice muy claramente el artículo 230 de la Constitución Nacional, dándole preferencia a que cumpla taxativamente lo ordenado por el artículo 228 de la misma en cuanto a la aplicación de las normas y el Derecho Sustancial, exigiendo el cumplimiento de los términos procesales con diligencia y cumplimiento" (fls. 49 y 50).

Se considera:

Por obvias razones jurídicas no le asiste razón al recurrente:

1. No hay duda que los jueces, en sus providencias. sólo están sometidos al imperio de la ley, pero ello no implica que sea aplicada con ausencia de exégesis y con desconocimiento de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina como criterios auxiliadores de la actividad judicial (art. 230 de la C.N.).

Pues bien, el artículo 332 de la Ley 5 de 1992 dice:

"Apertura de la investigación. Ratificada bajo juramento la denuncia o queja, el Representante-Investigador proferirá auto de sustanciación, contra el que no procede recurso alguno, ordenado abrir y adelantar la correspondiente investigación, con el fin de esclarecer los hechos, las circunstancias en que ocurrieron y descubrir a sus autores y partícipes".

Dándole un alcance limitativo que la citada norma no tiene, considera el recurrente que inevitablemente impone al Representante-Investigador la obligación de abrir y adelantar la investigación, por el solo hecho de haber cumplido con el acto de ratificación de la denuncia.

Ciertamente esa interpretación no comulga con el verdadero alcance que establece la ley, pues de la simple lectura de la misma se deduce con clara logicidad que la decisión por parte del Parlamentario-Investigador de "abrir" investigación está supeditada a que exista mérito para ello y no por el particular hecho de haber cumplido con la ratificación de la queja.

Absurdo sería que siendo evidente que el hecho no ha existido, o que la conducta es atípica, o que la acción no puede iniciarse o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridad o culpabilidad, el funcionario judicial tuviese que ordenar inoficiosamente la apertura de instrucción. Por ello, éstos supuestos jurídicos los contempla la ley procedimental penal con e fin de descartar interpretaciones que conduzcan a consecuencias inexactas e igualmente evitar investigaciones innecesarias. (artículo 237 del Código de Procedimiento Penal).

De manera que al ser inexacta la interpretación que del artículo 332 de la Ley 5 de 1992 hace el recurrente, obvio es concluir que su argumentación en forma alguna ha de prosperar.

2. Que el Representante-Investigador debió escuchar en indagatoria al denunciado, es otra alegación que el recurrente hace fuera de todo contexto.

Sin transgredir las reglas del debido proceso, cómo podría entenderse que oír en indagatoria al imputado es una actuación judicial atinada, si previamente no se ha ordenado la apertura de instrucción?.

Cuando el artículo 334 de la Ley 5 de 1992 ordena que el "denunciado" será citado para que comparezca a rendir indagatoria, es porque la misma norma prevé que ya hubo apertura de la "investigación" y que el proceso se encuentra en su etapa sumaria o instructiva.

Por consiguiente, mientras no exista formal investigación penal, la que se inicia con la resolución de apertura de instrucción, a ella no podrá vincularse persona alguna en calidad de sindicado.

En fin, al ser infundadas las inconformidades del recurrente por interpretar la Ley 5 de 1992 con prescindencia de las normas del Código de Procedimiento Penal, aplicable por expreso mandato suyo (art. 366) en todos aquellos aspectos no tratados específicamente por ella, la Sala no repondrá la providencia impugnada.

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

Resuelve:

No reponer la providencia del catorce de septiembre del presente año, por medio de la cual la Sala se abstuvo de iniciar instrucción respecto del Senador HECTOR HELI ROJAS JIMENEZ.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Humberto Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L, Secretario.

PRESCRIPCION:

Siendo la prescripción una causal objetiva de improseguibilidad de la acción penal, el funcionario que tenga a su conocimiento el proceso sólo tiene competencia para declararla y consecuencialemente, disponer la cesación del respectivo procedimiento.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diciembre seis de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 139.

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de marzo 22 de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena condenó a los procesados NOHORA DEL ROSARIO GULFO MARTINEZ y ULISES BLANCO DIAZ a 2 años, 5 meses de prisión y a dos (2) años, tres (3) meses respectivamente, por el delito de estafa, considerándose a este último como cómplice del mismo.

Hechos y actuación procesal:

1. Los hechos germen del proceso los resume con fidelidad el Tribunal en el fallo impugnado así (fls. 62 y 63-3);

"Dan cuenta los autos que los hechos materia del esclarecimiento tuvieron ocurrencia entre los días 7 y 13 de julio de 1983, durante los cuales una persona que se hizo llamar Alberto Valencia Ortíz se hizo presente en el Banco Internacional oficina principal de esta ciudad, solicitando y obteniendo a nombre del cuenta correntista Jorge Cueter Ilelaty una chequera de la cuenta del mismo para cuyo efecto presentó ante la sección indicada los documentos necesarios para la consecución

de ese logro, es decir, la carta autorizatoria del documento de identidad del titular de la cuenta y el volante de la chequera correspondiente.

"Una vez obtenida ésta, tres personas identificadas como Alberto Valencia Ortíz, Héctor Manuel Taboada Mendoza y Alberto Biran Imitola, abrieron tres cuentas de ahorros en las Corporaciones Conavi, Colmena y Corpavi, con sendos cheques supuestamente girados por el titular de la cuenta señor Cueter Iletaly, en cantidades dinerarias que ascienden a $850.645.oo; $934.538.oo y $870.386.oo, pesos respectivamente, de las cuales fueron retiradas, de la primera y tercera cuenta de ahorros, las sumas de 700.000.oo pesos.

"El retiro del dinero de la segunda cuenta en mención no se pudo hacer efectivo a pesar de haberse intentado por cuanto ya se había hecho saber al Banco Internacional de que Joyce Cueter Iletaly, no había autorizado el retiro de chequera alguna ni girado los tres cheques con los cuales se habían abierto las cuentas atrás relacionadas, de donde se estableció que la firma de éste había sido falsificada.

"Puesta la correspondiente denuncia y realizadas las primeras diligencias de indagación se logró orientar la misma contra el señor Ulises Blanco Díaz y Nohora Gulfo Martínez en virtud a que el primero de éstos poseía las mismas características físicas de uno de los individuos que se hizo presente en Corpavi para retirar un cheque por valor determinado, el cual era cuñado de la segunda de dichas personas, quien a la vez se desempeñaba como secretaria personal del señor Ilelaty y tenía consigo, a más de la cédula de ciudadanía de éste y de la chequera de donde fue extraído el volante de autorización, todo el conocimiento contable de las cuentas personales de su jefe y, lo que era más diciente, poseía autorización para firmar a su nombre en relación con algunas actividades propias de su oficio que le permitieron adquirir destreza suficiente para imitar con suficiencia los rasgos caligráficos de la firma con que el mismo suscribía sus actos documentales públicos y privados".

2. El 22 de julio de 1983 fueron capturados Ulises Blanco y Gulfo Martínez. El Juzgado 12 de Instrucción Criminal radicado en Cartagena abrió investigación y escuchó a los mencionados imputados en indagatoria,

declarándose plenamente inocentes de los cargos por los cuales se les aprehendió. (fl. 39 y ss.-C.1).

Se profirió auto de detención contra la mencionada dama, absteniéndose el juzgado de hacerlo con respecto al otro sindicado (fls.58 y ss.-C.1).

Se practicaron otras pruebas encaminadas a averiguar la delincuencia, y el Juzgado Primero Superior de Cartagena cerró investigación y la calificó mediante auto de mayo 25 de 1987 (fls.69 y ss.–c.2) con llamamiento a juicio contra los mencionados justiciables por los delitos de falsedad en documento privado y estafa (art. 221 y 356 C.P.), quedando ejecutoriado el 21 de junio. En la misma providencia se sobreseyó temporalmente a otras personas que fueron también vinculadas, respecto de las cuales se cesó procedimiento en un segundo auto calificatorio.

El Juzgado 9o Penal del Circuito de Cartagena (en vigencia del nuevo C.P.P), mediante auto de agosto 11 de 1992 (fl. 110 y ss.,), resolvió que la falsedad estaba prescrita, más no la estafa, ya que se encontraba agravada por el artículo 372 del Código Penal.

Se llevó a cabo la audiencia pública (fls. 121 y ss.) y se dictó sentencia en noviembre 16 de 1993 (fls. 130 y ss.-2), por medio de la cual, en armonía con la acusación, Gulfo Martínez fue condenada a 4 años de prisión y Blanco Díaz a 3 años y medio con la misma clase de pena, igualmente a ambos se les condenó a interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de los perjuicios y se les negó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el defensor de los procesados, el Tribunal, mediante el suyo que aquél recurrió en casación (fls. 62 y ss.-C.3) lo confirmó modificando las penas impuestas en la forma inicialmente indicada.

Las demandas:

Demanda a nombre de Ulises Blanco Díaz:

Siete cargos presenta el impugnante contra el fallo que afecta a este procesado, así:

Primer Cargo:

"Nulidad porque la persona que abrió la cuenta y luego reclamó parcialmente parte del dinero fue Héctor Manuel Taboada Mendoza (el proceso, por el contrario –anota la Sala–, precisa que quien se presentó con dicho nombre fue el procesado Blanco Díaz), razón por la cual no puede atribuirse la responsabilidad por la delincuencia a Blanco Díaz. "Se afecta el debido proceso –dice– cuando no se desata uno de los extremos del debate del que depende precisamente la exclusión de uno de los sujetos procesales que viene padeciendo la misma incriminación y de cuya demostración en uno u otro caso dependerá la suerte excluyente de la subsistencia de su homólogo en el proceso. Quien representó fue favorecido por la ventura procesal que implicaba la vinculación de la persona que realmente aparece relacionada en los documentos, más, este aspecto procesal del que dependía su desvinculación total del proceso no fue definido en modo alguno y aún en la fecha subsiste la incertidumbre de cómo y cuándo se habrá de resolver la suerte de quien de ser condenado debe excluirle (*sic*) la incriminación que padece" (fl.9-4).

Segundo Cargo:

Alega violación del derecho de defensa, aduciendo que no se practicó prueba grafológica para determinar si el procesado era el falsario, delito medio el cual está estrechamente vinculado a la estafa y respecto del cual ya se decidió la prescripción.

Se refiere a la incidencia de esa prueba que fue solicitada y no se practicó. Dice "si por ventura la Honorable Corte Suprema estima que el error dependió del abogado defensor que no insistió lo máximo que debía insistir para la práctica de dicha prueba, entonces a no dudar que nos encontramos enfrentados a la causal de nulidad por falta de defensa técnica" (fl.12).

Tercer Cargo:

"Violación al derecho a la defensa técnica" (f.12). Dice el casacionista, e insiste en que el defensor de entonces ha debido reiterar la práctica de esa prueba, aún cuando se decidió el no procesamiento del sobreseído y mencionado en el primer cargo, Taboada Mendoza.

Le enrostra a la defensa de entonces no haber solicitado otras diligencias y haberse abstenido de intervenir en las practicadas.

Cuarto Cargo:

"Violación indirecta por error de derecho por conferir valor probatorio a una prueba de reconocimiento lograda sin las formalidades que la ley exige y que tinta de la misma ilegalidad la parte de los testimonios que persiguen supervivir sus conclusiones", señala al censor a folio 14.

Afirma que la Policía no tenía competencia para hacer dicho reconocimiento y que el procesado no fue asistido en éste por un abogado, y sostiene que esa prueba fue la central para condenar a su defendido.

Quinto Cargo:

Por la vía indirecta también discute la afirmación del fallador en el sentido de que el procesado fue reconocido como la persona que cobró uno de los cheques, y afirma que el cajero de Corpavi que dice hacerlo reconocido había recibido una información al respecto "totalmente insuficiente por lo que mal entonces hubiese podido identificarlo tan mecánicamente y explosivamente como afirma este último testigo, única prueba de cargos" (fl.20).

Sexto Cargo:

Ataca por falso juicio de identidad el testimonio del cajero de Corpavi, Arnulfo Jiménez, anotando que el mismo presenta "tamañas falencias e imprecisiones" (fl.22), y vuelve a criticar la referida diligencia de reconocimiento, punto materia del cargo precedente.

Séptimo Cargo:

Enuncia el actor este último reproche así: "Violación directa de una norma sustancial (art. 220 C.P.P), numeral 1" (fl.26).

Sostiene que se dejó de aplicar el artículo 80 del Código Penal, el cual prevé la prescripción de la acción penal y su interrupción. Habla además del grado de complicidad en que fue condenado el procesado Blanco Díaz y dice que "para el cómplice la pena máxima fijada en la ley sería en este caso

el término de siete años y medio, disminuídos a una sexta parte (un año y tres meses) a la mitad (tres años y nueve meses)" –fl.27 y 28–, término de acuerdo con el cual la prescripción operó el 20 de julio de 1992, motivo por el cual no se podía seguir el proceso ni proferir sentencia.

En estos términos, pues, pide que el fallo sea casado.

Demanda a nombre de Nohora del Rosario Gulfo Martínez:

Acude el casacionista a la violación directa de la ley y asevera que se dejó de aplicar el artículo 68 del Código Penal consagratorio de la condena de ejecución condicional.

Dice que por el quantum de la pena tenía la procesada el derecho al subrogado, y que no se podía deducir de dicha dama "peligrosidad" que ameritara tratamiento penitenciario sólo porque militara la circunstancia de agravación genérica prevista en el artículo 66 del Código Penal, y, en tercer lugar "porque lo de la condena de ejecución condicional no fue ningún aspecto del recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia de primera instancia" (fl.5-5).

Retoma apartes de lo que el fallador consideró al respecto e insiste en que se negó el subrogado por haber aplicado "analógicamente" el referido artículo 66 y sostiene: "estimo también que también se violó el artículo 31 de la Constitución Nacional, porque al introducir al proceso una circunstancia agravante genérica, por vía de analogía, se hace más gravosa la situación punitiva en que se halló mi defendida en el instante en que el Tribunal le rebajó la pena, dejándosela muy inferior a los 3 años de prisión, límite que exige el artículo 68 del C.P." (fl.7).

Solicita entonces que se case en esa dirección el fallo para que se conceda a la procesada el mencionado subrogado.

Concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Corte:

Demanda a nombre de Ulises Blanco Díaz:

1. Dice el señor Procurador Primero Delegado en lo penal que el auto de enjuiciamiento cobró firmeza el 21 de junio de 1987 tiempo a

partir del cual el término para que opere la prescripción es de la mitad del corriente, según el artículo 84 del Código Penal.

Como en este caso el delito de estafa con el agravante contemplado en el artículo 372 del citado ordenamiento prescribía en quince (15) años, la mitad de dicho lapso es de siete (7) años y medio, el cual debe rebajarse a seis (6) años y tres (3) meses dada la calidad de cómplice bajo la cual fue condenado Blanco Díaz (art. 24 C.P.). "Este término se cumplió entonces en septiembre 20 de 1993, por lo cual la acción penal respecto del cómplice prescribió ya", estima la Delegada a folio 22.

Por ello solicita a la Sala se abstenga de examinar la demanda correspondiente y se declare la prescripción en referencia.

2. En verdad tiene razón la Delegada en su apreciación anterior. Si se mira atentamente el auto de enjuiciamiento (fls.69 y ss.-2) se constata que el mismo quedó en firme el 21 de junio de 1987, fecha desde la cual hasta hoy, han pasado mucho más de los seis (6) años y tres (3) meses que se hacían necesarios para que la acción penal en este caso concreto prescribiera dada la calificación de cómplice que le dió el Tribunal en el fallo a la conducta de este sindicado (arts. 356 y 372 C.P., en conc. con arts. 80 y 84 ibidem). Dicha extinción de la acción penal, acaecida por el paso del tiempo desde el calificatorio, se dió el 22 de septiembre de 1993, gracias al grado de responsabilidad dado en el fallo, recurrido en casación por el defensor del procesado.

De suerte que así lo decidirá la Sala, pues siendo la prescripción una causal objetiva de improseguibilidad de la acción penal, el funcionario que tenga a su conocimiento el proceso sólo tiene competencia para declararla y consecuencialmente, disponer la cesación del respectivo procedimiento. Cabe sí destacar que el proceso llegó a la Corte el 3 de octubre de 1994, es decir, cuando estaba prescrita la acción penal contra este procesado.

Como se observa una considerable demora en la causa, se ordenará compulsar copias de lo pertinente y de este proveído con destino a la Procuraduría Nacional a fin de que, si a bien lo tiene, averigue

disciplinariamente lo ocurrido. Los demás cargos, por sustracción de materia, no los estudia la Corte.

Demanda a nombre de Nohora del Rosario Gulfo Martínez:

1. Dice la Delegada que el Tribunal negó la condena de ejecución condicional por estimar "con alto grado de insensibilidad moral" (fl.22) la personalidad de la procesada, infiriendo de ello que requería tratamiento penitenciario, como expresamente lo facultaba el artículo 68 del Código Penal.

Como no hubo el falso juicio de existencia de dicha norma que aduce el casacionista, la Procuraduría es del sentir que el cargo no debe prosperar.

2. Pues bien: el fallador de primer grado, dada la pena impuesta a la procesada Gulfo Martínez (4 años de prisión) consideró que, por ese solo hecho, no existía permiso legal para otorgar la condena de ejecución condicional.

Como el Tribunal –al revisar el dicho fallo– estimó que la pena para la referida dama debía ser menor (2 años y 5 meses de prisión), se vio obligado a examinar el requisito subjetivo que trae la citada disposición, vale decir si la acusada necesitaba o no tratamiento penitenciario, concluyendo que sí lo requería por las circunstancias concretas en que traicionó la confianza de su jefe, ofendido Jorge Cueter Ilelaty. Ese criterio lo sustentó el Tribunal prolijamente (fls.80 y 81-3). Dijo, por ejemplo.

"Valerse del ciego abandono en el que prácticamente se colocaba su jefe respecto a ella, es de notar un grado de personalidad poseedora de un alto grado de insensibilidad moral, sólo redimible mediante el tratamiento penitenciario, ya que asumir ese tipo de conductas para con un semejante de quien sólo se han recibido reconocimientos benéficos, a sabiendas de la posición difícil redimible mediante tratamiento penitenciario, ya que asumir ese tipo de conductas para con un semejante de quien sólo se han recibido reconocimientos benéficos, a sabiendas de la posición difícil en que lo colocaba dentro de la situación particular planteada, como que el dinero fraudulentamente apropiado se tenía conocimiento estaba destinado para cubrir una carta de crédito, no dan lugar a pronóstico diferente. (fl.81)".

La violación directa, que es la planteada aquí, se daría justamente en evento contrario al que se examina, es decir, si el sentenciador hubiera estimado que la procesada no necesitaba la ejecución de la pena (por no requerir tratamiento penitenciario) y no obstante esa argumentación, se hubiese olvidado la existencia de una norma (art. 68 C.P.) que autoriza en esos casos no hacer efectivo el fallo en cuanto a la privación de libertad del procesado, luego el ataque es totalmente inadecuado.

Además, no se ve de qué modo se pudo desconocer el artículo 31 de la Carta Política que igualmente dice quebrantado, cuando por el contrario el juzgador de segundo grado disminuyó sensiblemente la pena –en forma por cierto censurable pero inmodificable en esta sede, por ser único recurrente el procesado– y, además, no revocó un subrogado que se le hubiese concedido a la procesada en primera instancia.

La sentencia, pues, permanecerá intacta, con relación a esta procesada.

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

Resuelve:

1. *Casar parcialmente* el fallo recurrido, únicamente en cuanto condenó a ULISES BLANCO DIAZ. En su lugar declarar respecto de dicho procesado, la prescripción de la acción penal aquí adelantada y, como consecuencia de ello, disponer a su favor la cesación de todo procedimiento por los hechos a él atribuidos en el respectivo calificatorio.

2. En todo lo relacionado con la procesada NOHORA GULFO MARTINEZ, se mantiene sin modificaciones el fallo recurrido.

3. Compúlsense las copias referidas en la parte motivada y remítanse a la autoridad allí indicada.

En firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION

El artículo 84 del C.P. preceptúa que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, comenzando a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años. Por su parte, el artículo 85 de la misma obra señala que, entratándose del juzgamiento de varios delitos, la prescripción de las acciones se cumplirá en forma independiente para cada cual.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., diciembre seis (6) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 137 de 1o de diciembre de 1994.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de FERNANDO JAIRO ZUÑIGA GUERRA y JAIME ARTURO SUAREZ BUILES contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, el treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), confirmatoria en lo sustancial de la dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica (Córdoba) que los halló responsables a título de coautores en la comisión de los delitos de homicidio y hurto, sancionándolos a purgar la pena principal de veintidós (22) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo; además, a resarcir los perjuicios materiales y morales ocasionados con el punible, denegándoles el subrogado de la condena de ejecución condicional. Modificó la Colegiatura, el término de la pena accesoria mencionada, fijándola en diez (10) años.

Hechos:

La situación fáctica del proceso fue considerada en la providencia impugnada en la siguiente forma:

> "*El 20 de julio de 1987, los señores* JAIME HUMBERTO SUAREZ BUILES y FERNANDO JAIRO ZUÑIGA GUERRA requirieron los servicios de DARIO ANTONIO RUIZ CANO, *quien era conductor de un vehículo de servicio público marca Nissan Patrol, distinguido con las placas KD 08-92, para que en este les hiciera un viaje desde la población de Caucasia hasta la ciudad de Montería. La solicitud se concretó, en efecto, habiéndose acordado, al parecer, que por la labor los contratantes pagarían la suma de $12.000,oo. De los hechos subsiguientes nada distinto a la versión de los enjuiciados, se sabe, hasta cuando éstos fueron capturados por unidades de la Policía Nacional pertenecientes al Cuarto Distrito, con sede en Sahagún, en un retén que había instalado en el Corregimiento de la Ye, en momentos en que se desplazaban por la vía que conduce a Sincelejo, en el automotor reseñado y en otro que se habían hurtado en Montería, haciéndose pasar por efectivos del F-2. Al producirse la aprehensión, iban acompañados por Aurelio Arturo Olarte Muñoz,* a *quien dijeron habían recogido en esa capital, y quien ocupaba, con* SUAREZ BUILES, *el vehículo del que en la misma se habían apropiado. Habiéndose establecido que el campero de servicio público, no era de propiedad de los retenidos, y que éstos reconocieron que el vehículo particular había sido hurtado, se procedió a averiguar por la procedencia de aquel, encontrándose el cadáver de su conductor, por la información que ellos proporcionaron a los policiales, aun cuando sosteniendo que el autor del crimen había sido un tercero, amigo de la víctima, a quien ésta le había pedido que lo acompañara y con quien más tarde discutió, sin saberse mayormente los motivos para ello, en altercado que culminó con la muerte del conductor, causada, sostienen, por una herida de bala que su acompañante le produjo".*

Actuación procesal:

La Delegada hizo la síntesis de rigor en los siguientes términos:

"Con base en las diligencias practicadas por la Inspección Primera Permanente de Policía de Planeta Rica (Córdoba) el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal radicado en esa localidad dispuso indagación preliminar, para posteriormente ordenar formal apertura de investigación penal, a la que fueron vinculados mediante indagatoria JAIME ARTURO SUAREZ BUILES y FERNANDO JAIRO ZUÑIGA GUERRA, *entre otros, y contra quienes el instructor dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva como presuntos responsables de los delitos de homicidio agravado por la causal 2a. del art. 324 del C.P.P., y hurto agravado de conformidad con el art. 351 ibídem.*

Declarado precluído el término de la instrucción el mismo despacho procedió a calificar el mérito del sumario mediante auto del 13 de noviembre de 1987, profiriendo resolución de acusación contra los encartados por los punibles de homicidio agravado por la circunstancia prevista en el art. 324 ord 2o. del C.P. y hurto agravado al tenor de lo dispuesto en los art. 349 y 351 ejusbem (fl. 135 cuad. # 1); interpuestos contra esta decisión los recursos de reposición y en subsidio de apelación por el defensor de otro de los encausados –Aurelio Arturo Olarte Muñoz–, y de apelación por el procurador judicial del implicado FERNANDO JAIME ZUÑIGA GUERRA, *(fls. 145 y 151), resuelta por el* a-quo *negativamente la reposición (fl. 155), y concedido el recurso de alzada, el Tribunal Superior de Montería mediante proveído del 10 de marzo de 1988 (fl. 26 cuad. Trib.) confirmó la resolución de acusación, objeto del recurso, en cuanto respecta a los procesados* SUAREZ BUILES *y* ZUÑIGAL GUERRA *con la modificación que debían responder por el concurso de hechos punibles – homicidio y hurto agravados– en calidad de autores, al tiempo que la revocó respecto del otro encausado disponiendo por este aspecto la reapertura de la investigación. Efectuadas en debida forma las notificaciones de ley (fls. 30 y vto., 31 y 34), aparece al reverso de este último folio la constancia de desfijación del edicto correspondiente del 18 de marzo de 1988, quedando en consecuencia en firme esta fecha la resolución de acusación. (fl. 34 vto. cuad. Trib).*

Ejecutoriado de esta forma el pliego de cargos; avocado el conocimiento del asunto por el Juzgado Primero Superior de Montería; declarada la apertura del juicio a pruebas; ordenadas y practicadas algunas diligencias por el Tribunal Superior de ese distrito por impedimento declarado del primero; señalada en varias oportunidades fecha para la celebración de la audiencia pública; remitido el expediente por competencia, entrado en vigencia el D. 2700/91 al Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica y asumido por éste su conocimiento señalando nueva fecha para el debate público, se llevó finalmente éste a efecto.

Rituada así la fase de la causa el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica mediante fallo que data el 5 de mayo/93 condenó a los acusados en la forma y términos que se expusieron, habiendo sido confirmada esta determinación en segunda instancia por el Tribunal de Montería, con la reforma de que igualmente se dio cuenta, previa celebración de la audiencia pública de que trata el art. 214 del C.P.P. para la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado".

La demanda:

Un sólo escrito presenta el defensor en nombre de los inculpados. Luego de referirse a los hechos y a la actuación procesal, en un acápite que denomina "Fundamento de la demanda" transcribe el aparte inicial de la causal *primera* que traía el estatuto procedimental de 1987, correspondiente a la violación *directa* de la ley sustancial, manifestando a renglón seguido que en el fallo se incurrió en un manifiesto *error de hecho* "...al haberse reconocido una prueba que carece de realidad y esto dio como resultado una ostencible *(sic) Violación Indirecta...*"

Después, tras advertir que el "punto neurálgico" de la investigación se centra en establecer si la causa de la muerte de la víctima se debió a un arma de fuego conforme lo advèran los procesados, o a la asfixia por estrangulación como lo da por probado la sentencia, el Tribunal, sostiene el recurrente, otorgó un sentido diverso al que realmente representa el contenido fáctico de las pruebas.

Mientras los procesados aseguran que un tercer hombre disparó una arma de fuego sobre la víctima, el fallador tilda de mentirosas esas exculpaciones, y condena con fundamento en las conclusiones de los peritos, es decir, asfixia por estrangulamiento, sin percatarse que el dictamen del levantamiento del cadáver y la necropsia son pruebas "equivocadas", pues fueron elaborados por "personal humano inexperto".

El perito, a su modo de ver, "... no tuvo la menor idea de lo que le encomendaron practicar...". En este sentido expone cuales son los puntos a describir cuando se trata de un cadáver en descomposición, destacando la "protrusión de la lengua y el edema palpebral", para advertir más adelante:

> *"En el caso de marcas es un absurdo hablar de signos de estrangulación en región de la comisura bucal, pues esto no está descrito en ningún texto o tratado y al completar con la frase* "Donde la lengua protuye arcada dentaria" *se está confundiendo un signo de la descomposición con la salida de la lengua de algunos muertos por ahorcamiento o estrangulamiento...".*

Prosigue su critica esta vez sobre las afirmaciones del perito en cuanto a la fractura de la base del cráneo y la herida producida con arma cortapunzante. Le parece un "imposible lograr la trascendencia de un golpe desde esta región hasta la base del cráneo" sin que se hubiera producido estallido de los huesos periorbitarios muy susceptible a las fracturas. Refuerza su inconformidad cuestionando al "operador" por omitir la práctica de algunas disecciones sobre los párpados, masa encefálica y cuello del cadáver, dado que con ello se hubiese podido establecer "definitivamente una causa única de muerte".

Rechaza a renglón seguido la existencia de signos de estrangulamiento. La muerte, a su modo de ver, devino por un paro respiratorio causado por "laceraciones o edema bulbar debido a la fractura de la base del cráneo..." por disparo de arma de fuego, valiéndose para ello de toda suerte de hipótesis e incluso, dejando sentado su propio dictamen sobre la posible trayectoria del proyectil

Para concluir, dedica un espacio a comentar lo relacionado con los signos característicos de una muerte por estrangulación manual, aludiendo a la exhumación, la que critica por atreverse "... a hablar de asfixia mecánica, menospreciando de paso los severos cambios traumáticos para constituir causa única de muerte; y que hubiera justificado por lo menos una investigación más exhaustiva sobre la probable trayectoria del proyectil de arma de fuego, como agente causal de la lesión en el cuello, conforme se ha afirmado".

Clara resulta, a su modo de ver, la inidoneidad de las necropsias en las cuales se ampara el sentenciador para "empecinadamente" negar lo del disparo que con fuerza dicen los procesados lo produjo un tercero ocupante del rodante. Pide en estas condiciones, se case el fallo impugnado y, en aplicación del principio de la duda favorable al reo, se absuelva a los procesados.

Concepto de la Procuradora Segunda Delegada en lo Penal (E):

Advierte en primer lugar sobre la prescripción de la acción penal del hurto agravado pues con la ejecutoria de la resolución acusatoria cumplida el 18 de marzo de 1988, el nuevo lapso prescriptivo, esto es, el mínimo de cinco (5) años tuvo lugar el 18 de marzo de 1993 cuando aún no se había dictado el fallo de primera instancia. Por tanto, solicita se declare oficiosamente el fenómeno y, por consiguiente, se cese el procedimiento en favor de los coacusados, ajustándose de paso, el *quantum* punitivo.

Cuanto a la demanda, el rechazo del cargo único debe ser la medida, dado que las fallas técnicas que exhibe su presentación revelan su ineptitud por tornar confusa y contradictoria la invocación y desarrollo de la causal primera de casación arguida.

El demandante, dice la Delegada, aparte de transcribir un texto que no corresponde al real contenido del ordinal primero del artículo 220 del vigente estatuto procesal, confunde los dos motivos de violación –directa e indirecta–, oscureciendo aún más el planteamiento, pues "la aplicación indebida o interpretación errónea de la ley sustancial" son enunciados extraños al error de hecho invocado.

También omite señalar los preceptos sustanciales transgredidos pues la referencia del artículo 247 del compendio procesal no colma la exigencia legal, resultando improcedente con la causal primera de casación, la invocación del artículo 29 de la Constitución Nacional "que tiene que ver con el problema de las nulidades".

El ataque tampoco es preciso respecto al error de hecho. La argumentación de falso juicio de identidad se desarrolla con afirmaciones ajenas a esa concreta modalidad de error: primero asegura que la prueba fundamental del proceso fue valorada no obstante "carecer de realidad" y luego advierte que lo tergiversado o alterado fueron los hechos debatidos. Lo primero, en sentir de la Delegada, "...induce a pensar en un falso juicio de existencia por suposición de prueba...". Y para lo segundo, cumple "aclarar que lo que se deforma a través del vicio in iudicando, aducido, no es el hecho o hechos de materia de juzgamiento, sino las pruebas que conducen a su demostración".

Agrega, haciendo notar la sinrazón del reparo, que la aspiración del recurrente se reduce a convencer a la Sala sobre la veracidad de las afirmaciones exculpatorias de los procesados, como que la herida mortal la produjo un proyectil de arma de fuego que accionó un tercer sujeto y no como lo dio por demostrado el sentenciador, apoyado en la prueba técnica concluyente de que la muerte de *Ruiz Cano* provino de asfixia por estrangulamiento, polémica probatoria propia para ser debatida en la instancia y no en casación, máxime cuando:"

> *"Las subsiguientes hipótesis que formula el casacionista en el capítulo de la 'Bibliografía' sobre la base de términos y conceptos médicos y que le permiten elaborar toda suerte de conjeturas, tendientes a demostrar el 'posible' impacto de proyectil de arma de fuego que recibió el cadáver, con base en su personal interpretación de los dictámenes cuestionados, no pasan de ser opiniones inopinables a las conclusiones ponderadas, serias y razonables que el acervo probatorio y particularmente de las necropsias aludidas, consignó el sentenciador en la decisión impugnada; inopinables dada la doble presunción de acierto y de verdad que amparan los fallos judiciales".*

Tales las razones para solicitar el rechazo de la censura.

La Corte:

1. La petición de la Delegada:

Le asiste la razón a la Delegada en su solicitud de decretar la cesación del procedimiento en lo que se refiere al delito de hurto por prescripción de la acción penal. A esta infracción el proveído calificatorio la tipificó como hurto agravado, al deducirse la circunstancia de agravación punitiva contemplada en el ordinal 6o. del artículo 351, por haber recaído la conducta prohibida sobre el vehículo automotor. No se dedujeron otras circunstancias agravantes, por lo que la *Sala* no puede entrar a rebasar este expreso pronunciamiento de la providencia calificatoria.

En el supuesto anunciado, la pena imponible se aumentará de una sexta parte a la mitad, lo que significa que partiendo de la pena máxima de seis (6) años prevista en el artículo 349 del C.P., el correctivo se incrementa en tres (3) años más, quedando en definitiva el límite extremo con que cuenta el Estado para ejercer su potestad sancionadora frente al caso concreto, en nueve (9) años de prisión.

Ahora, la resolución de acusación profirió el Juzgado 9o de Instrucción Criminal de Planeta Rica en noviembre trece (13) de mil novecientos ochenta y siete (1987), por su presunta responsabilidad en la comisión de los delitos de homicidio agravado (art. 324-2 del C.P.) y hurto agravado (arts. 349 y 351, ibidem). Apelada la decisión el Tribunal Superior de Montería la confirmó el diez (10) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), con la modificación de que los procesados debían responder de este concurso de delitos a título de coautores, quedando en firme el proveído el dieciocho (18) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

El artículo 84 del C.P. preceptúa que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, comenzando a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años. Por su parte, el artículo 85 de la misma obra señala que, en tratándose del juzgamiento

de varios delitos, la prescripción de las acciones se cumplirá en forma independiente para cada cual.

Como quiera que la mitad de la pena máxima asignada al delito de hurto agravado es de cuatro (4) años, seis (6) meses de prisión, la que al final queda en cinco (5) años, lapso mínimo a tenerse en cuenta para efectos de la prescripción, es de ver que el plazo máximo para dictar la sentencia de primera instancia era el diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993). Sin embargo, tan solo hasta el cinco (5) de mayo del mismo año se profirió el fallo correspondiente, condenando a los procesados como coautores no solo del delito de homicidio agravado sino también del hurto agravado, pese a que, respecto de éste título penal ya había operado el fenómeno prescriptivo y, por ende, el estado había perdido la potestad pronunciarse sobre él.

En consecuencia, le corresponde a la *Sala* declarar la prescripción de la acción penal y decretar de oficio la casación en lo que se refiere específicamente a este delito, lo que obviamente conllevará a la disminución del correctivo deducido en la sentencia al restarle el que le fue impuesto por este punible. Así y como quiera que en razón de éste, la sanción le fue incrementada en cuatro años más, ésta será la reducción que deberá efectuarse quedando en definitiva como pena privativa de la libertad a cumplir la de dieciocho (18) años de prisión.

2. *La demanda:*

En razón de la anterior determinación, la *Sala* únicamente se referirá a la exposición que se haga respecto del delito de homicidio agravado.

En un acápite que denomina "Fundamento de esta demanda" transcribe el autor el inciso primero del antiguo texto de la causal primera, expuesto en el derogado Código de Procedimiento Penal de 1987, correspondiente a la violación directa de la ley. No obstante, en los renglones siguientes cuando precisa el yerro cometido por el Tribunal, advierte que se trata de una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho.

Aunque en principio se puede pensar en una dilogía, un sensible examen del reproche permite descubrir, su verdadero alcance. Es cierto

que el enunciado plantea simultáneamente la violación directa e indirecta de la ley sutancial. Sin embargo, en el desarrollo de la objeción enruta sus asertos sin vacilaciones hacia la segunda vía, sin que en lo sucesivo se desvíe hacia el primer motivo. No hay duda alguna, por tanto, sobre el real pensamiento del actor y puede pasarse por alto la falencia, producto más de un *lapsus calami* que de un desacierto técnico.

Luego de predicar que el artículo 247 del C.P. de P.P. tiene el carácter de ley sustancial y que encuentra amplio respaldo en el artículo 29 de la Carta, pasa a desarrollar sus argumentos sin especificar, como era su deber, las normas infringidas ya que su intención es demostrar que la causa del fallecimiento se debió a un disparo de arma de fuego y no a una estrangulación. Teniendo en cuenta esta carencia que deteriora el libelo, se prosigue con la lectura.

Así, precisa que el error de hecho se dio por un falso juicio de identidad, pues "...el hecho aprehendido fue desfigurado por el sentenciador en sus dimensiones objetivas...". Luego advierte que la tesis de sus prohijados acerca de que un tercero disparó su arma de fuego sobre la víctima se encuentran demostradas amén de que el Tribunal en el fallo así lo "verifica". No obstante, esto no es cierto. En la sentencia lo que se dice es lo siguiente:

> " *Es verdad que en la diligencia de levantamiento de cadáver, así como en el informe policivo, se afirma que el occiso presentaba una herida de bala; más, eso no quiere decir que las dos necropsias practicadas, que sobre las causas de la muerte son coincidentes, adolezcan de graves fallas, puesto que siendo esta la prueba específica al respecto, en buena lógica lo que llega es a la conclusión contraria. Es decir, que las fallas graves están en la determinación del no experto, y que estas seguramente tuvieron su causa u origen, en el hecho de que ciertamente en la línea media de la región occipital de la víctima se detectó una herida producida con arma cortante de más o menos 1,5 cmts., como así lo determinó el legista, según consta en la diligencia consultable a folio 99 del primer cuaderno original, la cual debió llevar al Inspector a la creencia de que ésta fue producida por un arma de fuego, sobre todo si ya se*

conocía la versión de los entonces imputados que hablaban de un disparo". (fls. 106, 107 C, Trib.).

Como bien se observa, se presentaron dos grupos de pruebas, disimiles en su contenido. El primero, conformado por el acta de levantamiento del cadáver y el informe policivo; el otro, las necropsias. Como es obvio suponer, tal situación obligaba al juzgador a estudiar, evaluar y justipreciar las probanzas, escogiendo naturalmente las que reflejaran la verdad de lo acontecido. Visto que las últimas se realizaron por expertos en la materia, esto es, por el Dr. Hernando Soto Pico, médico del Hospital San Nicolás (fl. 99 cuad. No. 1) y el médico legista Enrique Horacio Mejía Monsalve (fl. 63 cuad. No. 2), mientras las diligencias primeramente citadas lo fueron por el inspector 1o. Permanente de Policía y por las autoridades del mismo orden, optó el fallador por considerar que la razón estaba de parte de quienes de manera técnica y profesional expusieron su criterio científico eliminando toda posibilidad de encontrar heridas de bala en el cuerpo del interfecto. Pero en ningún momento reconoció como si fuera verdad que el occiso hubiese sido lesionado con proyectiles provenientes de arma de fuego. Tal presentación acomodada del censor le resta seriedad a sus palabras.

De todas maneras, no está demás anotar, como bien lo expresara el Tribunal, que muy seguramente el error del funcionario que practicó la diligencia de levantamiento del cadáver obedeció a la lesión que presentaba el interfecto en el occipital, señal que a los ojos de un profano podía significar cualquier cosa, incluso una herida de bala, máxime cuando los implicados en ese momento aseguraban que había fallecido como consecuencia de un atentado en las circunstancias por ellos relatadas.

En el siguiente párrafo, sin embargo, el actor desnuda por completo sus intenciones. No hay tal distorsión. Su inconformidad reside en la importancia y valor probatorio que le diera el fallador a las experticias que descartaron las heridas provenientes de armas de fuego. Es por ello que luego de reseñar que éstas afirman que la muerte se produjo por asfixia proveniente de estrangulamiento, critica al fallador por excluir la segunda posibilidad con base en la supuesta mendacidad de los procesos y en ser producto de su invención el hombre que disparó sobre la víctima.

Este cariz que le da a su argumentación sitúa la tacha en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, pues el que el fallador

le dé mayor veracidad a una o varias pruebas y rechace las demás por ser carentes de credibilidad, es asunto que pertenece a su íntima convicción, dentro de los principios del sistema de la sana crítica que prevalece en nuestro derecho positivo.

Ninguna objeción merece este examen valorativo en sede de casación pues aquí no se busca reabrir el debate cerrado en las instancias sino analizar si el fallo recurrido se ajusta a derecho, es decir, si encuentra apoyo en la realidad procesal y en la normativa vigente. Si ello es así, y pese a que existan otras hipótesis también con posibilidades de tomarse en cuenta, prima la del juzgador, pues, como se ha dicho muchas veces, su decisión arriba a esta Colegiatura amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

El resto de la demanda, luego de esta antitécnica presentación y desarrollo de la censura, la dedica a realizar un estudio, desde el punto de vista médico, en torno al fenómeno del estrangulamiento para concluir que la causa del fallecimiento de Ruíz Caro no se produjo por medio de la asfixia sino por la herida de arma de fuego. No obstante, el derroche de términos científicos y conceptos clínicos, con los cuales pretende fungir como perito, no son de recibo en casación. En su momento, esto es, en el debate instancial, hubiesen tenido algún valor pues habrían ilustrado al fallador quien, con estos datos, y los proporcionados por las autoridades, habría tomado su decisión. Sin embargo, se repite, son ajenos al recurso extraordinario pues su presentación y las conclusiones personales que se extraen de ella no son sino eso, apreciaciones particulares o subjetivas que no tienen el vigor suficiente para desquiciar la decisión judicial.

Tanto las falencias técnicas como el deficiente desarrollo argumental provocan la desestimación del libelo.

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

Resuelve:

Casar parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de declarar extinguida la acción penal seguida en esta diligencias por el delito de

hurto agravado, de acuerdo con los motivos expuestos en la parte considerativa de este proveído. En consecuencia, declarar en favor de los procesados Fernando Jairo Zúñiga Guerra y Jaime Arturo Suárez Builes, la cesación de todo procedimiento por este específico delito. Hechas las reducciones de rigor, la pena a imponer en este proceso es la de dieciocho (18) años de prisión para cada uno de los procesados. Se confirma en todo lo demás.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda. Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IMPUTABILIDAD/ MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Tratándose de inimputables, su liberación o la sustitución de las medidas de seguridad dependen de factores diferentes –siempre y cuando no rebasen el tiempo máximo previsto como pena–, atañaderos con la recuperación de su normalidad o el logro de unas condiciones de equilibrio que tornen factible su reintegración a la comunidad, sin riesgos graves para el afectado ni para su entorno (artículos 95, 98, 99 y concordantes del C.P.).

Corte Suprema de justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 139.

Vistos:

BELISARIO MORENO MORENO, condenado como inimputable a la medida de internamiento mínimo de 12 meses en establecimiento psiquiátrico según sentencia del Juzgado 45 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito por los delitos de homicidio consumado e imperfecto, solicita de nuevo a la Sala, le sea concedida su libertad, considerando que al agregar al tiempo descontado en internado su dedicación a actividades laborales, ha superado el lapso impuesto como privación de libertad.

Consideraciones de la Sala:

El solicitante se encuentra privado de su libertad desde el 28 de julio 1991, lo que equivale a un tiempo de privación de libertad de cuarenta (40) meses y ocho (8) días, sin que él solo baste para alcanzar la libertad

que ansía así llegare a añadirse como descuento el de sus dedicaciones al trabajo, porque tratándose de inimputables, su liberación o la sustitución de las medias de seguridad dependen de factores diferentes –siempre y cuando no rebasen el tiempo máximo previsto como pena–, atañederos con la recuperación de su normalidad o el logro de unas condiciones de equilibrio que tornen factible su reintegración a la comunidad, sin riesgos graves para el afectado ni para su entorno (artículos 95, 98, 99 y concordantes del C.P.).

Correspondiendo con esas previsiones, ha previsto la Corte dentro del trámite de casación que actualmente se ritúa, el reconocimiento médico-psiquiátrico del procesado y el estudio de las condiciones familiares que podrían facilitar su reincorporación social conforme consta en autos, hallándose dentro de esos trámites previsto que el próximo día doce (12) de diciembre MORENO MORENO sea sometido a nueva evaluación médica-forense, de la cual podría derivar o bien la sustitución de la medida que le afecta, o bien su continuación para garantizar el éxito del tratamiento al cual se le somete.

En tanto ese nuevo examen no se cumpla, la libertad no podría hacerse procedente conforme se le hará saber al peticionario, pues es por ministerio de la ley y en guarda de los fines que ésta fija a las medidas de seguridad (curación, tutela y rehabilitación), que el artículo 98 del Código Penal impone al juez la obligación, cumplido el mínimo de duración de la medida impuesta de obtener con periodicidad informes encaminados a establecer si este tratamiento debe continuar, se ha de suspender o aún resulta viable entrar a modificarlo.

Implica, por consiguiente lo avisado, la necesidad de denegar por ahora la solicitud propuesta por el acusado para que se le restituya a su libertad, previendo en su lugar y a través de la Secretaría de la Sala librar las comunicaciones orientadas a la remisión bajo seguridades del señor BELISARIO MORENO al examen psiquiátrico que tiene programado, y sobre cuyos resultados entrará la Sala a pronunciarse sobre la perdurabilidad de su tratamiento en internado.

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

Resuelve:

Primero: *Denegar* la suspensión o sustitución de la medida de seguridad que afecta al procesado BELISARIO MORENO MORENO, y

Segundo: *Disponer* que por la Secretaría de la Sala se oficie lo pertinente para la oportuna remisión del solicitante al examen médico-psiquiátrico pre-programado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresnada, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal en su inciso tercero, otorga a la Sala Penal de la Corte, competencia para que, de manera excepcional, determine sobre la viabilidad o no del recurso extraordinario de casación para aquellos casos en que la impugnación no se sujeta a los requisitos legales previstos en el inciso primero de la citada norma.

Significa lo anterior que cuando los requisitos relativos a la autoridad judicial que emitió el fallo o al quantum de la pena no se satisfagan, es la Corte la que debe decidir sobre su admisibilidad pues, en estos casos, se trata de motivos específicos que le imprimen esa característica de excepcionalidad y discrecionalidad, esto es, la necesidad de desarrollar su propia jurisprudencia o hacer efectivo algún derecho fundamental.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta número 141 de 12 de diciembre de 1994.

Vistos:

Decide la Corte sobre el recurso de hecho, interpuesto por el defensor del procesado CARLOS ALBERTO ORJUELA SANCHEZ contra el auto de fecha veinticinco (25) de octubre del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior Militar denegó el recurso extraordinario de casación que había interpuesto contra la sentencia condenatoria, proferida en contra del mencionado procesado por el delito de PECULADO POR DEMORA EN ENTREGA DE ARMAS Y MUNICIONES.

Antecedentes:

El defensor del acusado interpuso ante el Tribunal Superior Militar recurso extraordinario de casación contra la sentencia condenatoria en la cual se negó a Orjuela Sánchez e beneficio de la condena de ejecución condicional, "en pro de la unificación de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales" para lo cual invocó el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal que autoriza para que, en tales casos, excepcionalmente se dé trámite al recurso.

El Tribunal Superior Militar al denegar el recurso consideró que conforme al artículo 35 de la ley 81 de 1993 elevó el quantum punitivo a un mínimo de seis (6) años, requisito que no alcanza a satisfacer la sentencia impugnada, habida cuenta que la infracción por la cual se acusa a CARLOS ALBERTO ORJUELA SANCHEZ, artículo 191 del Estatuto Penal Castrense, sólo alcanza un tope de dos (2) años.

Contra la decisión anterior, el defensor del sentenciado interpone recurso de hecho basado en que la causal que impetró al interponer el recurso extraordinario de casación, fue la consignada en el parágrafo segundo del artículo 218 que determina que de manera excepcional la Corte Suprema de Justicia puede discrecionalmente aceptar un recurso de casación, lo cual fue desconocido por el Tribunal Superior Militar.

Explica que su propósito es buscar la unificación doctrinal para que el beneficio de la conducta de ejecución condicional procedente en la justicia ordinaria para el punible de peculado, tenga la misma aplicabilidad en la Justicia Penal Militar.

Consideraciones de la Sala:

El recurso de hecho, según las voces del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, procede, para el caso que nos interesa, contra el auto que deniegue el de casación a fin de que el superior pueda conocer de la providencia contra la cual se recurrió, pero que el inferior no concedió a pesar de su viabilidad.

Para su trámite existen unos parámetros, según los cuales se deben interponer dentro del término de ejecutoria del auto que deniega el recurso artículo 207 C. de P.P. y sustentarse dentro de los tres días siguientes con la expresión de sus fundamentos. Si no se sustenta dentro del plazo indicado, se desechará, artículo 209 ibídem.

Conforme a lo anterior, de las diligencias se desprende que una vez llegaron a esta corporación, la secretaría de la Sala puso a disposición el expediente por el término de tres (3) días para que el recurrente sustentara el recurso, lo cual no ocurrió y ello de por sí configuraría motivo suficiente para desecharlo.

No obstante, observa la Sala que en el momento de interponerse el recurso, presentó el memorialista algunos argumentos que en si, reflejan los motivos de su inconformidad y que de cualquier manera vendrían a convertiste en su sustento, esto es, que el tribunal Superior Militar le denegó el recurso extraordinario de casación que interpuso de manera excepcional, por motivos diferentes a los contenidos en el artículo 218 "parágrafo segundo", (entiéndase inciso tercero) norma que fue la que invocó.

Las razones que en escrito posterior hubiera consignado al libelista no tendrían contenido diferente y es por ello que apartándonos del riguroso formalismo que impone el trámite del recurso interpuesto se procederá a resolver a continuación las inquietudes de fondo que se proponen.

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal en su inciso tercero, otorga a la Sala Penal de la Corte, competencia para que, de manera excepcional, determine sobre la viabilidad o no del recurso extraordinario de casación para aquellos casos en que la impugnación no se sujeta a los requisitos legales previstos en el inciso primero de la citada norma.

Significa lo anterior que cuando los requisitos relativos a la autoridad judicial que emitió el fallo o al quantum de la pena no se satisfagan, es la Corte la que debe decidir sobre su admisibilidad pues, en estos casos, se trata de motivos específicos que le imprimen esa característica de excepcionalidad y discrecionalidad, esto es, la necesidad de desarrollar su propia jurisprudencia o hacer efectivo algún derecho fundamental.

En el caso que nos ocupa, resulta claro que esa competencia excepcional fue desconocida por el Tribunal Superior Militar al decidir acerca del recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor del procesado ORJUELA SANCHEZ, lo que conlleva necesariamente a que se deba declarar la nulidad del auto de fecha octubre veinticinco (25) de los cursantes por medio del cual dicha Corporación inadmitió la impugnación extraordinaria.

A su turno, la Sala deberá decidir acerca de la viabilidad de conceder de manera excepcional el recurso de casación, para lo cual las diligencias volverán al Tribunal de origen y con ellas remitirán el expediente a ésta Corporación para los fines subsiguientes.

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

Resuelve:

Primero: *Decretar la nulidad* de lo actuado dentro del presente asunto, a partir del auto de octubre veinticinco (25) del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior Militar denegó el recurso extraordinario de casación interpuesto de manera excepcional por el defensor del procesado CARLOS ALBERTO ORJUELA SANCHEZ.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior vuelvan las diligencias al Tribunal de origen, para que con ellas se remita el expediente a ésta Corporación, para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

La Corte retiradamente ha sostenido que para que sea admisible la casación discrecional, es necesario que el recurrente anticipadamente exponga las razones por las cuales estima que la Corporación debe intervenir en el caso concreto para crear o desarrollar la jurisprudencia o intentar demostrar qué garantía fundamental le fue desconocida o resultó vulnerada al acusado durante el rito procesal que impliquen su restablecimiento.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 139 de 6 de diciembre de 1994.

Vistos:

Decide la Corte sobre la procedencia del recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor del procesado JORGE EDUARDO ARROYABE MEJIA –Agente de la Policía Nacional– contra la sentencia de 27 de junio del presente año del Tribunal Superior Militar, confirmatorio de la de primer grado que lo condenó a la pena principal de doce meses de arresto, por el delito de abandono del puesto.

Antecedentes inmediatos:

1. El Comando del Departamento de Policía de la Guajira, mediante sentencia del 9 de mayo del año en curso (fl. 100), condenó a dicho procesado a la pena principal de doce meses de arresto por el referido delito establecido en el artículo 111 del Código Penal Militar, fallo que fue confirmado por el Tribunal Superior de esa jurisdicción, por medio del suyo que se ha recurrido en casación (fl. 122).

2. El defensor del acusado interpuso contra dicho fallo de segunda instancia el recurso de casación "...con fundamento en el hoy modificado artículo 218 ordinal 3o. del Código de Procesamiento Penal...". Y agrega:

"El recurso de casación interpuesto en virtud de que la sentencia da lugar a la causal 1a. del artículo 442 del Código de Procesamiento Penal Militar en punto a que se le dio una errada apreciación a algunas pruebas, así como también no se tuvo en cuenta otras que existen en el respectivo expediente, lo que, desde luego, viola derechos fundamentales...".

Enuncia la ulterior sustentación.

El Tribunal en mención, ordenó la remisión del proceso a esta Corporación en orden a que se pronunciara sobre la procedibilidad del recurso.

Consideraciones de la Corte:

1. El punible objeto del fallo recurrido se encuentra sancionado con pena de arresto de 1 a 3 años, lo que de suyo no viabiliza el recurso de casación tradicional, como lo entendió el impugnante al apoyarse en le Estatuto Procesal Penal en su artículo 218 *in fine*; si lo pretendido fue la casación discrecional, no bastaba con señalar el precepto, sino que era necesario invocar y demostrar cualquiera de sus dos finalidades.

Este excepcional medio de impugnación tiene por finalidad:

a) El desarrollo de la jurisprudencia, y

b) La garantía de los derechos fundamentales.

2. La Corte reiteradamente ha sostenido que para que sea admisible la casación discrecional, es necesario que el recurrente anticipadamente exponga las razones por las cuales estima que la Corporación debe intervenir en el caso concreto para crear o desarrollar la jurisprudencia o intentar demostrar qué garantía fundamental le fue desconocida o resultó vulnerada al acusado durante el rito procesal que implique su restablecimiento.

Así, en providencia de 28 de octubre de 1992, con ponencia del Magistrado Doctor Juan Manuel Torres Fresneda, entre otras, dijo:

"La necesidad de que el impugnante fundamente, así sea de manera breve pero con suficiente claridad, cuales son los motivos que le animan a la interposición del recurso, a fin de poder examinar la viabilidad de su pedido, pues dentro de la respuesta que compete a la Corte, el ejercicio de su discrecionalidad le exige, sea en el evento de que la petición se niegue o se atienda, el apoyo de un debido fundamento, y ello obliga al conocimiento anticipado de las razones que a juicio del inconforme hacen de recibo el recurso, pues no de otra manera podrían ellas descubrirse, ni conocerse el punto que suscita la respectiva controversia, exposición que en modo alguno perjudica o se opone a la necesidad de que en caso de admisibilidad, la impugnación extraordinaria se concrete a través de la formal y oportuna demanda de casación".

En el caso que se examina y como se dejó visto atrás, el impugnante se limitó a citar el precepto que prevé el recurso discrecional de casación sin ni siquiera enunciar el por qué acudió a ese instrumento, aludiendo sólo de contera al 'desconocimiento de garantías fundamentales', resultándole a la Colegiatura imposible, por tal omisión, descubrir medianamente su pretensión, vacío que no le es dable llenar oficiosamente a esta hora.

En consecuencia, deberá inadmitirse el recurso.

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

Resuelve:

Inadmitir el recurso de casación discrecional interpuesto contra la sentencia de fecha, contenido y origen indicados.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Enrique Valencia.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DETENCION DOMICILIARIA

El artículo 53 de la ley 81 de 1993, atribuye competencia al funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del Código de Procesamiento Penal, "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se le atribuye bajo el presupuesto del análisis de las pruebas de responsabilidad que obran en el proceso, competencia que la Corte sólo tiene en los casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., doce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 141.

Vistos:

El procesado WILLIAM BAEZ SAAVEDRA, quien se haya detenido en la cárcel del Distrito Judicial de San Gil, solicita la libertad provisional de conformidad con lo preceptuado por el artículo 55-7 de la Ley 81 de 1993 o en su defecto, la detención domiciliaria en atención a que los juzgadores de instancia no tuvieron en cuenta los beneficios de rebaja de pena por confesión y por colaboración eficaz con la administración de justicia.

Consideraciones de la Corte:

El incriminado WILLIAM BAEZ SAAVEDRA se acogió a la terminación anticipada del proceso en audiencia especial con la Fiscalía Seccional 17, acuerdo que fue aprobado por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bucaramanga mediante sentencia de febrero 8 del año en curso, providencia que lo condenó a la pena privativa de la libertad de 53 meses y 10 días, como autor responsable de los delitos de concierto para delinquir, falsedad de sellos oficiales, falsedad en documento público y estafa, sanción que fue confirmada en fallo de abril 20 siguientes por el Tribunal Superior de esa ciudad y que ahora es materia del recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensor.

Lo que pretende BAEZ SAAVEDRA es que la Corte le conceda libertad provisional de conformidad con lo consagrado por el artículo 55-7 de la Ley 81 de 1993, en razón a que se le embargaron unos bienes, por ello considera que el daño ya está resarcido y cree ser merecedor al derecho solicitado.

Además, pretende que se le reconozcan beneficios tales como la rebaja por confesión y colaboración eficaz con la administración de justicia la que permite el otorgamiento de la detención domiciliaria.

En relación con la primera pretensión, esta Sala ha sostenido reiteradamente que carece de competencia para atender, en el trámite del recurso extraordinario de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Solamente podrá ocuparse de las solicitudes de libertad apoyadas en las prescripciones del numeral 2 del artículo 55 de la ley 81 de 1993, esto porque en forma expresa el legislador dispone que "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que éste conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista", es decir, ante el instructor, Juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación.

En lo concerniente a la medida de aseguramiento de la detención domiciliaria, la doctrina de esta Corporación ha sido pacífica y constante al sostener que la Constitución y la ley determina la

competencia de cada funcionario judicial y entre las funciones que le atribuyen a la Corte, no está la de atender peticiones de la naturaleza ya indicada en esta sede.

El artículo 53 de la Ley 81 de 1993, atribuye competencia al *funcionario judicial* para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según voces del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, "cuando contra el sindicado resultares por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se le atribuye bajo el presupuesto del análisis de pruebas de responsabilidad que obran en el proceso, competencia que la Corte solo tiene en los casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente como el aquí propuesto, ya que ello implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa.

Las mismas consideraciones se imponen, con relación a la liberación provisional que plantea el incriminado con apoyo en la nulidad que le atribuye a la actuación procesal por el no reconocimiento en las instancias de la rebaja de pena por confesión y los beneficios por colaboración eficaz, petición que resulta improcedente, porque cualquier pronunciamiento al respecto por fuera del fallo de casación, estaría modificando de manera anticipada la sentencia objeto del recurso extraordinario, con ostensible desconocimiento de su trámite y con violación del debido proceso.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto de las pretensiones del libelista.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se *Abstiene* de considerar las peticiones del procesado WILLIAM BAEZ SAAVEDRA, por las razones expuestas en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Freneda, Jorque Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION OFICIOSA/RESOLUCION DE ACUSACION/ TRANSITO DE LEGISLACION

Al abordar el tema de la facultad oficiosa que le cabe a la Corte ello no indica que el casacionista quede relevado de presentar sus propios razonamientos. Por el contrario, dado que esta causal –como las demás– posee su propia naturaleza y alcances, del mismo modo exige una adecuada presentación y unos fundamentos sólidos para ser considerada como materia de estudio y reflexión por esta Colegiatura.

2. La resolución de acusación se encuentra sujeta a los recursos ordinarios, a través de los cuales es posible revisar la actuación y, si es el caso, efectuar el correctivo necesario.

"Como regla general, es bien sabido que la ley procedimiental no se aplica a las actuaciones procesales cumplidas antes de su vigencia y por lo mismo, que los efectos inherentes a la norma imperante para dicha época subsisten independientemente del tránsito legislativo, sin que sea dable afirmar que su aplicación se pueda poner en duda por las consecuencias que la nueva normatividad traiga consigo, en la medida en que es un principio general en materia de sucesión de leyes el que éstas deban regir para el futuro".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 126 de 9 de noviembre de 1994.

Vistos:

Decide la SALA sobre el recurso de casación interpuesto por la defensora de los procesados *Ramiro Vergara Campillo y Stella Melo*

Rodríguez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 36 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual los halló responsables de un delito de estafa –autor del primero, cómplice la segunda–, sancionándolos a purgar dieciséis (16) y ocho (8) meses de prisión a cada uno, multa de un mil trescientos treinta y tres pesos ($1.333.oo) y seiscientos treinta y tres pesos ($633.oo) como penas principales, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, la obligación indemnizatoria por los perjuicios ocasionados con el punible tasados en un millón de pesos ($1.000.000,oo), concediéndoles el subrogado de la condena de ejecución condicional, Dentro de la misma a decisión fueron absueltos de todo cargo Luis *Hernando Medina Flórez y Elsa Devia de Medina.*

Hechos:

El diez (10) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978) contrajeron matrimonio católico *Ramiro Moisés Vergara Campillo y María Idalid Carreño Salazar*. Al año siguiente, el diecinueve (19) de marzo de 1979, Vergara formalizó una promesa de compraventa con los esposos *Luis Hernando Medina Flórez y Elsa de Medina*, de un inmueble situado en la diagonal 15 sur No. 81B-55, Bloque C-1, apartamento 401, de Santafé de Bogotá, fijándose un valor de quinientos cincuenta mil pesos ($550.000.oo).

Meses más tarde, el veintiocho (28) de mayo de mil novecientos setenta y nueve (1979), se celebró un contrato de cesión de derechos, entre Luis Medina y Vergara Campillo, figurando como testigos sus respectivas esposas, Elsa de Medina y María Idalid Carreño Salazar, fijándole esta vez como precio el de seiscientos mil pesos ($600.000.oo), pagadero de la siguiente manera: cien mil pesos ($100.000.oo) que declaró el cedente haber recibido, trescientos mil pesos ($300.000.oo) a la firma de la promesa y los doscientos mil pesos ($200.000.oo) restantes en diez cuotas mensuales de diecisiete mil pesos ($17.000.oo) y dos de quince mil pesos ($15.000.oo). Como fecha para la firma de la escritura se fijó la del vencimiento del término señalado para el último pago.

El diez (10) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980) se firma un contrato de cesión de derechos a título de compraventa entre

los esposos Medina Devia y Ramiro Vergara, mediante el cual autorizan al Instituto de Crédito Territorial a formalizar la respectiva escritura pública que protocolice la promesa de compraventa, señalando como precio de la cesión trescientos mil pesos ($300.000.oo) los cuales declaran los interesados haber recibido a entera satisfacción. La entrega real y material del apartamento se concreta en esta fecha.

Tres años después, el veintidós (22) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), ante el Tribunal Eclesiástico Regional de Bogotá, se aceptó la demanda de nulidad del vínculo matrimonial, por la causal de bigamia en el varón presentada por el propio Vergara Campillo. El cinco (5) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), el Tribunal Eclesiástico declaró nulo el matrimonio por existir uno anterior del demandante, celebrado en mil novecientos sesenta y ocho (1968).

En el mes de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), María Idalid Carrero adelantó un proceso de exhibición de documento privado contra los esposos Medina Devia, específicamente el realizado el primero (1o) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979), referente al contrato de compraventa del apartamento en mención celebrado entre ella y su esposo Ramiro Vergara y el mencionado matrimonio.

El seis (6) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), se obtuvo la exhibición del documento fechado el diecinueve (19) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979). De igual manera, en la respectiva audiencia pública, Luis Hernando Median admitió que en marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979) celebró con los esposos Vergara Carreño una promesa de compraventa del inmueble en referencia, conociendo por su esposa de los problemas que María Idalid tenía con Vergara y que por tal razón le llevó una minuta para que le firmara la cesión de la mitad del apartamento por haber sido adquirido dentro de la sociedad conyugal y que no tiene ninguna objeción en otorgarle la escritura del inmueble en esas condiciones.

Dos años más tarde, el veintitrés (23) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986), se firmó un nuevo contrato de compraventa, entre el matrimonio Medina Devia y Vergara Campillo, reconociéndose en el documento que el precio estipulado ($600.000.oo) se pagó a entera

satisfacción, el treinta (3) de mayo de mil novecientos ochenta (1980) y el treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y uno (1981) según lo pactado en el documento de diez (10) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980). Los prometientes vendedores son los esposos Medina Devia. Uno de los testigos es Stella Melo Rodríguez quien por entonces convivía maritalmente con Vergara.

Un año después, el veinticinco (25) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987), el matrimonio Vergara Devia otorga la escritura pública del inmueble en referencia en favor de Vergara Campillo, advirtiendo que los vendedores habían adquirido el bien del Instituto de Crédito Territorial el diecisiete (17) de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985). En ella Vergara afirma ser soltero y se manifiesta que con dicho instrumento se da cumplimiento al precontrato celebrado años atrás.

Meses más tarde, el diez (10) de septiembre, ante el Notario 31 de Bogotá, Ramiro Vergara le transfirió a título de venta en favor de Stella Melo el derecho de dominio y posesión material que tiene y ejerce sobre el inmueble en referencia, fijando como precio del bien un millón sesenta mil pesos ($1.060.000.oo) que el vendedor declara haber recibido a entera satisfacción.

Ante estos hechos y dado que María Idalid fue excluida al momento de firmarse la escritura y que, luego, insólitamente, poco tiempo después el inmueble se lo traspasó su esposo a la mujer con quien convivía ella consideró que se había violado la ley penal y formuló la respectiva denuncia para que se investigara la posible estafa en que habían incurrido los partícipes en las diversas negociaciones.

Actuación Procesal:

El compendio lo realizó la Delegada con acierto. La Sala hace la transcripción correspondiente:

> *"A la denuncia presentada mediante apoderado por la señora María Idalid Carreño Salazar se adjuntó fotocopias de abundante prueba documental, entre las cuales merecen*

destacare: el acta de matrimonio celebrado entre la denunciante y Vergara Campillo *el 10 de junio de 1978; la sentencia definitiva del Tribunal Eclesiástico Regional de Bogotá por medio de la cual se declara "*NULO *por vínculo anterior en el varón" dicho matrimonio; sendas escrituras públicas de compraventa del inmueble distinguido con el No. 81B-55 de la diagonal 15 sur, Apto. 401 de esta ciudad; los testimonios que el matrimonio Medina Devia rindiera dentro del proceso que por exhibición de documento se adelantara en el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá.*

A cargo de los Juzgados 69 y 51 de Instrucción Criminal estuvo el adelantamiento de la indagación preliminar, dentro de la cual se oyó en ampliación de denuncia a Carreño Salazar y, a esta última autoridad correspondió decretar la apertura formal de investigación en auto de febrero 8 de 1989.

Una vez vinculados al proceso mediante indagatoria Stella Melo Rodríguez, *Luis Hernando Medina Flórez, Elsa Devia de Medina y* Ramiro Moises Vergara Campillo, *se declaró cerrada la investigación y se calificó el mérito sumarial decretándose la reapertura investigativa por el término de sesenta (60) días con interlocutorio del 7 de septiembre de 1989.*

En el nuevo período instructivo se recibió ampliación de denuncia y se allegó por parte del defensor de los imputados Vergara y Carreño, *Los extractos bancarios de las cuentas corrientes No. 00501535-9 y 00502330-4 del Banco Cafetero – Sucursal Sabana– pertenecientes a éstos, de diversos meses y años entre 1972 y 1979, como también recibos de consignación de la cuenta últimamente mencionada y del año 1979.*

Venido el nuevo cierre de la investigación, por segunda vez se calificó el proceso y no obstante expresamente señalarse que "no se allegó un elemento que diferenciara los razonamientos tenidos en cuenta por este Despacho cuando por primera vez calificó el mérito del sumario", en un "nuevo recorrido" por el expediente y en atención a las juiciosas apreciaciones del

Ministerio Público, se profiere resolución de acusación contra Vergara Campillo *y* Melo Rodríguez *por los delitos de estafa y falsedad por ocultamiento de documento privado y por este último delito contra Medina Floréz y Devia de Medina, resolviéndose hasta dicho momento la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en caución prendaria.*

Apelada esta decisión, el Tribunal Superior la modificó en el sentido de hacer extensiva la acusación por el delito contra el patrimonio económico de los esposos Medina Devia en calidad de cómplices, revocando a su vez el punible de falsedad atribuido a Melo, *respecto al cual se ordenó la "*REAPERTURA DE LA INVESTIGACION *por el término de tres (3) meses".*

Abierto el juicio a pruebas, copiosa y diversa fue la documental que los defensores de los procesados trajeron al expediente, como también múltiples testimonios fueron recepcionados durante dicho período; cumplido el mismo se efectuó la audiencia pública profiriéndose sentencia de primer grado por el Juzgado 36 Penal del Circuito la que fue confirmada por el ad quem al momento de desatar el recurso de apelación incoado, de conformidad con lo reseñado procedentemente.

Contra la sentencia de segundo grado alza su protesta la defensora de los procesados Vergara y Melo, *impugnándola en casación".*

La Demanda:

En libelo conjunto para los dos procesados, la impugnante formula varios cargos bajo el auspicio de las causales *tercera y primera* de casación previstas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Primer Cargo:

Violación al debido proceso, al derecho de defensa y a sus derechos fundamentales, son las réplicas:

Respecto a la primera advierte que es improcedente la resolución acusatoria. Como el instructor advirtió que ningún elemento nuevo

se allegó en la etapa de reapertura investigativa por fuerza que imponía la cesación de procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 473 del Decreto 050 de 1987, vigente a la fecha de la actuación en estudio.

La ejecutoria que ampara la primera resolución calificatoria fechada el siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989); además de la seguridad jurídica que en todo caso vierte hacia los procesados, conformes ya con la inicial decisión, es el sustento esgrimido por este aspecto de la alegación.

Respecto al segundo señala que en forma indebida se prolongó el lapso de la reapertura investigativa, lo que constituye una nueva irregularidad sustancial que afecta el debido proceso. Para el caso de autos "el señor Juez de la instancia excedió el término de sesenta días bordeando los ciento ochenta días con notorio perjuicio para los procesados por razón de la inseguridad jurídica que para eso significaba el pretermitir excesivamente...".

En tercer lugar se refiere al principio de favoralidad, dado que la situación jurídica de los indagados debió resolverse antes del auto que declaró cerrada la investigación, conforme lo establece el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal en vigor.

Después precisa los preceptos en que funda el ataque, entre ellos, el artículo 29 de la Constitución Nacional. Transcribe, además, el aparte final del artículo 228 del Decreto 2700 de 1991, sobre la posibilidad de que la Corte, por vía oficiosa, quiebre una sentencia cuando ésta atente contra las garantías fundamentales, luego de lo cual solicita se case la sentencia y se dicte la que corresponda.

Segundo cargo:

Propugna una violación indirecta de la ley sustancial. Alega que el sentenciador incurrió en "manifiestos y evidentes" *errores de hecho* por falta de apreciación y apreciación errónea del caudal probatorio. Estos yerros conllevaron a que aplicara indebidamente el artículo 356 del Código Penal, en "concordancia con el art. 1820 del C.C.".

Para la libelista está probado que el comportamiento de los procesados no estructuró delito alguno, que le matrimonio celebrado entre *VERGARA CAMPILLO* y la denunciante no podía dar nacimiento a sociedad conyugal, y, finalmente, que el procesado por sí sólo tenía la capacidad económica para adquirir el apartamento con su patrimonio. Al no considerarlo probado el sentenciador, cometió error de hecho, como también al dar por demostrado que María Idalid Carreño Salazar poseía los medios económicos suficientes para adquirir el inmueble.

Para fortalecer sus asertos, señala una serie de pruebas que estima omitidas por el fallador (falso juicio de existencia), y otras "defectuosamente apreciadas" (falso juicio de identidad).

Para rebatir la solvencia económica de la denunciante, transcribe las consideraciones hechas por el *ad-quem*, así como unos apartes de las versiones rendidas por la denunciante que no fueron apreciadas. Es evidente el error de hecho por falso juicio de identidad, con las certificaciones bancarias allegadas al plenario, ignoradas por los falladores y de las cuales se extrae que la cuenta contra la cual fueron girados los cheques para cubrir el pago del inmueble, fue abierta con un título por valor de $17.223.49 proveniente de otra cuenta que VERGARA CAPILLO tenía en la misma Corporación. También se puede advertir, que durante el tiempo que convivieron sindicado y denunciante, el movimiento de dicha cuenta era "amplio y alto", distinto a cuando se produjo la separación, notándose a partir de allí una disminución ostensible y prácticamente nulo el movimiento de la cuenta corriente hecho por la denunciante.

Pese a estar demostrada la solvencia económica de VERGARA CAMPILLO, merced a sus ingresos provenientes de su profesión de médico, trabajando simultáneamente para diferentes entidades, la prueba documental pertinente fue ignorada por el fallador. Por consiguiente, no se explica la actora, el porqué la sentencia, sin estar demostrado, haya considerado igual la situación de la denunciante, cuando ésta certificó ingresos menores a $18.500.oo.

Es que, agrega, el Tribunal desconoció la certificación del Ministerio de Salud en la que se advierte que quienes prestan el servicio social rural no se les cancela ningún salario. Tampoco tuvo en cuenta la inexistencia

del Centro Médico Asistencial San Jorge, a cuyo empleo aludió la señora María Idalid como fuente de otros ingresos.

Pero, además, enrostra al Tribunal haber pretermitido del análisis probatorio las injuradas de los procesados absueltos, esposos *Medina-Devia,* y del propio VERGARA CAMPILLO, cuyos dichos encontraban respaldo en la prueba documental igualmente ignorada, es decir, la solicitud y el contrato de arrendamiento, y los recibos de pago periódicos, todo lo cual demuestra que "la única persona que negoció y canceló la totalidad de las obligaciones" fue su asistido.

Afirma que también incurrió el Tribunal en error de hecho por falso juicio de identidad respecto a la promesa de contrato de compraventa o de cesión de derechos. Es evidente que de su expresión literal únicamente se desprende que en la elaboración del mismo la denunciante intervino como un simple "testigo ocasional". Nada más.

Finalmente, controvierte la consideración de la sociedad conyugal habida entre procesado y denunciante, por el hecho del matrimonio. Explica que con arreglo a lo previsto en el artículo 1820 de C.C., modificado por el artículo 25.4 de la Ley 1a. de 1976, no hay lugar a sociedad conyugal cuando la declaración de nulidad del matrimonio está fundada en la preexistencia de un vínculo anterior como ocurrió en el caso de *Vergara Campillo,* declarándolo así el Tribunal Eclesiástico de Bogotá mediante sentencia definitiva allegada a este expediente pero omitida por el juzgador.

En este último yerro perseveró el Tribunal por cuanto desconoció la preceptiva del art. 1o. de la Ley 28 de 1932 que determina que durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes. De manera que, por mandato legal, tanto por la nulidad decretada por el Tribunal Regional Eclesiástico de Bogotá, como desde el nuevo régimen matrimonial creado por la Ley 28 de 1932 podía *Vergara Campillo* disponer del referido bien sin que incurriese en conducta punible, hecho del cual deduce como indebidamente aplicado el art. 356 del C.P.

Por consiguiente, solicita la casación de la sentencia.

Tercer cargo:

Es "SUBSIDIARIO" y lo eleva por violación directa de la ley sustancial, proveniente de la aplicación indebida del artículo 356 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 2 y 3 ibídem, consecuencia de haberse ignorado los artículo 1740, 1742 y 1746 del C.C., 89.3.4 de la Ley 153 de 1887.

Retoma la promesa de compraventa firmada por la denunciante como testigo, para descalificarla no como un documento "ad probationem", sino "ad sustantian actus"., por carecer de los requisitos mínimos de la normatividad civil, pues se encontraba afectado de "NULIDAD SUSTANCIAL ABSOLUTA, declarable aún de OFICIO POR EL JUEZ, ya que los contratantes no fijan en él la época, el día, el año, la notaría, lugar ni hora" del cumplimiento contractual.

En estas condiciones, siendo *nulo,* "el único acto en el que interviene la denunciante, resulta inocuo cimentar sobre él la existencia de un comportamiento criminoso de los contratantes, y luego de la tercera, Estela Melo, en el tipo de la estafa".

De otra parte, opina, que acorde con lo dispuesto por el artículo 1o. de la Ley 28 de 1932, es de inferir la libre disposición de los bienes que por cualquier causa hubiesen adquirido sindicado y denunciante, pudiendo, de contera, disponer libremente de aquellos bienes que se encontraban en cabeza de cada uno. Solamente al momento de liquidarse la sociedad conyugal procedería la acumulación imaginaria al haber social, de todo aquel conjunto de bienes que se adeuden a la misma.

Así las cosas, –concluye– permitido le estaba a VERGARA CAMPILLO disponer del apartamento de autos, "así fuese bien social", sin que la presencia de *María Idalid* en el contrato obrante a folios 317 y 318 tenga incidencia, dada la "nulidad sustancial absoluta y declarable aún de oficio" acorde con lo expuesto en preferencia.

El pedimento final es que la CORTE absuelve a los procesados, ya que las conductas no reflejan "violación de norma penal alguna".

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

1. Respecto al cargo por nulidad, en primer término resalta sus falencias técnicas. Critica el que postule el reproche tanto como un vicio sustancial de naturaleza legal como de características supralegales, invitando a la Corporación a ejercer la oficiosidad en estos menesteres, denotando con ello inseguridad y falta de claridad en su proposición.

Pero, además, añade temas que nada tienen que ver con el supuesto de ataque, como el haberse excedido el lapso de reapertura, no haberse resuelto la situación jurídica de los procesados antes de decretarse el cierre de la investigación y aducir que las pruebas obrantes en el expediente al finalizar la etapa sumarial conducían, necesariamente, a que se decretara el cese de todo procedimiento en favor de los implicados.

Por consiguiente, concluye la Delegada, lo que se deduce del escrito es un ánimo de especulación sobre la manera como el proceso fue adelantado y las determinaciones tomadas y un claro interés en demostrar los presuntos quebrantos provenientes de un inadecuado trámite procesal y el consiguiente desconocimiento del derecho a la defensa de los implicados.

No obstante lo anterior, la Delegada responde los diversos aspectos tratados aun cuando no tengan relación directa entre sí, dado que es la nulidad lo que en últimas se impetra. Luego se referirá al aspecto central del ataque.

1.1. En lo que atañe al lapso legal de reapertura de la investigación, considera que si bien este término constituye un marco temporal, ello no quiere decir que al sobrepasarse se cause mengua en la estructura formal del proceso, como tampoco que se vea lesionado el derecho de defensa, como lo ha entendido la jurisprudencia:

> *"... esto es que solo en tanto se atente contra el derecho de defensa, la pretermisión de los términos judiciales puede concebirse como motivo de nulidad, mientras que en el supuesto contrario tal hecho no pasa de ser una irregularidad por completo intranscendente.*

Ni más ni menos debe predicarse en el presente caso, dentro del cual si bien objetivamente el período de reapertura fue excedido, llegando a 150 días –no a 180 como alude la censora–, ello por sí solo no evidencia la transgresión de la referida garantía fundamental".

1.2. Cuanto a la violación del derecho de defensa y el debido proceso por no haberse aplicado, con base en el principio de favorabilidad, el artículo 483 del C. de P.P. que ordena no cerrar la investigación antes de resolver la situación jurídica de los implicados, la Delegada llama la atención sobre la irretroactividad de las normas procedimentales.

1.3. Respecto al cese de procedimiento que merecían sus defendidos, el representante del Ministerio Público critica las palabras de la actora por adecuarse a un simple alegato de instancia, pues contradiciendo la petición de nulidad, el escrito habla de que independientemente de los yerros señalados, el instructor estaba fatalmente abocado a fenecer el proceso en favor de sus defendidos. Aquí, a su juicio, no se presenta sino una disparidad de criterios sobre la evaluación probatoria, referida a una etapa superada del proceso, olvidando la demandante que por este aspecto no puede elevarse un reproche en casación, estando la determinación sujeta a los recursos ordinarios, uno de los cuales, el de apelación fue interpuesto oportunamente, hecho que no menciona la libelista y que es indicativo de la salvaguardia de los derechos de los procesados.

En lo que se relaciona con la naturaleza de la primera providencia calificatoria, y específicamente en cuanto al hecho de que el juzgador habría desconocido la ejecutoria formal y material de dicho pronunciamiento, la Delegada reitera su tesis de que éste proveído no tiene ejecutoria material, transcribiendo al efecto un concepto suyo anterior.

En consecuencia, considera que el cargo no debe prosperar.

2. En lo que tiene que ver con la segunda censura, también señala insalvables errores de orden técnico que impiden de entrada su éxito. En primer término señala el desacierto en que incurre el escrito al presentar como yerros las consecuencia de ellos, pues no otra cosas puede colegirse cuando habla de que las falencias son las de haberse reconocido que los

procesados no cometieron ilicitud alguna, o que nunca hubo sociedad conyugal, o que el procesado tenía la solvencia para adquirir inmuebles, lo que no podía predicarse de *María Idalid*.

Pese a que anuncia como objeto de su reparo insalvables errores de hecho, al desarrollar sus argumentos no hace otra cosa que oponerse al criterio valorativo del Tribunal, haciendo un cuestionamiento de las probanzas arrimadas al proceso para concluir solicitando se reconozca que la conducta imputada a sus defendidos no es delictiva. Olvida con ella –advera– la irrelevancia de estos ataques dado que se oponen a una sentencia que arriba a la sede de casación amparada por las presunciones de acierto y legalidad.

> *"De ahí que, cuando la censora presenta un extenso enlistado de los elementos de juicio obrantes en el expediente que imputa al fallo haber omitido y tergiversado, nada distinto hace que equiparar indebidamente las nociones propias del error de hecho, con el de valoración acorde con los principios de la sana crítica, lo que se hace aún más evidente si se advierte que la acusación está fundada sobre la base de una petición de principio, cual es, que la conducta por la cual fueron condenados Stella Melo y Ramiro Moisés Vergara Campillo no fue ilícita, cuando esto es lo que desde su perspectiva debería concluir, pero luego de demostrar frente a cada prueba los reclamados errores de hecho".*

Por consiguiente, debe colegirse que al final lo que la actora cuestiona es la inferencia probatoria a que llegaran los juzgadores como consecuencia de la valoración integral a que fueron sometidas las pruebas allegadas al proceso. Por tanto, como quiera que en tratándose de la prueba indiciaria el ataque debe hacerse a todo conjunto de las evidencias, porque solamente a través de esta visión general es que se puede llegar a una deducción válida, la única forma de acabar con la inferencia respectiva es atacando la totalidad de los hechos indicadores, lo cual no se realiza en este asunto. Incluso, asevera la Delegada, ni siquiera admitiendo que ellos un objeto del ataque, se logra su desquiciamiento pues resisten el ataque con suficiencia, dejando incólume la deducción jurídica a que llegaron los falladores de instancia.

A renglón seguido el Colaborador del Ministerio Público examina las pruebas arrimadas al expediente. Habla, entonces, de la celebración del matrimonio católico de *María Idalid* con *Vergara Campillo*, del contrato de arrendamiento con opción de compra del inmueble, materia de la controversia, con el objeto de servir de "habitación familiar", las varias promesas de compraventa, el cubrimiento de las cuotas, la última de las cuales canceló simultáneamente con la separación de hecho de la pareja y, finalmente, de la sentencia eclesiástica que decretó la nulidad del matrimonio. Luego, dos años después, se formalizaría la venta del inmueble con el otorgamiento de la respectiva escritura, lo que indica, a las claras, que el bien se adquirió en vigencia de la sociedad conyugal e igualmente que para el pago ambos hicieron aportes de dinero. Al efecto, la Delegada recuerda que durante un año *María Idalid* prestó sus servicios profesionales –año rural– al sanatorio del municipio de Agua de Dios, obteniendo ingresos por ello, a más de que aparece consignando algunos dineros en la cuenta corriente del Banco Cafetero, sucursal La Sabana, de la que era titular, habiendo autorizado la firma de su esposos quien, por ello, giró contra dicha cuenta los cheques que sirvieron para pagar el precio de la vivienda en mención.

Luego destaca la sinrazón de la libelista cuando advierte que *María Idalid* no hizo aportes de dinero para luego asegurar que sí tenía ingresos pero exiguos. Los aportes, sí se dieron, asegura el Ministerio Público, no sólo por lo dicho antes, sino también porque existe constancia de que recibió sueldo durante la medicatura rural en referencia.

De otro lado, aunque el colaborador reconoce que el procesado figuró en los documentos de compraventa como el único adquiriente, también lo es, que ello pasó por la confianza que en él depositara la víctima en su calidad de cónyuge. A más de ello, en el expediente se encuentran fotocopias del proceso por exhibición de documento, promovido por la denunciante, en la cual los vendedores del inmueble (los esposos Medina Devia) aseguran que el apartamento fue comprado por el matrimonio *Vergara-Carreño*, al punto de asegurara estas dispuestos a hacer las escrituras a nombre de ambos.

Incluso, refuerza su aserto la Delegada, no debe causar extrañeza que *María Idalid* apenas aparezca como simple testigo de la transacción porque, igualmente, con tal rol aparece *Elsa Devia* quien para entonces

era propietaria del inmueble. Y en lo que respecta a la omisión de la sentencia eclesiástica que decretó la nulidad del matrimonio, esta afirmación tampoco es cierta, según el Procurador Delegado. Una mirada al fallo enseña que si tuvieron en cuenta el documento y valoración dicho medio de convicción.

De otro lado, recuerda cómo el Tribunal, luego de reconocer los aportes de la denunciante para la adquisición del bien, rechaza la afirmación del impugnante acerca de que *Vergara Campillo* estaba autorizado por la ley para enajenar el inmueble. El sí sabía de los derechos que sobre ella le correspondían a su esposa, muestra de lo cual son las artimañas a que acudió para finalmente dejar el apartamento formando parte de la masa patrimonial de su concubina.

> *"Pretende hacer creer la demandante que la decisión anulatoria eclesiástica eliminó la inducción en error y le quita el desvalor que impone hacerle en el proceso criminosos, ya que al constituir un medio para lograr el ilegal provecho económico, nada distinto a reprocharle el procesado ésta conducta es lo que se impone, pues conscientemente se valió de un proceder legal para cometer el delito; de ahí que en lugar de convertir en atípica la conducta, lo que permite afirmar la declaración de nulidad del matrimonio, es lo contrario, es decir, que se trata de un evidente ejemplo en el que se marca paso a paso el iter criminis, ya que contó el procesado con el medio en este caso legal, para pretender dejar impune su acción fríamente ejecutada.*
>
> *En estas condiciones, debe concluirse que si bien el Tribunal no particularizó una a una las pruebas habidas en el proceso, como sí lo hizo en minucia y con ahínco la casacionista, su integral valoración por los juzgadores no tiene duda, debiéndose colegir que, a la postre, lo que se cuestiona en la inferencia indiciaria, pero que aún si se entendiera que el ataque se dirige a los hechos indicadores, tampoco puede prosperar la demanda pues su inanidad quedó demostrada".*

3. En relación con el tercero, la Delegada advierte que la argumentación de esta censura es diametralmente opuesta a los otros

ataques, ya que aquí la casacionista parte del reconocimiento probable de que el inmueble si estaba comprendido dentro del haber conyugal. Por consiguiente, su inconformidad se dirige a controvertir un aspecto diferente. Ahora su tacha se ciñe a demostrara que el contrato de promesa de compraventa adolece de los requisitos fundamentales para su validez jurídica; sin embargo, de plano desecha la objeción porque la libelista lo edifica sobre fundamentos carentes de veracidad. Basta con repasar el documento, para advertir que allí se consigna la obligación de otorgar la escritura pública en una fecha determinada, en una notaría previamente escogida y a una hora acordada, dejando abierta la posibilidad de que incluso, de común acuerdo, se pueda anticipar el acto.

De otro lado, resalta el desatino de la demandante al insinuar, frente al presunto vicio que advierte en el contrato, que aún de oficio procedería la declaratoria de nulidad, situación que ignora si lo que desea en que la Corte haga dicha declaración. Lo que por supuesto se sale de todo contexto lógico-jurídico, tanto en lo atinente con la técnica propia del recurso extraordinario como a las nociones procesales sobre jurisdicción y competencia.

Por tales razones, solicita desechar la demanda.

La Corte:

1. *De la nulidad:*

1.1. Según las palabras de la actora al enunciar este primer cargo, varias son las nulidades invocadas, dos de carácter legal (irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y violación al derecho de defensa) y la restante de rango constitucional (abstractamente se refiere a los artículo 29 y 230 de la Carta), esta última con carácter subsidiario. Tal exposición indica, por consiguiente, que realmente son tres los ataques y que en tal orden los va a exponer. Sin embargo, cuando pasa al acápite que denomina "Razones y hechos que fundan la petición de nulidad", comienza por hablar sobre las nulidades supralegales que han sido establecidas por vía constitucional al vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos y cita a continuación el artículo 228 del C. de P.P., con lo cual pareciera que le está reclamando a la Corte que case oficiosamente el fallo.

No entiende la Sala la razón por la cual se esgrime la añosa jurisprudencia de las nulidades supralegales deducidas del texto de la Carta de 1886, superada con la entrada en vigencia del ordenamiento procesal de 1987, que consagró a nivel legal y en forma técnica y amplia, aparte de la incompetencia del juez, las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa. Esta alusión revela un desconocimiento sobre el tema y denota una inseguridad extrema de la censora al plantear el reproche tanto desde el punto de vista legal como desde la perspectiva constitucional.

También le resta transparencia a sus argumentos el abordar el tema de la facultad oficiosa que le cabe a la Corte en estas materias pues, de todas maneras, como se ha reiterado en muchas oportunidades, ello no indica que el casacionista quede relevado de presentar sus propios razonamientos. Por el contrario, dado que esta causal –como las demás– posee su propia naturaleza y alcances, del mismo modo exige una adecuada presentación y unos fundamentos sólidos para ser considerada como materia de estudio y reflexión por esta Colegiatura. La alusión, por tanto, no tiene razón de ser.

Además, la postura, como bien lo destaca la Procuraduría, evidencia "mas un ánimo de especulación sobre la manera como el proceso fue adelantado y las determinaciones adoptadas a través del mismo, que un claro interés en comprobar los presuntos alejamientos del debido trámite procesal y el consiguiente desconocimiento del derecho a la defensa de los imputados".

1.2. Luego de esta infortunada presentación se espera que los párrafos siguientes aporten la claridad necesaria sobre las plurales nulidades planteadas, presentándolas en forma independiente y con los argumentos propios de cada cual, resaltando su influencia nociva en el proceso y la casación del fallo como única alternativa para remediar el respectivo entuerto, reparando así, el agravio inferido a los procesados. No obstante, la exposición continúa inmersa en el desorden y la confusión.

1.3. Sin explicación previa y a renglón seguido del tema de la oficiosidad aborda en el mismo párrafo otro atinente a los términos de reapertura, señalando que el calificatorio la había ordenado por el término

imporrogable de sesenta (60) días y que luego de cien (100) días, una vez practicadas una serie de pruebas que determinaban la posibilidad de una cesación de procedimiento, se profirió resolución de acusación.

¿Esta llamada de atención sobre el haberse soprepasado el término de sesenta días es una irregularidad sustancial? Nada dice sobre el particular. Apenas pone en relieve la situación, para luego pasar a un asunto diferente, basado en el artículo 473 del estatuto procedimental.

De todas manera, si su intención era demostrar la existencia de una irregularidad sustancial capaz de afectar el debido proceso, tampoco una presentación adecuada le habría reportado el éxito a su gestión.

Obsérvese cómo no se percata la demandante de que a la fecha del proferimiento del primer calificatorio, por medio del cual se ordenó la reapertura investigativa -septiembre 7 de 1989- ya se había reformado el Código de Procedimiento Penal.

En efecto, desde el dieciocho (18) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989) el Decreto 1861, en su artículo 25 modificó el 473, así:

> *Artículo 473.* Reapertura. *Cuando no exista* prueba *para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará reapertura de la investigación por un término que no podrá exceder de* un (1) año *y señalará las pruebas que deban practicarse. Vencido este término, cerrará la investigación y correrá traslado a las partes; acto seguido decretará cesación de procedimiento sino hubiere* mérito *para formular resolución de acusación...". (resalta la CORTE)*

Queda. pues, sin base el reproche que acusa un desbordamiento del término legal de reapertura, que bordeaba los ciento ochenta (180) días. El instructor tenía hasta un (1) año de plazo para allegar las pruebas notadas de menos en el primer calificatorio, a diferencia de la norma derogada que fijaba el lapso de reapertura en 60 días.

Pero aún así, como en reciente oportunidad lo afirmaba la SALA,

"...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 solo procedente sin obligatorio, porque ni la situación del procesado podía quedar indefinida, ni la actuación podía cesar como ahora se pretenda, sin un pronunciamiento expreso que así lo resolviese".*

...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 (artículo 29) establece como garantía fundamenta el derecho a un debido proceso público "sin dilaciones injustificadas", ningún esfuerzo realiza el actor encaminado a demostrar que el solo desconocimiento de los término derivó un perjuicio, o que el 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 actividad obstructiva de las partes. En cambio, contando con toda una serie de mecanismos alternativos encaminados 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 (Sala de Casación Penal, M.P., Dr. Torres Fresneda, marzo 17 de 1994).

La sinrazón del ataque es evidente.

1.4. Ahora, y luego de aludir el término de reapertura, sin pausa ni medida pasa a hablar del artículo 473 del estatuto procedimental, criticando, al parecer, que se hubiese dictado resolución de acusación contra sus prohijados, no obstante haberse practicado "...una serie de pruebas que fundaban la posibilidad de cesación de procedimiento...". Luego culmina esta porción de su libelo con la simple transcripción del segundo calificatorio en el que se explica que la resolución de acusación

se produce por no haberse hecho un estudio más detallado del acervo probatorio bien que debe reconocerse que no se arrimaron a los folios nuevos elementos de juicio.

La parquedad del razonamiento oscurece el pensamiento de la demandante pues no se sabe si su inconformidad estriba en haberse cambiado la decisión sin un nuevo aporte probatorio que así lo ameritara o si no se tuvieron en cuenta las pruebas que fortalecían la posibilidad de una cesación de procedimiento (extractos bancarios y recibos de consignación que demostraban la capacidad económica del procesado). Las dos cuestiones son diferentes.

Pero, aparte del motivo y sentido que debió haber escogido adecuadamente, se encuentra un desatino aún mayor si se tiene en cuenta la providencia que pretende hacer objeto del recurso mismo, que no es otra que la resolución de acusación. Este tipo de decisiones se encuentran sujetas a los recursos ordinarios, a través de los cuales es posible revisar la actuación y, si es el caso, efectuar el correctivo necesario. Así sucedió en el presente evento. Una vez conocida la decisión, la defensa interpuso el recurso de apelación, desatándose en su contra al confirmarse la decisión impugnada. La controversia fue así dilucidada por una instancia superior, preservándose las garantías fundamentales de los procesados. Buscar su enmienda por medio de la casación es, por consiguiente, una insensatez.

Por lo demás, el desorden señalado no sólo demuestra la carencia del rigor técnico propio del recurso extraordinario. De igual manera deja traslucir el verdadero alcance del ataque, reducido no a demostrar un yerro judicial sino a enfrentar su personal criterio al del juzgador, por no haber examinado, entendido y evaluado la prueba tal y como ella misma la comprendió y midió en sus alcances. Así las cosas, la objeción queda reducida a un simple alegato de instancia, cuya inanidad en esta sede es evidente pues aquí se denuncia es un fallo violatorio de la ley y no cuál de las interpretaciones propuestas es la mejor.

De todas maneras, no obstante la consideración del instructor sobre la procedencia de dictar un cese de procedimiento, "en razón a que en la etapa de reapertura no se allegó un elemento que diferenciara los

razonamientos tenidos en cuenta" en el primer auto calificatorio, para la Sala es claro que el mérito probatorio para enjuiciar era pertinente.

La nueva valoración reflejó una serie de elementos probatorios que llenaron con creces los requisitos exigidos para el proferimiento de la resolución de acusación. La *prueba* ya obrada en el proceso pues era evidente la celebración del matrimonio católico de *María Idalid* con *Vergara Campillo*, así como el destino que se le dio al inmueble comprado como "habitación familiar" cuando se le tomó en arrendamiento con opción de compra, e, incluso cómo se pagaron todas las cuotas del bien en vigencia del vínculo eclesiástico. Recuérdese que la última se cubrió por la misma época en que se produjo la separación de hecho, es decir, comenzando el año de mil novecientos ochenta (1980).

Aunque es cierto que la sentencia de la jurisdicción eclesiástica que declaró nulo el matrimonio se produjo el cinco (5) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y que sólo hasta el veinticinco (25) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987) se hizo el otorgamiento de la escritura por parte del matrimonio *Medina Devia*, fehacientemente se comprueba que el inmueble fue comprado durante la vigencia de aquel vínculo matrimonial, más tarde anulado.

Por ello, el procesado se vio obligado, valiéndose de argucias y circunstancias que supo aprovechar, a engañar y mantener en ese estado a su ex-esposa con tal de despojarla de sus derechos que como propietaria tenía sobre el inmueble para ulteriormente escriturar el apartamento a su nueva compañera, cómplice de la ilicitud.

Así las cosas, con este cúmulo de pruebas relacionadas, era claro que un examen detenido y una reflexión seria sobre todo el panorama procesal, por fuerza debían llevar al instructor a extructurar la resolución de acusación, por encontrarse sólidas bases para proferirla. Fue ponderada y certera la medida tomada, sin que ninguna mácula ensombrezca su decisión.

1.5. A continuación pasa la demandante a otra materia, esta vez referente a la situación jurídica de los procesados, la cual debió haber resuelto impostergablemente antes de cerrar la investigación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 438 del nuevo compendio procesal, norma

que debió haberse aplicado en el presente caso en virtud del principio de favorabilidad.

Acertada la réplica que sobre el punto hace la Procuraduría para desvirtuar la ilógica aplicación favorable de esta norma:

> *"Aduce la censora que la referida disposición según la cual 'En ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del imputado...', pueda retroactivamente aducirse para suponer viciada la actuación del Juez Instructor, en tanto para la época en que profirió el auto de cierre, no había procedido acorde con ella. Es decir que, independientemente de no tratarse de una exigencia legal vigente para el momento en que dicha decisión se produjo, por 'favorabilidad' solicita la demandante sea reconocida su imperativada y por ende, se declare nulo el proceso.*
>
> *Desde luego que si para la oportunidad en que se cerró la investigación no regía la norma en referencia, no podía el juez omitir su mandato y mucho menos venir ahora la recurrente a reclamar la invalidación del proceso por no haber sido aplicada.*
>
> *Como regla general, es bien sabido que la ley procedimental no se aplica a las actuaciones procesales cumplidas antes de su vigencia y por lo mismo, que los efectos inherentes a la norma imperante para dicha época subsisten independientemente del tránsito legislativo, sin que sea dable afirmar que su aplicación se pueda poner en duda por las consecuencias que la nueva normatividad traiga consigo, en la medida en que es principio general en materia de sucesión de leyes el que éstas deban regir para el futuro".*

Bien singular resulta la posición de la actora en este aspecto cuando pretende que un caso, resuelto en debida forma por el compendio procesal anterior, deba retrotraerse por virtud de una ley posterior que se profirió cuando la situación ya había quedado consolidada. La observación es inane.

La tacha no prospera.

Segundo cargo:

1. Lo eleva con fundamento en la casual *primera* de casación, último segmento, por indebida aplicación de los artículos 356 del C.P., y 1820 del C.C. y falta de aplicación de los artículos 2o. y 3o. del C.P., como consecuencia de errores de hecho provenientes de la no apreciación de unas pruebas y de la tergiversación de otras.

Hasta aquí la presentación es adecuada pues se está refiriendo en el primer supuesto a un falso juicio de existencia, y en el segundo a uno de identidad, aserto que se comprueba más adelante cuando hace la precisión de rigor.

No sucede lo propio cuando enuncia los errores de hecho. Según su parecer, ellos son, la atipicidad de la conducta imputada, la inexistencia de la sociedad conyugal, la capacidad económica de *Vergara* para adquirir el inmueble de marras y, finalmente, la incapacidad patrimonial de *María Idalid* para hacerse a una propiedad raíz.

Aquí surge el primer desacierto pues, como bien lo anota la Delegada, confunde los tropiezos denunciados con sus consecuencias. Con esta presentación la actora desnuda sus verdaderas intenciones que no son otras que las de controvertir simplemente el fallo oponiéndole su personal interpretación de los hechos pues su inconformidad radica, no en la evaluación de las pruebas sin o en las consecuencias de que ellas se extrajeron.

2. Por cierto que la demandante cree cumplir con su cometido, elaborando una lista extensa de las pruebas que, a su juicio, fueron ignoradas y defectuosamente apreciadas, y aunque plantea un error de hecho, al final lo que termina cuestionando es la *inferencia* probatoria a que llegaron los juzgadores, "como consecuencia de la integral valoración a que fueron sometidas las pruebas allegadas al proceso", como lo expresa la Delegada.

3. No es cierto que el fallo haya pasado por alto pruebas tales como la sentencia del Tribunal Eclesiástico, las injuradas de los procesados, los extractos bancarios y certificaciones de ingresos del procesado y la

denunciante, pues una lectura atenta de las sentencias de primera y segunda instancias –las dos forman un solo cuerpo en todo lo que el superior no objete– recoge todas esas incidencias probatorias.

Obsérvese:

Según se demostró en autos con los documentos pertinentes, el diez (10) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978) contrajeron matrimonio católico *Ramiro Moisés Vergara Campillo y María Idalid Carreño Salazar,* con lo cual se daba inicio a la sociedad conyugal. Pocos meses después, el diecinueve (19) de marzo, se decidió por los cónyuges adquirir un inmueble para lo cual, *Vergara* se encargó de formalizar un contrato de compraventa con los esposos *Luis Hernando Medina Flórez y Elsa Devia de Medina*, del apartamento situado en la diagonal 15 sur No. 81B-55, Bloque C-1, apartamento 401, de Santa Fé de Bogotá, fijándose un valor de quinientos cincuenta mil pesos ($550.000.oo). A este documento se refiere expresamente el fallo de primera instancia a fols. 532 y 533.

Aquí la discusión se centra en si el inmueble fue adquirido conjuntamente por la pareja o si, por el contrario, *Vergara* fue el único comprador, premisa de la cual se decidirá si, en verdad, al escriturarse el bien únicamente a su nombre luego de la sentencia de nulidad de su matrimonio y después traspasarlo apresuradamente a su concubina Stella Melo cometió una conducta criminosa, subsumible en el tipo de estafa. El Juzgado se inclina por la primera tesis conclusión a la que llega luego de examinar los documentos que dan cuenta de la celebración del matrimonio por el rito católico y su posterior anulación por el Tribunal Eclesiástico, datos que le permiten afirmar que el bien fue comprado durante la vigencia de la sociedad conyugal. Luego, teniendo en cuenta las sucesivas demoras y los varios documentos de promesa de compraventa que permitieron demorar en varios años la protocolización de la venta, advierte:

> *"Podemos afirmar con certeza que RAMIRO MOISES VERGARA CAMPILLO defraudó en provecho suyo a la sociedad conyugal que él había constituido con MARIA IDALID CARREÑO SALAZAR, porque valiéndose de una serie de ardides y artimañas, como fueron los diferentes cambios de las promesas*

de compraventa que él y por insinuación suya se hicieron, logró dilatar el perfeccionamiento de dicha promesa durante más de cinco años, siempre a la espera de la sentencia de nulidad de su matrimonio porque sabía muy bien que esa sentencia sería favorable a sus pretensiones; y una vez logrado su objetivo entonces sí se preocupó por obtener de los vendedores esposos MEDINA DEVIA el otorgamiento de la respectiva escritura que lo acreditaba como único propietario de ese inmueble, procediendo casi que de inmediato a sacarlo de la esfera de su patrimonio haciéndole la escritura a su compañera STELLA MELO RODRIGUEZ, con el único fin de 'reinvindicarse' con ella, según palabras textuales de la misma en su diligencia de inquirir, en cuya cabeza quedó finalmente la propiedad del inmueble".

El Tribunal, acoge sin reservas el aserto, poniendo de presente que si bien la denunciante acepta haber firmado apenas como testigo de la transacción, también advierte que aportó dinero de su propio peculio para cancelar el precio pactado, "...siendo conscientes los vendedores esposos Medina y su para entonces cónyuge Ramiro Vergara Campillo de que el inmueble estaba siendo adquirido conjuntamente por éste y pro María Idalid". Pero además, la Corporación haciendo uso de las reglas de la sana critica, con ponderación y mirando el acervo probatorio en su conjunto, le da plena credibilidad a las diferentes atestaciones de la denunciante sobre el particular por haber respondido siempre, sin titubeos y en forma enfática, a lo largo del proceso sobre dichos aportes, y también por encontrar un respaldo vigoroso en los dichos vendedores, cuando comparecieron a la audiencia pública promovida por la denunciante a través de un proceso de "exhibición de documento".

El *ad quem* se refiere a la actuación que en marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), *María Idalid Carreño* promoviera contra los esposos *Medina Devia,* con el fin de demostrar la existencia real de la promesa de compraventa del apartamento en mención, efectuada entre su esposo y ella y el matrimonio *Medina Devia.*

A raíz de esto, el seis (6) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), se obtuvo la presentación de un documento fechado el

diecinueve (19) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979). Al respecto aclara el Tribunal:

> *"Cosa bien distinto es que en la etapa de juzgamiento se hubiese establecido que realmente María Idalid estaba confundiendo el contrato de promesa de compraventa con el de cesión de derechos, pues reconoció este último en la declaración obrante a folios 370 y siguientes como aquél al cual aludía desde un comienzo, empero sosteniéndose en que admitió figurar como testigo junto con la cónyuge de Luis Hernando Medina por sugerencia de quien para la época era su esposo ya que en ese momento no habían otras personas que sirvieran como tales, sin merecerle objeción alguna porque confiaba en él..." (f. 15 Cdno Tribunal).*

De igual manera, en la respectiva audiencia pública, *Luis Hernando Medina* admitió haber celebrado con los esposos *Vergara Carreño* una promesa de compraventa del inmueble en referencia, en el mes de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979), conociendo por su esposa de los problemas que *María Idalid* tenía con *Vergara* quien por tal razón acudió a ellos con una minuta para que le firmaran la cesión de la mitad del apartamento, aduciendo como razón fundamental el haber sido adquirido dentro de la sociedad conyugal.

A continuación, los dos fallos se centran en la capacidad económica de *María Idalid* presentando como primer argumento el que la cuenta corriente contra la cual se giraron los cheques que pagaron el inmueble, aparecía como titular la quejosa. En seguida se habla sombre el salario que devengó durante el año rural para optar al título de médico y la autorización que le diera a su esposo para girar. Después explica que los promedios bajos que luego de su separación registrara la dicha cuenta se debieron a que mantener ella sola al hijo habido dentro del matrimonio, por no haber querido cumplir *Vergara Campillo* con su obligación alimentaria, hecho que la obligó a acudir ante las autoridades competentes para conseguir una efectiva respuesta.

Pero, el más vigoroso elemento de juicio que tiene a su disposición el *ad-quem* para concluir que la víctima si aportó dineros para la compra del

apartamento, es el propio comportamiento del imputado quien mostró total desinterés para que se protocolizara la venta del inmueble por medio de escritura pública, mientras se realizaban los trámites de anulación del matrimonio. No obstante, una vez proferido el fallo que declaraba la inexistencia del vínculo matrimonial, puso todo el interés para que se corriera la respectiva escritura sólo que únicamente a su nombre, preocupándose ahora sí, en un corto tiempo (menos de dos meses), para sacar el bien de su patrimonio, cediéndole el derecho de dominio a su concubina *Stella Melo Rodríguez.*

Nada distinto puede pensarse luego de efectuar un recorrido cronológico de los avatares que rodearon la adquisición del inmueble. Inmediatamente de firmarse la promesa de compraventa el diecinueve de marzo, se hizo lo propio, el veintiocho (28) de mayo siguiente con un contrato de cesión de derechos (de los que poseían ante el Instituto de Crédito Territorial), entre *Luis Medina y Vergara Campillo,* figurando como testigos sus respectivas esposas, *Elsa de Medina y María Idalid Carreño Salazar.* Como fecha para la firma de la escritura se fijó la del vencimiento del término señalado para el último pago.

Luego, el diez (10) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980) se firma un nuevo contrato de cesión de derechos a título de compraventa entre los *esposos Medina Devia y Ramiro Vergara,* mediante el cual autorizan al Instituto de Crédito Territorial a formalizar la respectiva escritura pública que protocolice la promesa de compraventa, fijando esta vez, como precio de la cesión, trescientos mil pesos ($300.000) los cuales declaran los cedentes haber recibido a entera satisfacción. La entrega real y material del inmueble se hace en esta fecha.

Sin embargo, pese la obligación adquirida por los vendedores y a que el pago ya se había efectuado en su totalidad (el 30 de abril de 1980, como se verá más adelante), tres años después aún no se había realizado. Al respecto debe recordarse que la separación de hecho se había formalizado desde marzo o abril de mil novecientos ochenta (1980) (Cc. fl. 109), y que Vergara Campillo convivía maritalmente con *Stella Melo* desde 1982, según la propia manifestación de ella (cfr. Fl. 18).

La explicación de la demora se explica por el siguiente paso dado por *Vergara.* El veintidós (22) de noviembre de mil novecientos ochenta

y tres (1983), el Tribunal Eclesiástico Regional de Bogotá aceptó la demanda de nulidad del vínculo matrimonial incoada por él mismo, declarándose bígamo. Los resultados los obtuvo el cinco (5) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), momento en que el Tribunal Eclesiástico declaró nulo el matrimonio.

A partir de esta fecha, sin embargo, la lentitud es reemplazada por la premura para conseguir la firma de la escritura. Es así como, el veintitrés (23) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986), con el claro propósito de desvirtuar las anteriores promesas de compraventa, firma un nuevo precontrato con el matrimonio *Medina Devia*, reconociédose tan solo que el precio estipulado ($600.000.oo) ya se había pagado a entera satisfacción, entre el treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y el treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y uno (1981) según lo pactado en el documento de diez (10) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980). Curiosamente, uno de los testigos es la propia *Stella Melo Rodríguez*.

Un año después, el veinticinco (25) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987), el matrimonio *Medina Devia* otorga la escritura pública del inmueble en referencia en favor de *Vergara Campillo* y dos meses y medio más tarde, el diez (10) de septiembre, ante el Notario 31 de Bogotá, se cumple el objetivo de birlarle la mitad del bien a la quejosa. En esta fecha, *Ramiro Vergara* le transfiere a título de venta en favor de *Stella Melo* el derecho de dominio y posesión material que tiene y ejerce sobre el inmueble en referencia.

Es obvio que antes estos hechos y dado que *María Idalid* fue excluida al momento de firmarse la escritura y que, luego, insólitamente, poco tiempo después el inmueble se lo traspasó su esposo a la mujer con quien convivía ella consideró que se había violado la ley penal y puso la respectiva denuncia para que se investigara la posible estafa en que habían incurrido los partícipes en las diversas negociaciones.

El criterio que se formó el sentenciador es que el apartamento 401, bloque C-1 de la Unidad Residencial Banderas, fue adquirido por los esposos Vergara-Carreño con aporte económico de cada uno, pero que *Vergara Campillo* "esquilmó" mediante el empleo de las artimañas que se han puesto de presente. Como ya se dijo, procuró, hasta lograrlo, que los vendedores le transfirieran la propiedad sobre el bien, después de proferida

la sentencia del Tribunal Eclesiástico que declaró nulo su matrimonio. Luego, impulsado por él y sabedor de que por los efectos civiles de ese fallo, su ex-esposa no podía reclamar ningún derecho sobre el inmueble, culminó a los pocos meses su conducta dolosa y prohibida, escriturándole el inmueble a su concubina Melo Rodríguez.

Y, si en efecto, esta fue la estimativa probatoria de los Jueces de instancia, no atina la demandante a demostrar cómo y en qué medida cada uno de esos asertos es producto de los yerros probatorios que adujo. Su discurso agita más un característico análisis de instancia, donde es permisible el libre examen de la prueba pero nunca un estudio propio de sede de casación, donde se exige y reclama una técnica depurada y unos principios imposibles de desconocer.

6. En este orden de ideas, le está vedado a la *Corte* entrar al examen de cualquier demanda como la que tiene a la vista donde simplemente se trata de imponer la propia visión del impugnante sobre el acaecer delictivo en detrimento de la valoración probatoria realizada en el Tribunal, bien acabada, por lo demás. Como protuberantemente se observa la sentencia aparece debidamente motivada, encausando sus argumentos de modo concluyente y con un firme contenido incriminador para terminar edificando con tino y ponderación la responsabilidad penal de *Vergara Campillo* y su cómplice.

Tercer Cargo:

1. Este reproche, como se recordará, fue presentando por la censora en forma subsidiaria, con el fin de demostrar la atipicidad de la conducta imputada a sus defendidos. Su estrategia se basa en dos asertos: el primero, el contrato de promesa de compraventa se encuentra viciado de nulidad absoluta por no especificar ni fecha ni lugar para su cumplimiento; el segundo, la libre disposición que tienen los cónyuges sobre los bienes que les pertenezcan al momento de contraer matrimonio, o que hubiesen aportado o él, así como de los demás que por cualquier causa hubiesen adquirido durante su vigencia, hecho que le permitía a *Vergara* disponer del apartamento mientras no se efectuara la liquidación de la sociedad conyugal.

El ámbito de su formulación es la violación directa por aplicación indebida del artículo 356 del C.P. y falta de aplicación de los artículos

2o. y 3o., ibídem. A más de ello, asegura que el fallador ignoró los arts. 1740, 1742, 1746 del C.C. y los numerales 3o. y 4o. del artículo 89 de la Ley 153 del 1887.

2. Dos comentarios suscita el reproche. El primero hace relación con un aparte del cargo en el que advierte lo siguiente:

> *"El artículo 1740 del C.C.C. sanciona con la nulidad a los actos o contratos que faltan a los requisitos prescritos por ley. Y la omisión de ese requisito o formalidad genera nulidad absoluta, que en términos del A. 1742 del C.C.C.* puede ser declarada de oficio aún por el Juez, *caso en el cual conforme al 1746 ibídem, las cosas 'deben ser restituidas al mismo estado en que hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo...'. (negrillas de la corte).*

Más adelante, reafirma su tesis de la declaración oficiosa de la nulidad al advertir:

> *"Se rebela el sentenciados de segundo grado contra esas disposiciones puesto que el referido contrato en el que aparece la firma de la denunciante, no concurren los presupuestos de las normas civiles indicadas, vale decir, está afectado de NULIDAD SUSTANCIAL ABSOLUTA, declarable aún de OFICIO POR EL JUEZ...".*

Con estas equívocas palabras no se entiende a ciencia cierta si el motivo de su conformidad radica en no haber sido declarada la nulidad del documento en las instancias o si esta tarea le corresponde hacerla a la Corte en sede de casación. En cualquiera de los dos eventos, esta alusión de la actora es a todas luces inconcebible, pues implicaría prohijar una usurpación de la jurisdicción civil, única competente para decidir sobre estas materias.

La segunda acotación tiene que ver sobre la materia misma del reproche. Como quiera que la contrariedad de la casacionista estriba en torno a la carencia de los requisitos fundamentales del documento, es claro, por consiguiente, que el presunto yerro del fallador debió consistir

en haber tenido en cuenta este escrito pese a presentar estas falencias. Por consiguiente, la tacha debió haberse invocado en el terreno de la violación indirecta, específicamente en el ámbito del error de derecho por falso juicio de legalidad.

Esta formulación simultánea de dos motivos tan diversos en su esencia como en sus defectos, termina por desquiciar el ya de por sí desajustado ataque.

Desestímase la censura.

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.

Cópiese y cúmplase

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Carlos Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Es apenas elemental que una disposición tan importante como el cambio de radicación de un proceso, debe ordenarse sobre comprobaciones serias, sólidas y no sobre meras enunciaciones, sin el más ligero fundamento. Y sabido es que la carga de la prueba dentro de este especial trámite corre por cuenta del peticionario del cambio de radicación. El Código de Procedimiento Penal, en su Libro 1o, Título 2o, Capítulo V, que es donde trata de este fenómeno jurídico, por parte alguna indica que, en su trámite, exista un período probatorio, en tanto que ordena que "La solicitud debe ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda"

La responsabilidad pues de probar recae en cabeza de quien demanda el cambio de radicación, y, no probando sus asertos, es apenas obvio que éste no puede aspirar a que le prospere su solicitud, pues el riesgo por lo indemostrado es todo suyo. Sobre simples supuestos de hecho, carentes de toda comprobación, es imposible viabilizar una decisión tan importante.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., doce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia M.

Aprobado Acta número 140.

Vistos:

De plano resuelve la Corte la solicitud de *cambio de radicación* que ha elevado el abogado defensor del procesado por el delito de homicidio, JORGE ALBERTO RINCON BEDOYA.

La petición:

Está dirigida al Juez Promiscuo del Circuito de Arauca y empieza solicitando que el proceso se radique, preferencialmente, en la ciudad de Popayán, a donde fue trasladado en procesado 'o al Distrito a que corresponda la Cárcel Circuital de Santiago de *Cali*, en razón a los fundamentos expuestos en el memorial en que se logró el traslado a aquella ciudad'.

Como razón de ser el cambio impetrado señala que el indicado Juez ha solicitado el traslado del acusado a la Cárcel del Circuito de Arauca para efectos de la Audiencia Pública y, como no puede garantizar los resultados de la sentencia, no está en condiciones de asegurar que después de aquel debate su cliente no siga en la cárcel y, de quedar allí recluído, peligra su integridad personal. Como fundamento de esta última aseveración, expresa que un primo del occiso estuvo recuído allí, sindicado de homicidio agravado y que fue por ésto, precisamente, que no se le remitió a ese centro de reclusión. Que si bien es verdad dicho sujeto ya no se encuentra en la Cárcel de Arauca, se sabe que dejó instrucciones para que en el momento en que JORGE ALBERTO RINCON BEDOYA sea trasladado allí se le dé muerte, y prueba de ello es que, en el reconocimiento en fila de personas que con él se cumplió, el Fiscal que lo practicó, dejó constancia de las amenazas que se le hicieron.

Finaliza el escrito deprecando que se tenga como prueba el expediente respectivo y se cite a declarar a la doctora *Esperanza Oliva Bedoya Aguedo*, sobre 'estos aspectos'.

La Corte:

1. Ninguna probanza presentó el memorialista como para respaldar su petición de cambio de radicación, a lo que estaba obligado a términos del artículo 85 del C.de P.P., que así lo ordena, lo que constituye grave y trascendental falencia. La Corte, con propiedad, no sabe si, realmente, se va a celebrar la Audiencia Pública de que se habla. Tampoco conoce, a buen seguro, si RINCON BEDOYA fue trasladado a la Cárcel de Popayán, y cuáles las razones para tal determinación, y si en verdad el Fiscal que practicó la diligencia de reconocimiento dejó constancias sobre amenazas.

Ignora también si, efectivamente, en algún momento estuvo recluído en la Cárcel de Arauca, un familiar de la persona que se dice fue muerta por aquél; peor aún, ni siquiera está cierta de si ese consanguíneo en verdad existe. No pueden ser entonces más huecas las afirmaciones de que dejó advertencias para que cuando RINCON BEDOYA regrese, sea ultimado.

Es apenas elemental que en una disposición tan importante como el cambio de radicación de un proceso, debe ordenarse sobre comprobaciones serias, sólidas y no sobre meras enunciaciones, sin el más ligero fundamento. Y sabido es que la carga de la prueba dentro de este especial trámite corre por cuenta del peticionario del cambio de radicación. El Código de Procedimiento Penal, en su Libro 1o. Título 2o., Capítulo V, que es donde trata de este fenómeno jurídico, por aparte alguna indica que, en su trámite, existan un período probatorio, en tanto que ordena que 'La solicitud debe ser motivada y a ella se acompañarán las *pruebas* en que se funda'.

La responsabilidad pues de probar recae en cabeza de quien demanda el cambio de radicación. Y, no probando sus asertos, es apenas obvio que éste no puede aspirar a que le prospere su solicitud, pues el riesgo por lo indemostrado es todo suyo. Sobre simples supuestos de hecho, carentes de toda comprobación, es imposible viabilizar una decisión tan importante.

2. Quiere de todas maneras la Corte consignar que, un evento como el *sub-exánime*, así se hubiere justificado lo que meramente enuncia el peticionario, la solicitud también estaría condenada al fracaso. Por qué?. Simplemente por equivocación en la vía procedimental escogida. Evidentemente, aquí el peligro para JORGE ALBERTO RINCON BEDOYA, en concreto, se hace consistir en que, de ser condenado, no se le recluya en el Centro Carcelario de Arauca, donde un pariente de la víctima dejó instrucciones para que se le dé muerte. Pues bien, así las cosas, la norma a aplicar es el artículo 405 del C. de P. Penal que, a la letra, reza:

"TRASLADO DE LA PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD. En cualquier estado de la actuación, la dirección general de prisiones podrá ordenar el traslado de la persona privada de libertad a lugar diferente

de aquel en que esté detenido, cuando su estado de salud así lo requiera, previo dictamen de perito de Medicina Legal o, en su defecto, de médico oficial. En igual forma podrá proceder CUANDO CORRA PELIGRO LA INTEGRIDAD FISICA DEL SINDICADO. Cuando se trate de condenados resolverá el juez de ejecución de penas" (mayúsculas de la Sala).

Precísese, entonces, que, en la hora de ahora, el funcionario competente no es, como refiere la norma, la Dirección General de Prisiones, sino el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. De otra parte, la Ley No. 65 de agosto 19 de 1993, por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario, en su artículo 75, dispone:

"CAUSALES DE TRASLADO. Son causales de traslado, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal:...6. Cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad...".

3. Finalmente, apréciese que se solicita el cambio de radicación por un fenómeno que aún no ha acontecido, cual es el de que, de ser condenado RINCON BEDOYA, *se le llegue* a recluír en la Cárcel de Arauca, que es donde se dice corre peligro su vida. La Sala no puede menos de señalar que es inaudito que se reclame la operancia del instituto sobre bases tan deleznables, pues como estribo del mismo se toma lo que puede no acontecer, festinándose así aquello que puede llegar a ser, lo que, indudablemente, constituye un abuso del fenómeno en cita.

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

Resuelve:

Negar la solicitud de cambio de radicación del presente proceso, presentada por el apoderado del procesado JORGE ALBERTO RINCON BEDOYA, por las razones expuestas en este proveído.

Por la SECRETARIA DE LA SALA, expídase copia de la actuación y archívese. DEVUELVASE el expediente al Juzgado que lo remitió.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Zaavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejla Escobar, Dídimo Paez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL

La ley 81 de 1993, en su artículo 15 consagró una nueva causal de impedimento, la 11, consiste en "Que el Juez haya actuado como fiscal", "actuación" que ha de entenderse en cualesquiera de las dos etapas del proceso por cuanto ninguna distinción al respecto hizo el legislador.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., trece de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Discutido y aprobado acta número 142.

De plano decide la Corte el impedimento propuesto por el H, Magistrado CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR para conocer de esta causa adelantada contra el ex-agente del Ministerio Público doctor OVIDIO DURANGO GOMEZ por el delito de prevaricato por acción.

Antecedente inmediatos:

1. En el Juzgado 3o. Penal Municipal de Pereira cursó un proceso contra el señor PERCHES GIRALDO por los delitos de peculado y estafa, en el cual actuó como agente del Ministerio Público el doctor OVIDIO DE JESUS DURANGO GOMEZ quien apeló la medida de aseguramiento proferida contra el procesado, y seguidamente demandó la preclusión de la investigación con el argumento de "todo el correspondía a meras intrigas, rencillas y rivalidades políticas".

El Fiscal Delegado ante el Tribunal al confirmar las determinaciones del a quo halló marcada la parcialidad del agente del Ministerio Público en ese proceso por lo que solicitó a la Procuraduría Provincial lo relevara

del cargo, lo cual determinó se expidieran copias que permitieran abrir la investigación penal en su contra.

2. Al doctor Duranfo Gómez se le oyó en indagatoria y se le dictó medida asegurativa de conminación por el delito de abuso de autoridad, la cual fue recurrida y confirmada por el entonces Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia doctor CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR.

Calificado el mérito del sumario con resolución acusatoria por el delito de prevaricato por acción, se remite el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el cual, en Sala mayoritaria, absuelve al procesado, determinación impuganada por vía de apelación.

3. Estando el proceso a despacho del Magistrado Ponente, el doctor CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR, manifiesta estar impedido para conocer de la presente causa, según la causal 11 del art. 103 del C. de P.P., por haber actuado como Fiscal en la etapa sumarial.

Consideraciones de la Corte:

1. La ley 81 de 1993, en su artículo 15, al subrogar el art. 103 del C. de P. P. consagró una nueva causal de impedimento, la 11, consistente en "Que el Juez haya actuado como fiscal", "actuación" que ha de entenderse en cualquiera de las dos etapas del proceso por cuanto ninguna distinción al respecto hizo el legislador.

2. Así las cosas, y como se observa que efectivamente el doctor Mejía Escobar conoció en segunda instancia de la medida asegurativa proferida contra el aquí procesado, obviamente ha de concluirse que se da la causal impediente aducida.

En consecuencia, deberá aceptarse el impedimento para separarlo del conocimiento de esta causa y disponer el sorteo del Conjuez que ha de reemplazarlo.

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

Resuelve:

Aceptar el impedimento presentado por el Honorable Magistrado CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR para conocer de la presente causa. En consecuencia, disponer el respectivo sorteo del Conjuez que ah de remplazarlo.

Cópiese y cúmplase:

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo L, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

El numeral tercero del artículo 225 del Código de Prcedimiento Penal es categórico al exigir como requisito de la demanda de casación "La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, inidcando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas".

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 143.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados ALFREDO ALFONSO ANGARITA RADA y EDUARDO ENRIQUE CAMPO TORRES.

1. Demanda a nombre de Alfredo Alfonso Angarita Rada:

La defensora inicialmente solicita la revocatoria de la sentencia y la absolución "definitiva" de su poderdante. Para el efecto presenta un solo cargo así:

"Criterios y sustento de la petición"

"a) Se dieron por probados hechos que no lo estaban.

"b) Se le da una interpretación acomodatoria al artículo 353 del Código Penal haciendo una errada adecuación típica del delito'.

"c) Se confunde la probabilidad con la certeza.

"d) Se olvidó el principio sagrado de la presunción de inocencia, así como el indubio-prorreo (*Sic*).

"e) Se falla con fundamento en corazonadas".

En cuanto al punto a), afirma que con la existencia del indicio de que algunos títulos judiciales estaban supuestamente firmados por su representado, se dió por establecido que era cómplice, a pesar de haber quedado desvirtuado con los estudios grafológicos (2), "que arrojan como resultado el absoluto desconocimiento o ignorancia de los hechos del encartado ANGARITA RADA". Que olímpica e irresponsablemente "los administradores de justicia desconocen esta prueba para edificar su condena sobre arenas movedizas, indicios que no nos dan el carácter de plena prueba", y que cuando el hecho indicador da lugar a duda degenera en mera sospecha.

Agrega que se ha vuelto costumbre condenar más por el criterio moral que legal, "lo cual violenta el canon constitucional regulador del debido proceso" reglamentado en el estatuto procedimental; "el capricho suplanta la prueba y el juicio sobre la certidumbre que excede ante las especulaciones vagas e imprecisas".

Sostiene que el "elemento probatorio que nos lleve a la certeza de la participación del sindicado en el hecho punible estudiado, es desconocido en las providencias judiciales existentes; convirtiéndose el complejo campo de la prueba en abusos involuntarios de nuestros jueces". Que como esta causa "carece" de prueba, quedó "vacía la acusación siendo improcedente la condena. Afirma que el fallador "con un criterio maquiavélico imaginó lo que solo se puede concebir en la mente de un delincuente, y es el hecho de que los poderes allegados al proceso por el doctor ALFREDO ANGARITA RADA fueron elaborados con malicia y en contumacia amañando las firmas".

Transcribe un aparte de la sentencia en el que se hace referencia a los dos experticias grafológicas, para concluir que hubo mala intención "cuando dudándose de la seriedad del organismo técnico de grafología

resalta la expresión *'radio de estudio para emitir un pronunciamiento inequívoco'* cuando estamos hablando de dos (2) laboratorios diferentes en ciudades distintas y expertos diferentes".

Considera "absurdo que se hable de firmas amañadas en los poderes cuando éstas se hacen en épocas distantes (*sic*), en ciudades diferentes por el mismo ALFREDO ANGARITA; desconociendo el encartado que ese poder se iba a enviar como se hizo en forma oficiosa aún (*sic*) nuevo estudio grafológico inclusive sin concurso del abogado de la defensa quien se entera de esto ya producida la prueba, tendría que ser mago mi apadrinado para siquiera sospechar que en ese nuevo poder se tomarían muestras que iban a ser definitivas en el esclarecimiento de los hechos. Si el criterio del juez era desentrañar, buscar la verdad, tenía que haber dado por sentada la inocencia del encartado, pero no, la intención era otra, pensando tal vez con criterios no muy sanos que allí encontraría la piedra de tropiezo que llevaría a ANGARITA RADA al abismo de la culpabilidad".

Sostiene que sin que obre en el proceso prueba alguna de la "misma eficacia del anterior se dá por cierto en la mente del juzgador la certeza para condenar a mi defendido desconociendo el artículo 246, 247 y ss. del C. de P.P.".

Agrega que la sindicada Ana Himelda Herrera "falcifica (*sic*) las firmas de una serie de personajes que aparecen en el expediente como partícipes y ayudadores del hecho criminoso cometido por la sindicada, quien solo le bastaba tener conocimiento de la forma de hacer una determinada firma para luego imitarla, o mostrárselo al cómplice oculto que nunca aparece dentro del proceso; y es que a pesar que esta señora tenía un simnúmero de documentos firmados por ella en el juzgado dada a (*sic*) su calidad de secretaria, nunca se comparan esas firmas con las de los individuos que aparecían firmando los títulos para ver si de acuerdo al criterio de los expertos los rasgos de las letras correspondían a la misma persona".

Dice que no se investigó "de dónde pudo aprender ANA HIMELDA la firma de ALFREDO ANGARITA, que de haber sido así se hubiera podido constatar que precisamente para el año 88 mes de diciembre en que estaba ANA HIMELDA de juez encargada el señor ANGARITA...

asistió en indagatoria a CRISTOBAL FONSECA POLO..., circunstancia esta que le sirvió a ANA HIMELDA para detectar la existencia de un abogado joven que ella no había visto antes y que eso tal vez le facilitaba la ejecución de sus propósitos".

Se pregunta por qué se le creyó a la sindicada y se cataloga a su denfendido como el peor de los delincuentes, siendo al único que no se le toma en cuenta el concepto de los expertos y el que se vió precisado a salir de la ciudad por orden de captura inminente expedida en su contra antes de ser escuchado en indagatoria como una forma de acorrararlo por animadversión, y que "no es un evento de la casualidad el hecho de que el examen grafológico practicado sobre los poderes de mi cliente sean coincidentes entre sí...".

Respecto del punto b) afirma que tanto la defensa como el Ministerio Público expresaron en su oportunidad "lo desacertado de la calificación del delito", porque de acuerdo con la ley, dentro de las funciones de Ana Himelda no estaba la de custodiar los títulos judiciales que eran responsabilidad del titular del despacho. Le parece grave la referencia "a la orden superior" porque se sale de la situación normativa y desborda el ámbito propio del delito de peculado.

Estima que no le corresponde a ella determinar el alcance de esa expresión, la cual para su concepto demuestra la clara equivocación del juez fallador de primera instancia y el apoyo "casi algueto" (*sic*) de los Magistrados en el recurso de apelación.

En lo que atañe al punto c) Dice que la expresión "certeza consagrada en el artículo 247 del C. de P.P. no admite dudas y por eso el legislador la coloca, "para darle al fallador la convicción legal sobre pruebas reales y ciertas que no admiten vacíos en sus interpretaciones, sino la precisión, la certeza de que es así y una de estas pruebas precisamente es el hecho de no ser de acuerdo a la autoridad competente para decirlo, la firma ANGARITA RADA la que aparecía en los títulos judiciales cobrados y que precisamente el primer experticio apesar (*sic*) de reconocer que la información no era suficiente, manifiesto que las firmas no eran coincidentes con las (*sic*) de los títulos, circunstancias corroboradas por...medicina legal, quien reconoce la identidad de las firmas en los poderes más no en los títulos, hecho éste que demuestra que el radio de acción del muestreo (*sic*) era suficiente

por cuanto se pudo distinguir una realidad que sí era contundente y es que sí fue el Doctor ANGARITA que suscribió los dos (2) poderes con la misma firma que utiliza en todos sus actos públicos o privados".

Sostiene que "en ese sentido no se dieron los elementos fácticos, sino que todo se desarrolló en el campo de la probabilidad tomándose como punta de lanza 'la probabilidad' y sobre esta se cimienta la condena". Agrega que a Tache Yanes quien aparece comprometido con su firma en uno de los títulos no se le hace prueba grafológica y se determina su inocencia por el hecho de haberse presentado en la injurada, en tanto que a su defendido "se le niegan los principios elementales del derecho y como cualquier vulgar delincuente se le toma como pecado capital, el hecho de no presentarse a la injurada", defecto que no puede ser pasado por alto.

En cuanto al punto d), la actora aduce que la normatividad reza que toda persona es inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario, y a su representado "no se le demostró lo contrario pero dejó de ser inocente por la caprichosa interpretación que se hizo de la ley. Afirma que el único elemento de prueba con que se condenó a su poderdante es una firma que claramente se demostró que no era la suya "y que si al Juez le parecía poco creíble el estudio científico realizado por los expertos por lo menos ha debido concederle al Doctor ANGARITA el beneficio de la duda, para que su conciencia descansara mejor con la sensación invaluable del deber cumplido.

Finalmente dice que "dentro del marco de elucubraciones jurídicas es fácil detectar que la sentencia proferida en contra de mi apadrinado es una sentencia producto más de una corazonada o un estado de motivo que de pruebas legalmente llegadas al proceso.

Expresa que con "fundamento en las anteriores consideraciones por violación a las normas sustanciales del C. de P.P., reitero mi solicitud de revocación de la sentencia emanada del Tribunal...". Como fundamentos de derecho, cita el artículo 220 del C. de P.P.

Consideraciones de la Sala:

1. La redacción de la demanda presentada a nombre del procesado ALFREDO ALFONSO ANGARITA deja a la Corte sin saber cuál es la

causal de casación que estima aplicable, pues no solamente no lo dice, sino que mezcla argumentos propios de la violación directa con la indirecta, y de la causal primera con la tercera.

Ni siquiera escudriñando en el desarrollo del ataque se obtiene claridad, porque allí hace referencia a una "interpretación acomodaticia" del artículo 333 del Código Penal y simultáneamente se ocupa del aspecto probatorio para alegar violación de la presunción de inocencia así como del principio del in dubio pro reo, y como por si fuera poco considera desacertada la "calificación del delito", confusión que hace que sea prácticamente imposible precisar si la inconformidad de la recurrente es por la selección o interpretación de la norma (violación directa), por la omisión, apreciación errónea, incorporación o valoración de las pruebas (violación indirecta), o porque el proceso está viciado de nulidad (causal tercera).

Es evidente que la libelista se equivoca al considerar que con el simple señalamiento del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal seguido de un sinnúmero de alegaciones inconexas y contradictorias entre sí, ha cumplido con los requisitos formales que la ley exige para la presentación de la demanda de casación, olvidando que cada causal debe estar debidamente individualizada, con indicación clara de los fundamentos y de las normas que se estimen infringidas, y acompañadas de una petición concordante con la misma.

Prueba adicional del desconocimiento de las reglas propias del recurso, es que desembocando las censuras por nulidades y violación de la ley sustancial en tan diferentes consecuencias, la petición que hace es única en el sentido de que se revoque la sentencia y se absuelva a su representado.

El numeral tercero del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal es categórico al exigir como requisito de la demanda de casación "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", obligación con la que no cumple la impugnante lo cual obliga al rechazo in límine del libelo.

2. Demanda a nombre de *Eduardo Enrique Campo Torres*:

Como este escrito cumple los requisitos de ley, se declara ajustado y se ordenará darle el curso correspondiente.

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

Resuelve:

Primero: Rechazar la demanda propuesta por la defensora de ALFREDO ALFONSO ANGARITA RADA y en consecuencia declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

Segundo: Declarar ajustada a los requisitos legales la demanda presentada a nombre de EDUARDO ENRIQUE CAMPO TORRES, por lo tanto se ordena correr traslado al Procurador Delegado en lo Penal por el término de veinte (20) días para que emita concepto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Paez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INJURIA

Si dentro de la misma Constitución se incentivan mecanismos de participación ciudadana, no limitados a la sola selección de los gobernantes mediante el voto popular, sino extensivos a la definición de obras y en particular a la exigencia de responsabilidades a los funcionarios de representación popular que incumplan sus promesas preelectorales, mucho *menos* reprochable se muestra una actividad crítica a la gestión del alcalde (responsable ante la Constitución y ante la ley tanto política, administrativa y hasta penalmente como cualquier otro funcionario), si en ella no se emplean términos denigrantes u ofensivos de su patrimonio moral.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., catorce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado por Acta número 143.

Vistos:

Decide la Sala si la querella entablada por el Alcalde de Manizales Germán Cardona Gutiérrez en contra del congresista RODRIGO GARAVITO HERNANDEZ amerita la apertura de instrucción penal.

Antecedentes:

Mediante escrito presentado personalmente ante el Juzgado Octavo Penal Municipal de Manizales, el alcalde de esa ciudad Germán Cardona Gutiérrez querelló en contra del actual Representante a la Cámara RODRIGO GARAVITO HERNANDEZ, imputándole un delito de injuria. El agravio se afirma sucedido el 19 de agosto de 1994 en el curso de una

intervención pública de carácter político cumplida en el teatro "Los Fundadores", concretándose que en el siguiente texto reproducido por "Radiosucesos de Caldas" de la cadena radial R.C.N.;

> "El parlamentario... Rodrigo Garavito hizo críticas a algunas gestiones del alcalde Germán Cardona Gutiérrez.
>
> Hablando en el acto de lanzamiento de la candidatura del ingeniero Mauricio Arias, a la Alcaldía, Garavito dijo públicamente que los trabajos de la vía Batallón-Puente la Libertad, debieron adelantarse por el sistema de Valorización.

No se hizo así, para evitar que el derrame afectara los intereses de algunos amigos suyos.

Aseguró, igualmente, que el lote negociado con el BCH en sector adyacente al Parque Caldas, para la nueva sede de la Alcaldía, está a punto de perderse, por incumplimiento del ejecutivo en el pago de las cuotas".

En diligencia de ampliación rendida ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Manizales al que correspondió el inicial reparto del asunto, el quejoso precisó que las apreciaciones del denunciado sobre la negociación entre el Municipio de Manizales y el Banco Central Hipotecario no formaban parte de su reclamo, en cuanto no le afectan en lo personal ni como hombre público, concretando que aquellas de contenido injurioso habían sido inclusive ratificadas en la columna del periodista Carlos Ernesto González publicada el 31 de agosto siguiente en el diario "La Patria".

Refieréndose a las actividades de su administración que motivaron la crítica en su contra explica que ante la alta accidentalidad de la vía Batallón-Puenta La Libertad inició con el apoyo del Comité de Cafeteros, la Gobernación de Caldas y los vecinos, el corte de taludes para mejoramiento de la visibilidad, y luego, por iniciativa de los industriales del sector que se comprometieron a aportar trescientos millones de pesos en calidad de préstamo al Municipio, contrató la continuación de la obra, captándose parte del dinero a través de "Global Fiduciaria" de la

Corporación Financiera de Caldas. Sólo que como hacía falta la autorización del Concejo para el endeudamiento del Municipio, el dilatado trámite del respectivo le restó confianza a la idea, iniciándose un proceso de retiro de aportes, para terminar por recaudar únicamente la mitad del dinero ofrecido en préstamo. Esta situación lo llevó a buscar la aplicación de un sistema de valorización "que incluyera los vecinos de la vía en mención, la zona industrial y excluyendo siempre los barrios populares del sector como en efecto se está haciendo en este momento dicho estudio al interior de la administración, municipal".

El Juzgado recepcionó algunos testimonios dentro de la indagación preliminar, corroborando tanto las afirmaciones del aforado como la versión del querellante sobre la forma de iniciación de la obra y el posterior estudio para aplicación del sistema de valorización, y allegó al expediente documentos relacionados con esa actividad y la negociación entre el Banco Central Hipotecario y la Alcaldía de Manizales.

Al tener conocimiento de la comunicación del Subsecretario de la Cámara de Representantes sobre la condición de congresista del denunciado, elegido y posesionado para el período constitucional 1994-1998, la juez se declaró incompetente, disponiendo la remisión del expediente a la Corte.

Consideraciones de la Corte:

Por tratarse en el caso de la injuria de una infracción solo perseguible mediante solicitud de la parte ofendida, se ocupará la Corte con exclusividad del análisis de las imputaciones denunciadas, en este caso las relacionadas con la ampliación de la vía Batallón-Puente la Libertad de Manizales, dado que por expresa voluntad del querellante se trata de las únicas atentatorias contra su patrimonio moral, lo que equivale a marginar lo atinente a la negociación entre el Banco Central Hipotecario y el Municipio sobre un terreno destinado a la construcción de la sede de la Alcaldía, pues al decir del propio doctor Cardona, allí "no se toca mi integridad personal de ciudadano y de hombre público".

Sobre la afirmación del querellado relacionadad con la forma de ejecución de las obras en la vía Batallón-Puente La Libertad, autorizadas por la Alcaldía, sábese de su veracidad por el dicho del burgomaestre, al

admitir que ellas no se proyectaron por el sistema de valorización sino con la coordinación y apoyo de los industriales del sector quienes se comprometían a financiarlas mediante un préstamo de trescientos millones de pesos que mereció su trámite de aprobación ante el Concejo, por comprometer el endeudamiento del Municipio.

Tampoco resultó inveraz la razón que dio el imputado al afirmar públicamente que no se hizo utilización del sistema de valoración "para evitar que el derrame afectara los intereses de algunos amigos suyos" –refiriéndose al Alcalde–, pues tanto los industriales del sector como los dueños de predios aledaños y los habitantes de los barrios "La Enea" y "Lusitania" terminarían recibiendo los beneficios de las obras realizadas, entre ellos el incremento patrimonial derivado del notable mejoramiento de la vía de acceso, sin tener que compartir con el Municipio los costos de construcción, como sí sucedería de haberse aplicado el sistema de valorización, ya que los dineros aportados por los primeramente nombrados tenían el carácter de préstamo que el Municipio estaba en el deber de reembolsar.

Por lo demás, si ulteriormente se acudió al sistema de valorización, ello no ocurrió porque éste formara parte del proyecto inicial, sino porque la financiación mediante el crédito prometido por los industriales se cumplió tan solo en parte como se infiere de los comentarios del querellante en su ampliación, y de las circunstancias en que los empleados de valorización dicen haber iniciado el estudio de factibilidad.

La intervención de la Alcaldía en el mejoramiento de la vía constituía además un hecho ampliamente conocido por tratarse de una obra pública de beneficio comunitario, y particularmente de la incumbencia de personas que, como en el caso del querellado, tenían la representación de esa colectividad por haber obtenido el favor del voto popular, motivo que impide exigir la indiferencia del aforado, o tener su cuestionamiento público a manera de indebida intromisión, pero mucho menos otorgarle a esas críticas la trascendencia de agravio o de imputación deshonrosa, pues del texto divulgado ninguna conclusión en tal sentido emerge, como que el sentido crítico de las expresiones conocidas apuntaba a censurar un manejo administrativo por involucrar dineros públicos (así fuese mediante el mecanismo de obtención de créditos) en la construcción de

una obra de especial beneficio privado, que bien había podido financiarse con el aporte de los particulares.

De tales antecedentes se descubre que la información del parlamentario, pese a su contenido crítico no alcanza connotaciones injuriosas, pues tan amigos del Alcalde podían considerarse los industriales aledaños a la vía, como en particular a los habitantes de los barrios populares "La Enea" y "Lusitania" a quienes, según la expresa manifestación del doctor Cardona Gutierrez, se quiso definitivamente excluir del plan de valorización por razones de índole económica y social, lo que de modo ninguno podría interpretarse como imputación de comportamiento indebido, abusivo o desleal con los deberes funcionales, dentro de los cuales estaba para el Alcalde el de proteger y promover a los sectores sociales deprimidos y marginados (artículo 13 de la Carta Política).

Es más. Si dentro de la misma Constitución se incentivan mecanismos de participación ciudadana, no limitados a la sola selección de los gobernantes mediante el voto popular, sino extensivos a la definición de obras y en particular a la exigencia de responsabilidades a los funcionarios de representación popular que incumplan sus promesas preelectorales, mucho menos reprochable se muestra una actividad crítica a la gestión del alcalde (responsable ante la Constitución y ante la ley tanto política, administrativa y hasta penalmente como cualquier otro funcionario), si en ella no se emplean términos denigrantes u ofensivos de su patrimonio moral.

Dentro de esta perspectiva, ningún hecho reprochable asoma en la intervención pública del aforado en su voluntad de alertar al conglomerado local sobre la forma –a su juicio desacertada o censurable como se ejecutaban las obras públicas de Manizales–, porque en esa labor no asoma siquiera una ofensa a la verdad de lo ocurrido, ni la imputación de agravios o descalificación social del funcionario a quien se dirigen, persona que, por lo demás, cuenta con medios idóneos para intentar, si ese era su deseo, la aclaración o divulgación de sus propias determinaciones administrativas y planes de trabajo.

La atipicidad de la conducta querellada que de este modo se descubre, constituye causa suficiente para inhibir la apertura de instrucción penal en contra del aforado RODRIGO GARAVITO HERNANDEZ, según así

lo dispone el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, sentido en el cual operará el pronunciamiento de la Sala.

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

Resuelve:

PRIMERO.- Inhibirse de abrir instrucción penal en contra del Representante a la Cámara RODRIGO GARAVITO HERNANDEZ, frente a los hechos que precisa la querella.

SEGUNDO.- En firme la presente decisión archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillemo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEFENSOR / INEXISTENCIA / DEMANDA DE CASACION / PERJUICIOS

Frente a la posición del Tribunal concordante con la del no recurrente en el sentido de que la presencia, del representante de la sociedad convalida la ausencia del defensor, se debe aclarar que es una conclusión absurda y peligrosa para el respeto que se debe tener por las garantías de los acusados. Por ese camino se llega al desconocimiento de la defensa técnica, y a confundir las funciones que corresponden a cada úno de los sujetos procesales, de tal manera que el Ministerio Público podría también suplir la no presencia del fiscal en los casos en que la ley la exige como obligatoria.

El artículo 161 del estatuto procesal vigente no deja duda sobre su mandato: "se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor", de donde se desprende que pretender justificar la inasistencia del abogado encargado de la defensa con el argumento de que para eso estaba el agente del Ministerio Público, es una interpretación que desborda no solo lo estrictamente jurídico sino también lo razonable. En consecuencia, un reconocimiento en fila de personas de esta naturaleza debe ser tenido como inexistente, sin que pueda ser valorado en la sentencia.

2. El estatuto actualmente vigente no exige que el error planteado se califique como de hecho o de derecho, pero debe indicarse en qué consiste la inconformidad para así mismo saber a que debe apuntar su fundamentación. 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 debe ser otra que su desestimación.

3. De acuerdo con lo previsto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, la condena al pago de perjuicios en concreto es "si a ello hubiere lugar, y como el obvio, si no existe la prueba necesaria no se puede condenar".

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobada Acta número 134 de 23 de noviembre de 1994.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de DAGOBERTO LEYVA contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual le impuso una pena de dieciocho (18) años de prisión como responsable del delito de homicidio, con la modificación consistente en rebajar las penas accesorias a diez (10) años, y revocar el numeral 3o para imponer en abstracto la obligación de cancelar a quien demuestre su legítimo derecho los daños y perjuicios causados.

I. Hechos y actuación procesal:

En la noche del 9 de noviembre de 1991, en la ciudad de Neiva, Elkin Eduardo Gómez conducía un vehículo taxi de su propiedad, y al transitar a la altura del establecimiento procesal, fue abordado por dos individuos que lo atacaron disparándole con arma de fuego, lo que produjo como consecuencia su muerte casi instantáneamente. Una vez ocurrido el hecho los autores del homicidio emprendieron la huida, lográndose posteriormente la captura de DAGOBERTO LEYVA, gracias a unos retratos hablados que fueron elaborados con la colaboración de unos testigos que lo observaron en el momento en que se retiraban del lugar del crimen.

Después de una breve etapa de indagación preliminar y habiéndose logrado identificar a uno de los partícipes, el Juzgado Once de Instrucción Criminal de Neiva inició la investigación penal vinculando mediante

indagatoria a LEYVA, definiéndole luego la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Cerrada la instrucción se calificó el sumario con resolución de acusación en contra del procesado como coautor del delito de Homicidio agravado.

Al Juzgado Noveno Penal del Circuito le correspondió el trámite de la causa, despacho que una vez realizada la diligencia de audiencia pública profirió sentencia en la que condenó a DAGOBERTO LEIVA a la pena principal de dieciocho (18) años de prisión, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la principal. Igualmente por concepto de perjuicios morales le impuso una suma equivalente en moneda nacional a cien (100) gramos oro, y por concepto de daños materiales la suma de $155.000.oo correspondiente a la caja funeraria y demás servicios complementarios.

Apelada esta decisión, el Tribunal Superior de Neiva la confirmó con las modificaciones anotadas con anterioridad.

II. Demanda:

Con apoyo en la causal primera de casación cuerpo segundo, el defensor presenta dos cargos a saber:

Primero:

Arguye que la sentencia violó indirectamente, los artículos 66 numeral 7o, 323 y 324 num 2o y 7o del Código Penal, por error de derecho en la apreciación de la prueba de reconocimiento en fila de personas, apartándose de lo establecido en el art. 161 del C.P.P. (165 del estatuto anterior), desestimándola de conformidad con el canon 310 del C.P.P. vigente para la época de los hechos.

El artículo 161, que en lo fundamental transcribe lo reglado en el 165 de la normatividad procesal anterior, considera inexistentes para todos los efectos las diligencias practicadas con la participación del procesado sin su defensor.

El reconocimiento en fila de personas de DAGOBERTO LEYVA por parte de los testigos William Fuentes y José Libardo Clavijo, se realizó sin la presencia del defensor, lo que la hace inexistente y lleva a que no pueda ser tenida en cuenta.

Sin embargo, el Tribunal en la providencia impugnada, decidió darle plena validez a la prueba porque a ella asistió el Procurador Provincial, olvidando que nunca el representante del Ministerio Público podrá reemplazar al defensor en la práctica de las diligencias en que el procesado participe.

Así se incurrió en violación indirecta por error de derecho, cuando lo correcto era desestimar este medio por inexistente.

Segundo:

La sentencia violó indirectamente los artículos 66 num 7o., 323 y 324 num 2o. y 7o. del Código Penal, quebranto que se produjo por errónea apreciación de las versiones de Alba Rocío Torres, Mayerly Cachaya, Alcira Taborda, Ludibia Sánchez; Gilma Aranda, Francia Elena Cuéllar, Marleny Sunce, Nidia Rodríguez y Naime Fernanda Buendía.

El fallo no le dio credibilidad a lo manifestado por estos testigo sobre la presencia del imputado en lugar diferente al sitio donde ocurrieron los hechos, apartándose de los criterios establecidos en el artículo 249 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Para desestimar estos testimonios, el juzgador se basó en las pequeñas contradicciones en que incurren algunos deponentes, especialmente en el punto que toca con la forma como se desarrollaba la discusión con Alba Rocío, viendo igualmente en la uniformidad de algunos aspectos de los testimonios (forma de vestir de Leyva) motivo de poca credibilidad.

En relación con la discusión entre el procesado y su compañera, es poco creíble para el fallador que la misma se hubiese prolongado por algunas horas, en sitio público y en presencia de varias personas, lo mismo que se recuerde por los testigos la forma de vestir del inculpado.

Olvida el *ad-quem* en la apreciación de estos hechos las circunstancias personales de los protagonistas, que en su mayoría son de un nivel social y cultural bajo, donde este tipo de discusiones son habituales, siendo común ver en las barriadas populares la costumbre en personas de sexo opuesto de visitarse en las esquinas, prolongándose por varias horas la conversación y presentándose discusiones a veces por celos, producidos por cosas baladíes.

Tampoco debe resultar extraño que se recuerde la forma de vestir de Dagoberto Leyva, si se tiene en cuenta que el barrio Eduardo Santos de Neiva, es de los llamados marginales, resultando fácil recordar a una persona que se destaque por su forma moderna de vestir, y que porte además un buen número de joyas.

Incurrió el Tribunal en errónea interpretación de estos testimonios, al no valorar lo dicho por los deponentes, por lo que solicita a la sala se absuelva a su defendido.

III. Alegatos del no recurrente:

El Procurador ciento treinta y seis judicial de Neiva, solicita a esta sala que se desestime la demanda apoyado en las consideraciones que siguen:

El legislador penal para rodear al sindicado en todas sus garantías y de un mínimo ejercicio de defensa, previó darle un defensor cuando el imputado deba ser sometido a un reconocimiento,

Dentro de los límites fundamentales de esa norma, el imputado debe haber sido informado del derecho de ser asistido por un defensor, sin que pueda sometérsele a un reconocimiento sin estar presente su abogado, cuya función en la diligencia no alcanza más allá de observar y hacer cumplir la formalidad de que el grupo de personas susceptibles de ser reconocidas, este conformado por individuos de similares características. En ella el defensor ratificará que se presentó un acusador a reconocer a su representado, que hacía parte de un grupo de personas de características semejantes en lo posible. De allí que sin su presencia la diligencia sea absolutamente inexistente.

El caso de los reconocimientos de Dagoberto Leyva fue vigilado y ratificado por el agente del Ministerio Público, entre otras razones, porque el sindicado había manifestado que no tenía a quien nombrar en su defensa, permitiendo que la legalidad del acto fuere oficiosamente protegida por la autoridad a cuyo cargo quedaba la designación de defensor por voluntad del mismo implicado.

El Ministerio Público ejerce sus funciones para garantizar la seguridad jurídica comprendida como legalidad de las actuaciones, y para la defensa de los derechos humanos, de modo que si la actuación fue refrendada por este al no haber encontrado en su realización ninguna irregularidad, se debe entender que el derecho de defensa no fué sustancialmente conculcado.

En cuanto a las versiones según las cuales al tiempo de la comisión del punible Dagoberto Leyva ocupaba un espacio distinto al de la ocurrencia del hecho, siendo imposible que fuese protagonista de la acción criminosa, en el proceso fue examinada la inconsistencia de estas explicaciones, pues si de un lado cada una de las mujeres se ocupó de la discusión entre Dagoberto y su amante, de otro lado ellas consignan mentiras, apreciables en exageraciones y contradicciones. De modo que ponderada en conjunto la deponencia según la cual no había podido el procesado haber obrado en otro lugar, a la misma hora de ese día, no resulta consistente, por lo que no puede ser tenida como verdad.

IV. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia, y sobre cada uno de los reproches se pronuncia así:

Cargo Primero:

Sostiene el actor que los reconocimientos en fila de personas que del sindicado hicieron dos testigos, son inexistentes en la medida que el defensor no asistió y mucho menos intervino en ellas.

No hay duda que el libelista acude a la modalidad de violación indirecta de la ley sustantiva, error de derecho, para por esa vía exteriorizar

los argumentos de su inconformidad, siendo el falso juicio de legalidad el objeto central del ataque; sin embargo, la censura de esa forma sustentada queda a mitad de camino, pues no se hizo esfuerzo por demostrar la necesaria e ineludible consecuencia que habría tenido en el resultado del fallo el que el juzgador hubiese desestimado los reconocimientos en fila de personas allegados a la actuación.

No resulta suficiente que el actor se limite insularmente a hacer ver cómo en verdad el medio de convicción fue allegado al proceso con ausencia de las formalidades esenciales que para su validez exige la ley, sino que además es imperioso demostrar que una vez desestimada la prueba, la restante no sirve para mantener la sentencia condenatoria impugnada, es decir, que necesario es para el censor comprobar la trascendencia de la prueba ilegalmente aducida.

Esa exigencia técnica no se cumple en el cargo, pues el recurrente no procede a demostrar cómo una vez desechados los reconocimientos en fila de personas, las demás pruebas estudiadas en conjunto conllevan la absolución del procesado, pudiéndose colegir que el libelista no estableció ni probó el nexo causal entre el falso juicio de legalidad y lo decidido por el sentenciador, punto que en últimas necesariamente debe ser establecido por el censor para poner en clara evidencia que otro hubiese sido el sentido jurídico del fallo.

Labor que era imposible cumplirla, toda vez que las sentencias de instancia en ningún momento edifican el fallo de condena exclusivamente con base en las pruebas tachadas de ilegales.

De la detenida lectura de la providencia de primera instancia, se observa que en ninguna de sus consideraciones se hizo la más mínima mención sobre los reconocimientos en fila y por el contrario, todo el análisis se centra en la certeza que para condenar ofreció tanto el caudal testimonial como los retratos hablados; así, con las declaraciones de William Fuentes Calderón, José Libarddo Clavijo, María Cleofe Sotelo, el cabo segundo Antonio de Jesús Zapata, Alba Rocío Torres, Mayerly Cachaya Lizcano y Gloria Taborda, concluyó el Juzgado Noveno Penal del Circuito en la autoría y responsabilidad de Dagoberto Leyva.

Y en lo que respecta a la sentencia de segunda instancia, luego de hacer un estudio en conjunto de las declaraciones incluyendo otras desatendidas, y concluyendo que el procesado era responsable, sólo se procedió en ella a hacer una simple referencia a las pruebas de reconocimiento en fila de personas, sirviendo como apuntalamiento de lo que de todas maneras debía colegirse: la confirmación del fallo de condena.

Es más, en oportunidad anterior el Tribunal integrado por una Sala de Decisión Penal distinta, al revisar la apelación del auto por medio del cual se decretó la medida de aseguramiento en contra del procesado, desestimó los reconocimientos por inexistentes, y no obstante haberlos desestimado confirmó la providencia apelada.

Para la Delegada, se debe advertir que resulta errada la afirmación del sentenciador de segundo grado, por medio de la cual convalida los reconocimiento en fila de personas pretextando que la ausencia de defensor no vicia su validez en la medida que a ellos se hizo presente "autoridad tan destacada como Procurador Provincial". Aserto que es desatinado, pues ni la Constitución ni la ley relevan la presencia del defensor por la de otros sujetos procesales aun cuando se trate del Ministerio Público.

No pueden confundirse las funciones que dentro del proceso penal cumplen defensor y Ministerio Público, ya que son bastante disímiles. Frente a la garantía constitucional del derecho de defensa, impera la asistencia del abogado en todas las diligencias en que interviene el procesado, sin que ello impida que lo haga igualmente el Ministerio Público en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales siendo esta precisamente la función que desatendió el Procurador Provincial al permitir la realización de la diligencia sin la presencia del defensor.

Cargo Segundo:

Según el Ministerio Público, los yerros técnicos que presenta la censura imposibilitan que se aborde su estudio.

Pese a que el ataque es fundado en la violación indirecta de la ley sustancial, la formulación jurídica resulta difusa en la medida que el actor

no precisa la modalidad del error en que se encamina su reproche, y cuando menciona que el quebranto se produjo por "errónea apreciación" de múltiple prueba testimonial, dando a entender que se trata de un falso juicio de identidad, en su desarrollo la censura no resulta consecuente con el error de hecho planteado, quedando huérfano de demostración.

Así, sostiene que las declaraciones de Alba Rocío Torres, Mayerly Cahaya, Alcira Taborda, Ludibia Sánchez, Gilma Aranda, Francia Cuéllar, Marleny Sunce, Nidia Rodríguez y Naime Buendía, fueron objeto de una "errónea apreciación" por aparte del Tribunal; sin demostrar que estas pruebas fueron objetivamente distorsionadas, se limitó a afirmar que el "fallo desestimó" estos testimonios, agregando posteriormente que el juzgador "pretende desconocer y quitarle credibilidad a las versiones".

El censor deja en el limbo el pretendido falso juicio de identidad, pues no explicó la forma como el ad quem puso a decir lo que no dicen, o exageró sus contenidos, o recortó lo que en verdad declararon los referidos testigos, omitiendo igualmente la incidencia que el yerro tuvo sobre la decisión tomada en el fallo recurrido.

Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia que cuando el sentenciador tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba, resulta necesario que así lo demuestre el actor, procediendo a comprobar cómo el error determinó el quebranto de la ley sustantiva.

Los yerros técnicos no paran ahí, pues el cargo sufre una desviación en el instante que el actor afirma que el "fallo desestimó" esos testimonios, o que "pretende desconocer y quitarle credibilidad a las versiones", razonamientos con los que se entremezcla la acusación con conceptos propios del error de hecho por falso juicio de convicción.

Olvida el censor que este tipo de críticas no tienen cabida en la medida que actualmente los medios de convicción no están sujetos a ningún parámetro de tarifa legal, rigiendo respecto de ellos el principio de persuasión personal con fundamento en la sana crítica.

Puede colegirse de lo anterior que el recurrente pretendió abrir un tercer debate, propio de las instancias, ajeno al recurso extraordinario de

casación, procurando por ese medio enfrentar sus particulares puntos de vista con las consideraciones hechas por el tribunal, sujetas a las reglas de la sana crítica.

Todo lo anterior lleva a que quede descartada la prosperidad del cargo.

Casación Oficiosa:

Resulta imperativo, dice el Procurador Delegado, que al emitirse la correspondiente sentencia de condena, el Juzgador deba proceder a imponer en concreto el pago de perjuicios si a ello hubiere lugar, siendo errado dejar en abstracto la imposición de esta obligación, porque con ello no solo se desconocerían los artículos 56 y 180.8 del C. de P.P., sino que además esto implicaría el menoscabo de los derechos de la víctima o sus herederos.

Esta normatividad legal fue ignorada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva, al revocar la condena impuesta por el a quo, para en su lugar dejarla en abstracto, con argumentos confusos e inconexos, afirmando que al proceso no se allegaron pruebas que permiten la concreción de perjuicios e igualmente que "presente se ha de tener también que el art. 107 cp (*sic*) faculta al juez para que prudencialmente señale la indemnización por daño material pero siempre y cuando no exista 'dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito', como si hay en este expediente...".

Así reconoce el Tribunal que existe prueba en el proceso sobre los perjuicios, de ahí que sea desatinada la decisión tomada, porque no puede sustraerse al deber legal de fijar el quantum de los daños y perjuicios causados por el hecho punible como lo hice el juez de primer grado, con fundamento en los artículos 106 y 107 del C.P.

Solicita a la Corte que oficiosamente se proceda acorde con lo dispuesto en los artículos 228 y 229.1. del C.P.P. casando parcialmente la sentencia revisada, para que en su lugar se proceda a proferir la que corresponda con la acción indemnizatoria.

V. Consideraciones de la Sala.

Primer cargo:

El casacionista afirma que el Tribunal en la sentencia le dió plena validez a las diligencias de reconocimiento en fila de personas a pesar de que ellas se realizaron sin la presencia del defensor.

Como bien lo advierte en su concepto el Procurador, el desarrollo del cardo se queda a mitad de camino, porque cuando se ataca la sentencia por errores relativos a las pruebas no basta señalar la irregularidad, sino que es necesario demostrar que con los elementos de juicio restantes el fallo no puede mantener su vigencia, requisito que no lo cumple el recurrente, ya que se limita a plantear que las diligencias de reconocimiento en fila de personas fueron ilegalmente practicadas, sin precisar la incidencia del error en el resultado final del proceso, para lo cual era necesario que demostrara que el yerro era causa determinante de la ilegalidad de la sentencia.

De otra parte, se hace necesario acotar que las diligencias de reconocimiento no fueron fundamento del fallo de instancia, pues el Juez Noveno Penal del Circuito de Neiva en su proveído de noviembre 10 de 1992, en el que condenó a Dagoberto Leyva, no hizo la más mínima referencia a las diligencias cuestionadas, fundamentando su decisión en los retratos hablados así como en las declaraciones de William Puentes Calderón y José Libardo Clavijo, deponentes que en su concepto "entre si, son contestes en todos los aspectos; y además no incurrieron en ninguna contradicción entre lo dicho ante la policía con lo afirmado por William ante el juzgado, pues no se equivocan ni en los rasgos físicos, ni tampoco en lo atinente a las prendas de vestir del implicado".

A lo anterior se deben agregar las versiones de los testigos de descargo, que dada la gran cantidad de contradicciones que envuelven entre sí, permitieron que el juzgador adquiriera certeza sobre la responsabilidad del acriminado; es decir, los reconocimientos en fila de personas no jugaron ningún papel frente a la decisión final del proceso.

Pero no se puede olvidar que desde la Resolución de Acusación el instructor ya se había percatado de la ilegalidad de estas diligencias, y no obstante lo anterior obtenía el cumplimiento de los requisitos necesarios

para proferir el pliego de cargos en contra del procesado, presupuesto que se traduce del aparte que se transcribe:

> "Por los anteriores razonamientos, no comparte el despacho los planteamientos expuestos por la defensa, pues si bien es cierto el reconocimiento es inexistente al tenor del artículo 175 del C. de P.P., al no nombrársele defensor al sindicado, también lo es que mediante otros elementos de prueba se comprobó plenamente la identificación de Dagoberto Leyva, como fue con el retrato hablado que se obtuvo de los testigos William y Libardo y que sirvió de base para iniciar la investigación y culminar con la captura de Leyva por parte de los agentes de F2".

Así las cosas, resulta claro que los reconocimientos en fila de personas no incidieron en las decisiones que dictadas en el curso del proceso comprometían la responsabilidad del imputado. Es verdad que el Tribunal estimó que estas diligencias eran válidas, pero así mismo, es claro que ellas no fueron requeridas para poder confirmar el fallo de primer grado; simplemente después de hacer un análisis en conjunto de todo el material probatorio y concluir que efectivamente existía certeza sobre la responsabilidad del procesado, hizo alusión a ellas como una adición a las razones expuestas.

En estas condiciones, se repite, centrar la censura respecto de estas pruebas –reconocimientos en fila de personas– siendo evidente que las mismas no fueron el fundamento de la sentencia, hace que el cargo no pueda prosperar, pues así se admita que su práctica se efectuó sin el lleno de las exigencias formales, la condena sigue teniendo el soporte probatorio exigido por la ley.

Finalmente, y frente a la posición del Tribunal concordante con la del no recurrente en el sentido de que la presencia del representante de la sociedad convalida la ausencia del defensor, se debe aclarar que es una conclusión absurda y peligrosa para el respeto que se debe tener por las garantías de los acusados. Por ese camino se llega al desconocimiento de la defensa técnica, y a confundir las funciones que corresponden a cada uno de los sujetos procesales, de tal manera que el Ministerio Público podría también suplir la no presencia del fiscal en los casos en que la ley la exige como obligatoria.

El artículo 161 del estatuto procesal vigente no deja duda sobre su mandato: "se consideran inexistentes para todos los efectos procesales,

las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor", de donde se desprende que pretender justificar la inasistencia del abogado encargado de la defensa con el argumento de que para eso estaba el agente del Ministerio Público, es una interpretación que desborda no solo lo estrictamente jurídico sino también lo razonable.

En consecuencia, un reconocimiento en fila de personas de esta naturaleza debe ser tenido como inexistente, sin que pueda ser valorado en la sentencia.

Segundo Cargo:

Acudiendo al cuerpo segundo de la causal primera, estima el actor que se apreciaron erróneamente los testimonios de Alba Rocío Torres, Mayerly Cachaya, Alcira Taborda, Ludibia Sánchez, Gilma Aranda, Francia Elena Cuéllar, Marleny Sunce, Nidia Rodríguez y Naime Fernanda Rodríguez, al quitársele credibilidad a sus versiones.

El estatuto actualmente vigente no exige que el error planteado se califique como de hecho o de derecho, pero debe iniciarse en qué consiste la inconformidad para así mismo saber a qué debe apuntar su fundamentación. 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 esas exigencias se omite, la conclusión no puede ser otra que su desestimación.

El censor al afirmar en un primer momento que existió errónea apreciación de los testimonios antes reseñado, daría a entender que enmarca su ataque por vía del error de hecho, falso juicio de identidad –tergiversación del contenido fáctico de la prueba–. Pero al estimar a renglón seguido que se les quitó credibilidad a los mismos se sale del marco del yerro alegado para adentrarse en el cuestionamiento al proceso de valoración probatoria realizado por el Tribunal en la sentencia.

No es lo mismo que se tergiverse el contenido fáctico de un elemento probatorio –error de percepción– a que se le dé o no credibilidad al mismo –acto de valoración–, porque en el primer caso se le pone a decir a la prueba lo que no dice, en tanto que en segundo

se respeta el contenido, pero el juez considera que no amerita credibilidad.

Revisado el fallo de instancia, de él se desprende que los jueces hicieron una valorización probatoria de acuerdo con la sana critica, esto es, con el sentido común, con la lógica y el buen juicio, y ello condujo a que se adquiriera certeza sobre la responsabilidad penal de DAGOBERTO LEYVA.

A manera de ilustración y para demostrar que es proceso de valoración realizado frente a las versiones "desestimadas", se transcribe lo que sigue:

> "Por otra parte está la abundante prueba testimonial que trata de favorecerlo, ubicándolo en lugar distinto, al de ocurrencia de los hechos. Ya desde antes de calificarse el sumario se consideró por el instructor que estos testimonios de la compañera del procesado, Alba Rocío Torres, de sus amigas Mayerly Cachaya, Gloria Taborda y otras vecinas de la primera, carecían de veracidad, concepto que fue respaldado por nuestro superior, anotándose que deben ser investigadas por un delito contra la Administración de justicia, compartiendo éste despacho dichos criterios dadas las múltiples contradicciones e imprecisiones en que incurrieron al narrar unos mismos hechos, una supuesta pelea de celos, la que –increíblemente (*sic*) sostuvieron por espacio de cinco horas, aunque como bien lo anota la defensa no necesariamente se tienen que recordar todos los detalles, existen algunos tan protuberantes que por simple lógica no habría lugar a contradicción, como por ejemplo, estando estas personas tan relativamente cerca las unas de las otras y en relación con los protagonistas de la pelea por celos, cómo puede ser posible que unas observen que se dan cachetadas, mientras otras se de cuenta de un romance, y otras no perciben nada; ahora el implicado sostiene que después (*sic*) de la pelea se fue a bailar al estadio La Libertad con personas desconocidas, observa el despacho que teniendo con quien ir, pues se ha dicho que se trataba del churro del barrio al que le sobran las admiradoras por su presencia y modo de vestir tan elegante, hecho que contradice Mayerly diciendo que se fue a dormir con

> ella, o sea que al fin no se sabe quien de los dos dice la verdad, porque la dueña de casa sostiene que Dagoberto llegó a la una de la mañana y agrega que se levantó a arreglarle una chatarra, mientras que por otro lado se dice que continuaron peleando con Alba Rocío. Ahora las últimas personas que declararon anotaron que lo hicieron por solicitud que les hiciera Alba Rocío. *Concluye el despacho lo mismo de la fiscalía: que sólo se nota en las declarantes el afán de corroborar la coartada que ha querido montar el procesado, su interés es sólo el de favorecerlo"*. (Sentencia Primera instancia –pag. 220. Negrillas extratextuales).

Contrario sensu, el actor en la demanda se dedica a controvertir el valor dado a las pruebas al afirmar:

> El fallo pretende desconocer y quitarle credibilidad a las versiones de los distintos testigos, ya mencionados, que coinciden en afirmar, que para el momento de los hechos el señor DAGOBERTO LEYVA, se encontraba en sitio diferente.
>
> Para desestimar los mencionados testimonios, el H. Tribunal y el Fallador de instancia, se basan en las pequeñas contradic-ciones en que incurren algunos de los testigos especialmente en la forma en que se desarrollaba la discusión con Alba Rocío, y ve también en la uniformidad de algunos aspectos de los testimonios (Forma de vestir del señor Leyva) motivo de poca credibilidad".

Lo que se destaca de la lectura de las sentencias de instancia y de la demanda de casación, es una aguda confrontación y discrepancia sobre el valor de la prueba considerada por los juzgadores al rechazar la que se ofrece como favorable al sentenciado, quien se muestra totalmente ajeno a los hechos investigados.

En las sentencias se advirtieron una serie de realidades que por el estudio cuidadoso y ajustado a las prescripciones de la sana critica, le permitieron a los juzgadores inferir un sólido juicio de responsabilidad del acriminado. La alegación del libelista en la valoración probatoria, sino una posición de distinta entidad que obedece a otra manera de ver las cosas, luego el reproche sobre la negación de la credibilidad a las

declaraciones de quienes vinieron a corroborar la versión del procesado, no puede prevalecer sobre el juicio del sentenciador.

Analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo con la sana crítica para tomar una decisión es función que corresponde al Juez, y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición de criterios del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo.

El cargo no prospera.

Petición del Procurador Delegado en lo Penal:

El representante del Ministerio Público considera que es propio del respecto al debido proceso el que la condena al pago de perjuicios se haga en concreto, ya que dejarla en abstracto constituye un menoscabo de los derechos de la víctima o de sus herederos.

Lo ocurrido en el trámite del proceso fue lo siguiente: el Juez de primera instancia condenó al pago de perjuicios en favor de los herederos o causahabientes del occiso, así: morales en una suma equivalente a cien (100) gramos oro; en cuanto a los materiales, por concepto de daño emergente ciento cincuenta y cinco mil pesos ($155.000), y por lucro cesante mil (1.000) gramos oro.

El Tribunal Superior al conocer la sentencia por vía de apelación, se queja de la deficiente investigación sobre los daños y perjuicios causados, agregando textualmente:

> "Al revisar la actuación no se encuentra por ninguna parte que algún funcionario de los que dirigieron la investigación o la causa se hubiera preocupado por la materia y solo en postrimetrías se le pregunta a la viuda por el costo del ataúd (fls. 184). A este respecto es claro que el funcionario judicial debe ordenar las pruebas correspondientes para establecer la cuantía de los perjuicios para, finalmente y en especie de remate

del trabajo, designar a un perito quien con fundamento en ellas, fije perjuicios de todo orden.

"Presente se ha de tener también que art. 107 cp faculta al juez para que prudencialmente señale la indemnización por daño material pero siempre y cuando no exista 'dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito', como si la hay en este expediente, y que es el camino legal más justo para evitar extralimitaciones por exceso o por defecto, como ya no se puede hacer en este momento procesal que se registra, pero que es posible realizar en proceso de responsabilidad civil extracontractual en el que se debatirán todos los tópicos a que se refiere este importante aspecto y fuente de obligaciones".

Como bien lo señala el Ministerio Público, es verdad que la redacción del Tribunal es confusa, pero aún así es evidente que la razón por la cual revoca la condena en perjuicios es porque estima que no existe la prueba necesaria para fijarlos en concreto, de modo que no es una decisión arbitraria ni lesiva del debido proceso, porque de acuerdo con lo previsto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, la condena al pago de perjuicios en concreto es "si a ello hubiere lugar", y como es obvio, si no existe la prueba necesaria no se puede condenar.

El error del *ad-quem* consiste en haber impuesto la obligación en abstracto, cuando la consecuencia de su argumentación llevaba a que simplemente se limitara a revocar la condena en perjuicios. Pero esa determinación es inocua, entre otras razones porque no señaló ningún beneficiario, y la expresión utilizada, "a quien demuestre legítimo derecho", no suple ese vacío.

Siendo esto así, si alguno de los sujetos procesales no compartía la modificación introducida por el Tribunal ha debido demandar en casación para cuestionar la apreciación probatoria, esto es, acudiendo a la causal primera. En estas condiciones, es claro que la Sala no puede actuar oficiosamente, porque ello implicaría ocuparse de un tema que no fue planteado, y que como ya se dijo no constituye causal de nulidad del proceso ni atenta contra las garantías fundamentales,

lo cual impide que prospere la sugerencia formulada por el Procurador Delegado.

Además, es oportuno recordar que en este proceso no se constituyó en parte civil ningún perjudicado, en consecuencia, como lo destaca el sentenciador de segunda instancia, aún tienen la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil a hacer la reclamación respectiva.

Finalmente, la Corte llama la atención de todos los funcionarios que intervienen en las etapas de investigación y juzgamiento dentro del proceso penal, para que sean muy estrictos en el cumplimiento de la obligación que tienen de decretar y practicar pruebas que permitan el resarcimiento de los perjuicios derivados de los delitos, pues resulta inexplicable que teniendo la facultad oficiosa para hacerlo, y sabiendo que el restablecimiento del derecho es uno de los fines de la actuación, se omita su cumplimiento.

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

El dictamen pericial no constituye por sí solo la plena prueba, ni es elemento de convicción exclusivo. Como lo señala el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal, el dictamen debe apreciarse libremente por el Juez, teniendo en cuenta la firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y "los demás elementos probatorios que obren en el proceso".

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 143.

Vistos:

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado RAUL CABRERA TRUJILLO, contra la sentencia del Tribunal Superior de Florencia, que confirmó la dictada por el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, pero rebajando la pena impuesta a los procesados RAUL Y DAGOBERTO CABRERA TRUJILLO, a diez (10) años y un (1) mes de prisión, y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad a diez años, como coatures responsables de los delitos de homicidio y lesiones personales.

I. Hechos:

El 19 de mayo de 1991, en una cantina de la Inspección de Policía La Mono del Municipio de Belén de los Andaquíes, en el Departamento del Caquetá, los hermanos Dagoberto, Campo Aníbal y Raúl Cabrera

Trujillo, en estado de embriaguez suscitaron una disputa con otras personas que se encontraban en el establecimiento, y después de desafíos e insultos pasaron a las vías de hecho, resultando muerto LUIS GONZAGA DUQUE SALAZAR, como consecuencia de las lesiones que le produjeron con armas cortantes, cortocontundentes y contundentes, los mencionados hermanos CABRERA TRUJILLO.

En la refriega participaron YOLANDA PEÑA CUELLAR, GUMERCINDO MOLANO QUINTERO y OCTAVIO CARVAJAL POLANIA, ciudadano éste último que resulto con lesiones, así como JOSE MARINO DUQUE SALAZAR y DAGOBERTO CABRERA.

II. Actuación Procesal:

Una patrulla del ejército que acudió al lugar de los hechos aprehendió a los sujetos involucrados, quienes fueron puestos a disposición de la autoridad policial respectiva, y ésta en su oportunidad rindió los informes pertinentes ante el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en Belén de los Andaquíes, despacho que ordenó abrir la correspondiente investigación penal.

Luego de recibir las indagatorias y practicadas algunas diligencias, el Juez Instructor resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva contra Dagoberto, Campo Aníbal y RAUL CABRERA TRUJILLO, Gumercindo Molano Quintero y Yolanda Peña, y se abstuvo de imponer medida de aseguramiento a los indagados Jesús Antonio Martínez, Fabio Rodríguez Menéses y Leonte Bahos.

El sindicado Campo Aníbal Cabrera Trujillo fue puesto a disposición del Juez Unico Promiscuo de Familia de la localidad, para lo de su competencia, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 170 del Código del Menor.

Apelado el auto que resolvió la situación jurídica de los indagados, el Tribunal Superior de Florencia lo confirmó, sustituyendo la medida de detención que pesaba contra Yolanda Peña Cuellar, por la de conminación, por cuanto sólo se hallaba sindicada del punible de lesiones personales.

Cerrada la investigación, se calificó el mérito del sumario el 15 de noviembre de 1991 con cesación de procedimiento a favor de Jesús Antonio Martínez, Fabio Rodríguez Menéses y Leonte Bahos, y profirió resolución de acusación contra Yolanda Cuellar y Gumercindo Molano por el deliro de lesiones personales, y contra Dagoberto y RAUL CABRERA TRUJILLO por los punibles de homicidio y lesiones personales.

Apelado el auto calificatorio, el Tribunal lo confirmó disponiendo además la libertad provisional del inculpado Molano Quintero.

La etapa del juicio fue iniciada por el Juzgado Tercero Superior de Florencia, y culminada por el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, despacho que practicó la audiencia pública.

En la sentencia de primera instancia se condenó a los procesados RAUL CABRERA TRUJILLO y Dagoberto Cabrera Trujillo a las penas principales de dieciséis (16) años y un (1) mes de prisión y multa de cien pesos (100), y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo lapso, como coautores de los delitos de homicidio y lesiones personales. Yolanda Peña Cuéllar a dos (2) meses de arresto y multa de cien (100) pesos como responsable del delito de lesiones personales y a Gumercindo Molano Quintero a las penas de treinta y dos (32) meses de prisión y multa de cinco mil ($5.000) pesos como responsable del punible de lesiones personales.

Apelada la sentencia de primer grado, el Tribunal Superior de Florencia la confirmó con las siguientes modificaciones: redujo la pena principal impuesta a los procesados CABRERA TRUJILLO de dieciséis (16) años y un (1) mes, a diez (10) años y un (1) mes de prisión; y en cuanto a las penas accesorias las fijó en diez (10) años en lugar de un período igual al de la pena principal.

III. La Demanda:

El actor presenta demanda de casación en relación con la condena que se profirió contra RAUL CABRERA TRUJILLO, por estimar que la

sentencia viola en forma indirecta los artículos 21, 23 y 323 del C.P. por indebida aplicación del art. 247 del C de P.P., a consecuencia de "errores de hecho y de derecho" en la apreciación de la prueba testimonial y la necropsia.

En el desarrollo del cargo comienza por afirmar que las declaraciones de los señores Octavio Carvajal Polanía, Leonte Bahos, Reina María Durán Pérez, Henry Hoyos y Luis Guillermo Rivera Guzmán, acreditan que el procesado RAUL CABRERA TRUJILLO empleó en la pelea un garrote o perrero con el cual golpeó a Luis Gonzaga Duque Salazar.

La necropsia, por su parte, dice que las heridas que causaron la muerte fueron ocasionadas, al parecer, por un arma cortocontundente.

A continuación concluye que "toda la mencionada prueba indica que Raúl Cabrera Trujillo golpeó con arma cortocontundente y que la herida causante de la muerte fue la causada con arma cortocontundente" (*sic*), y aduce a renglón seguido que la sentencia condenó a RAUL por homicidio sin estar probado que las lesiones causadas con el garrote fueran las esencialmente mortales realizadas con arma cortocontundente".

Como consecuencia de lo anterior, dice que se ha incurrido en toda la mencionada prueba en un error de hecho al suponer que los golpes con perrero fueran con arma cortocontundente. "Se ha adulterado la prueba en mención, en forma relativa porque se ha probado la existencia de heridas causadas con arma contundente y no con arma cortocontundente. En resumen, las heridas contundentes se han tergiversado al considerarlas como mortales, cuando la única mortal fue la causada con arma cortocontundente".

Luego de copiar un aparte de la sentencia impugnada, agrega el censor:

> "Con este pronunciamiento se ha producido una desfiguración del medio probatorio, necropsia, por cercenamiento del mismo (preterición) (*sic*). En efecto lo está restringiendo a producir solo efecto cortante, cuando también tiene efecto contundente. La necropsia establece que el tipo de arma es al parecer cortocontundente. Y luego de dar el diagnóstico 'paro cardiorespiratorio secundario a hernia bulbar, por hematoma

intracerebral al parecer por un arma cortocontundente': Luego es errado decir que la hematoma intracerebral fue producido por un arma solo contundente, perrero, como lo ha interpretado el fallador de instancia".

Afirma que la conclusión a la que llegó el sentenciador es contraria a la realidad fáctica establecida por la necropsia, y que sin este error de hecho por cercenamiento, el pronunciamiento condenatorio por homicidio contra RAUL no se hubiere producido. Señala que con este tipo de arma cortocontundente se produce hematoma.

Agrega que al producirse la sentencia con fundamento en la prueba aquejada por error de hecho por suposición y preterición (*sic*) relativas", se está condenando sin obrar en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la responsabilidad del sindicado, y por ello se infringe el artículo 247 del C. P.P., por indebida aplicación. "Se da entonces error de derecho por falso juicio de convicción".

Aduce el libelista, "la prueba adicionada o cercenada existiendo relativamente puede valorarse erradamente, es decir, que es posible el error de derecho simultáneamente con el de hecho por la elemental razón de que la adición o cercenamiento de la prueba presupone su existencia".

Después de expresar la forma como considera vulnerados las normas que invoca, radica el error de hecho que afecta la prueba testimonial, en que ella dice que RAUL golpeado con un perrero no causaba una herida cortocontundente sino solo contundente. El error de hecho por adición de la prueba testimonial es evidente porque está suponiendo que la herida mortal fue causada por arma contundente empleada por RAUL. El primero no es un arma cortocontundente, sino contundente. Luego con esta arma no se causó la muerte..

Solicita a la Corte, "se infirme parcialmente" la sentencia impugnada.

IV. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia materia de impugnación, por las siguientes razones:

En primer término observa, que el censor descuidó el examen minucioso de la sentencia impugnada en donde no se hace una interpretación indebida de la prueba pericial ni se tergiversa el contendio de las testimoniales, llegándose sí a las conclusiones de condena como consecuencia de que el juzgador encontró que el acusado tenía la calidad de coautor del delito de homicidio, independientemente de que él hubiera sido quien causó una u otra lesión al occiso y fincando tal responsabilidad en la contribución de su acción al resultado finalmente obtenido.

Expresa que en realidad el Tribunal no desconoció el resultado de las pruebas mencionadas por el censor ni distorsionó su contenido de acuerdo a su análisis, sino de ellas dedujo una participación del acusado en el delito, pues reconociendo que RAUL CABRERA TRUJILLO portaba un garrote en el momento de los hechos y que el resultado de la necropsia fue claro en cuanto a la causa inmediata de la muerte, se dedujo de estos y otros medios de prueba la coautoría del inculpado en el homicidio, con lo cual se evidencia que, por no haberse incurrido en error sobre las pruebas, se ha debido dirigir la demanda por la vía de la violación directa, en caso de que, como lo predica el recurrente, no se pudiera responsabilizar al sentenciado a título de coautor.

Para el efecto, reseña concretamente el resumen que hizo el Tribunal de las pruebas aportadas al proceso, para demostrar que fue fiel a su contenido, agregando que la verdad revelada en las pruebas testimoniales y periciales, tampoco fue distorsionado en el análisis de los medios de convicción que hiciera el sentenciador; pues cuando se ocupó de sentar las bases de su convencimiento respetó a plenitud los medios probatorios, tal como se desprende de la parte pertinente que del fallo transcribe.

Respecto de la necropsia dice: "lo que podría descubrirse como distorsión del contenido de ella, no es en verdad tal, pues el juzgador, no apartándose de su texto, lo que hizo fue suponer una relación causal que no se evidencia en el acta de la citada prueba, pero que sí resulta razonable en relación con los hallazgos hechos en el cuerpo de la víctima; nótese cómo luego de resumir el contenido de la misma prueba aludida, aceptándola, dijo el Juzgador:

> "En tales condiciones, es claro que el occiso Luis Gonzaga Duque Salazar recibió varias heridas producidas con arma

contundente o corto-contundente las cuales le originaron hemorragias intracerebrales y hematoma intracerebral. Es probable como lo resalta el Médico que practicó la necropsia que la herida que produjo la hemorragia intracerebral haya sido ocasionada con arma corto-contundente, sin embargo la lesión que originó la hematoma intracerebral debió ser causada con arma contundente puesto que esta clase de armas es la que produce este tipo de lesiones".

Concluye que la evidencia que aportan el contenido del fallo, sirve para desechar de plano la veracidad de las aseveraciones del demandante en este punto, pues las pruebas aportadas no fueron tergiversadas en su contenido ni se omitió una parte de ellas o se incurrió en yerro material sobre las mismas. "Los errores de hecho son, entonces inexistentes".

Lo que queda en claro al estudiar la demanda y enfrentar sus proposiciones a la sentencia impugnada, es "la denuncia de una violación directa de la ley sustancial que equivocadamente el memorialista orientó por la vía indirecta, pues su inconformidad (presentada como error sobre las pruebas) se reduce a criticar la calidad de coautor del hecho que el juzgador atribuyó a su defendido RAUL CABRERA TRUJILLO. Obsérvese que, en el fondo, lo que el demandante persigue es que la Corte reconozca que el citado procesado no propinó golpe alguno al occiso con arma cortocontundente (como lo aceptó el Tribunal) y que, por ello, se declare a su defendido como tercero ajeno al homicidio, dejando de lado, como no lo hizo el sentenciador, los actos que el imputado realizó durante la gresca y las lesiones que causó al señor Duque Salazar y fijando la causa exclusiva de la muerte en la herida que recibiera Luis Gonzaga con arma contocontundente, única de naturaleza esencialmente mortal".

En cuanto al análisis que sobre este punto hizo el Tribunal, partiendo de la verdad procesalmente acreditada, considera la Delegada que realmente de las pruebas recaudadas durante el proceso, se puede colegir sin duda alguna que RAUL CABRERA TRUJILLO fue quien provocó a los hermanos Duque Salazar al golpear con su perrero la mesa en donde estos se encontraban; igualmente y una vez iniciada la disputa, el mismo RAUL intervino indirectamente en las agresiones armado de un garrote con el que propinó varios golpes a sus contrincantes, siendo de especial

importancia destacar que dirigió algunos de ellos contra la cabeza de Luis Gonzaga Duque, quien murió a consecuencia de las heridas que recibiera, una de las cuales era necesariamente mortal.

Para los juzgadores estos datos le permiten atribuir a RAUL CABRERA TRUJILLO la calidad de coautor, pues tal es quien ejecuta mancomunadamente el hecho punible, esto es, que aún cuando el referido sentenciado no hubiera causado la lesión esencialmente mortal, si contribuyó con su acción al resultado finalmente obtenido, pues su participación fue cierta en el atentado al bien jurídico de la vida, actuando como autor del hecho típico de homicidio.

Expresa que "la confluencia de voluntades, la unión de conductas y la finalidad perseguida por quienes intervienen en la acción, son los presupuestos necesarios para deducir la coautoría entre los varios sujetos que intervienen en el hecho punible. En este caso, RAUL CABRERA TRUJILLO en unión de su hermano Dagoberto le causaron varias heridas de diversa índole a Luis Gonzaga Duque y aún cuando una sola de ellas fue calificada como 'esencialmente mortal', todas ellas sin embargo, se llevaron a cabo bajo un mismo propósito homicida que configura de esta forma, lo que la doctrina ha llamado coautoría propia porque cada uno de los partícipes desarrolla integral y simultáneamente la misma conducta típica acordada por ellos...".

Añade que las varias heridas y los diferentes golpes, iban encaminados a obtener un resultado jurídicamente reprochado y si una sola de ellas tenía la categoría de esencialmente mortal, ello no quiere significar que las otras carezcan de relevancia jurídica, pues el resultado se logró mancomunadamente. Lo cierto es que se obtuvo el resultado, la muerte se logró y así, ella deba ser atribuida a quienes ejecutaron actos tendientes a obtenerla, que en el caso de autos, son los hermanos CABRERA TRUJILLO.

Demostrado que el sentenciador no incurrió en los errores de hecho que se planteaban en la demanda y aclarando que el Tribunal predicó la coautoría en el hecho respecto de los dos agresores, deducción que encuentra apoyo en el material probatorio recaudado, es opinión de la Delegada que la demanda no está llamada a prosperar.

Consideraciones de la Corte:

En la demanda se presenta un cargo único contra el fallo condenatorio, al considerar el impugnante que el sentenciador de segunda instancia incurrió en errores de "hecho y de derecho" en la apreciación de algunos testimonios y de la necropsia, que lo llevaron a aplicar indebidamente los artículos 323, 23 y 21 del Código Penal y 247 del C. de P.P.

En esencia el libelista trata de demostrar que la sentencia condenó a RAUL CABRERA TRUJILLO por homicidio, sin estar probado que entre las lesiones causadas con el garrote que él portaba estuviera "la esencialmente mortal realizada con un arma cortocontundente".

Las alegaciones del censor podrían tener alguna aceptación si las circunstancias de la realización del hecho ilícito hubieran sido diversas de las que se encuentran demostradas en autos, pero el censor olvida que el procesado fue condenado en calidad de coautor, por cooperar con su actividad a la producción del resultado, es decir, porque intencionalmente tomó parte directa en la realización de los actos que sirvieron para consumar la figura delictiva.

Del examen de la sentencia impugnada, la cual descuidó el casacionista como con acierto lo destaca el Procurador, se concluye que el procesado se le condenó por encontrar el juzgador que tenía la calidad de coautor del delito de homicidio, derivando su responsabilidad de la contribución de su acción al resultado finalmente obtenido, y en tales circunstancias, hecho de que el acriminado hubiera sido quien causó una u otra lesión al occiso, carece de la trascendencia que pretende darle el censor.

El ataque que el libelista formula a la prueba testimonial, lo fundamenta en la simple afirmación de que los testigos que cita "han declarado que Raúl Cabrera Trujillo empleó en la pelea un garrote o perrero con el cual golpeó a Luis Gonzaga Duque Salazar" y que Leonte Bahos además "aclara que Dagoberto Cabrera tenía machete", hechos estos que fueron plenamente reconocidas por el fallador tanto en el resumen de las pruebas como en el análisis que de ellas hizo en la parte considerativa del fallo.

De la prueba testimonial a que se refiere el censor, el Tribunal en el fallo relató entre otras cosas lo siguiente:

El señor Octavio Carvajal Polanía "dijo que observó... que Raúl Cabrera y Gumercindo Molano lo hirieron (se refiere al occiso) con garrote en la cabeza y en la cara, como también que él estaba armado de machete y los hermanos Duque Salazar estaban desprovistos de armas". (fl. 25 cuaderno No. 7 del Tribunal).

Leonte Bahos "aclara que Dagoberto le dió con un machete al occiso... y Raúl le propinó varios golpes con un garrote" (f. 28 ibídem).

La señora Reina María Durán Pérez, expresa que el sujeto cuyas características describe "empezó a golpear las mesas del establecimiento y luego se arrimó donde estaba el occiso Luis Gonzaga con su hermano y otros amigos, entonces golpeó la mesa de estos con un garrote e igualmente procedió a agredir al occiso". (Fl. 28 y 29 del mismo cuaderno).

Hernay Hoyos Barreiro declaró que "uno de los Cabrera cogió a garrote a los hermanos Gonzaga", y que luego "continuó dándole golpes con el garrote a Luis Gonzaga", cuando éste se encontraba solo y caído afuera de la puerta del establecimiento (fl. 30 ss.).

En cuanto a la declaración de Luis Guillermo Rivera Guzmán, el sentenciador transcribió la parte de su versión en la que resalta que Raúl le dió garrote a Gonzaga y que Dagoberto le pegó al mismo en la cabeza con una peinilla.

El Tribunal reseñó además el contenido de otros testimonios a los cuales no se refiere para nada el censor, pronunciándose en la parte resolutiva en los siguientes términos:

> "Del análisis de las declaraciones de Octavio Carvajal, Mauricio Gómez Cuellar, Esteban Moisés Olivera, José Teodoro Solarte y Luis Guillermo Rivera Guzmán, percibimos de manera indudable que el procesado Raúl Cabrera Trujillo tomó parte directa en la ejecución de los delitos de homicidio y lesiones

personales, ya que no solamente fue el iniciador de la trifulca sino que escoltado por sus hermanos Dagoberto y Campo Anibal Cabrera Trujillo, emprendieron una acción brutal y de manera despiadada contra el occiso Luis Gonzaga Duque Salazar, ocasionándole Raúl varios golpes con una vara y sin mediar motivo alguno. Además, Raúl, propició la agresión ejercida contra la víctima por dagoberto y Campo Elías Cabrera, quienes armados de machete y cuchillo, en su orden, arremetieron violentamente contra Luis Gonzaga, dándose de esta manera por parte de los enjuiciados Raúl y Dagoberto, una intervención directa en los actos consumativos del homicidio y por consiguiente deben responder como coautores por su actuación física en la consumación del hecho punible".

Lo anterior es más que suficiente para afirmar sin lugar a dudas, la inexistencia del error de hecho que aduce el libelista en relación con la apreciación de la prueba testimonial.

Ahora bien, tampoco coincide con la verdad la presunta adulteración del contenido de la necropsia, pues como con acierto lo señala la Delegada, el Tribunal fue fiel a su contenido reseñando las diversas heridas que fueron observadas en el cadáver del occiso y lo dicho por el perito en el sentido de que "encontró hemorragia intracerebral con hernia bulbar, producida al parecer con arma cortacontundente y que la muerte de Luis Gonzaga Duque Salazar se produjo por paro cardiorespiratorio secundario a herida bulbar, por hematoma intracerebral al parecer por arma cortocontundente".

El hecho de que los falladores de instancia no compartan en su integridad el protocolo de necropsia no es constitutivo de yerro alguno, pues el análisis efectuado por ellos resulta razonable como pasa a verse.

El Juez de primera instancia se refirió concretamente al contenido de la necropsia para decir que "el despacho no lo comparte en su integridad", por lo siguiente:

"Obervamos cómo el dictamen precipitado no se encuentra acorde con los testimonios analizados anteriormente, cuando

todos ellos vieron la manera como Raúl descargaba su zurriago en la humanidad del interfecto y es que hasta en el acta de levantamiento del cadáver se dejó constancia de las heridas sufridas por el occiso y allí se hace ver que presentaba varios garrotazos en la corona".

El Tribunal en la sentencia que confirma el fallo de primera instancia en relación con este punto, hace referencia al acta de levantamiento del cadáver correspondiente a Luis Gonzaga Duque Salazar, para decir que en ella se constató que "el occiso presentaba varias heridas ocasionadas con armas cortantes, corto-punzantes y contundentes, localizadas en el tórax lado izquierdo, brazo del mismo lado, espalda, oreja izquierda y la cabeza".

La anterior deducción no es materia de discusión, pues el libelista no hace ninguna referencia al respecto en la demanda, sin embargo, no sobra precisar que en el acta referida, se hace una relación de las heridas constatadas así:

"... una puñalada a la altura del pecho en el lado izquierdo (cerca del corazón) otra en el lado izquierdo, en la espalda un machetazo, a la altura de la cabeza, otro sobre la oreja izquierda, otro en la corona y *varios garrotazos*" (Subraya fuera de texto).

El Tribunal, al igual que el fallador de primera instancia, no comparte íntegramente el contenido del protocolo de necropsia, como puede apreciarse del análisis que hace en la sentencia recurrida, y que es del siguiente tenor:

"En tales condiciones, es claro que el occiso Luis Gonzaga Duque Salazar recibió varias heridas producidas con arma contundente y corto-contundente las cuales le originaron hemorragia intracerebral y hematoma intracerebral. Es probable como lo resalta el médico que practicó la necropsia que la herida que produjo la hemorragia intracerebral haya sido ocasionada con arma corto-contundente, sin embargo la lesión que originó la hematoma intracerebral debió ser causada con arma

contundente puesto que esta clase de armas es la que produce este tipo de lesiones".

En resumidas cuentas, la verdadera inconformidad del libelista radica en la valoración del dictamen de necropsia, que como ya se vió no fue acogido en su integridad por los falladores de instancia, por considerar que no está de acuerdo con los hechos revelados tanto en la prueba testimonial como en el acta del levantamiento del cadáver, proceder perfectamente válido, ya que le juzgador no está ligado inexorablemente a las resultas de un dictamen.

Debe recordarse una vez más, que en relación con la prueba pericial la Corte se ha pronunciado en el sentido de que "...es al juez al que le corresponde valorarla para acogerla o rechazarla, parcial o totalmente, pudiendo en consecuencia desestimar todas aquellas que conforme a las demás pruebas del expediente no resulten atendibles..." (abril 12 de 1993).

Esta Corporación también ha sostenido reiteradamente que el dictamen pericial no constituyente por si solo la plena prueba, ni es elemento de convicción exclusivo. Como lo señala el artículo 273 del Código procedimental Penal, el dictamen debe apreciarse libremente por el Juez, teniendo en cuenta la firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y "los demás elementos probatorios que obren en el proceso".

"De ahí que el mayor o menor valor de la prueba pericial dependa no solo de la capacidad de los expertos, de la concretamente razonado y objetivo de un dictamen sin reticencias y vacíos, sino además de la confrontación de los hechos debidamente probados en el proceso que le brinden apoyo o por el contrario lo refuten o desmientan. Por eso la ley faculta al juez para acoger el dictamen pericial o desecharlo, con fundamento en los hechos y razonando su adhesión o negativa a la exposición de los peritos" (Casación mayo 20 de 1993 M.P. Jorge Carreño Luengas).

En el caso sub judice, el dictamen de necropsia fue examinado detenidamente por el juez de derecho, y analizado frente a los demás elementos de juicio que obran en el proceso para llegar a la conclu-

sión de que el occiso no sólo recibió heridas causadas con arma corto-contundente, sino también con arma contundente; además que es probable como lo resalta el médico que practicó la necropsia, que la herida que produjo la hemorragia intracerebral haya sido ocasionada con arma cortocontundente, sin embargo, la lesión que originó el hematoma intracerebral debió ser causada con arma contundente, puesto que esta clase de armas es la que produce este tipo de lesiones.

La relación de casualidad deducida por el fallador resulta lógica frente al análisis realizado en la sentencia recurrida, pues no se puede desconocer que RAUL CABRERA TRUJILLO, si bien es cierto que no propinó golpe alguno al occiso con arma corto-contundente –como lo aceptó el Tribunal–, sí lo hizo con un garrote –arma contundente–.

Como con acierto lo destaca el Procurador Delegado, el Tribunal también precisó, partiendo de la realidad procesalmente acreditada, que RAUL CABRERA TRUJILLO fue el iniciador de la pelea, que fue apoyado en su empresa por sus hermanos Dagoberto y Campo Anibal, que asestó varios golpes con su garrote a la humanidad del ofendido, y que intervino directa e intencionalmente en los actos consumativos del homicidio, datos que le permitieron deducir en contra del mencionado CABRERA TRUJILLO la calidad de coautor del hecho aún cuando no hubiera causado la lesión esencialmente mortal.

El que el Tribunal haya predicado la coautoría del homicidio respecto de los agresores, es una decisión que encuentra apoyo en el material probatorio recaudado.

Lo anterior es suficiente para concluir que el sentenciador no incurrió en los errores de hecho y de derecho que se formulan en la demanda, luego el cargo no prospera, como así lo declarará la Sala.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresnada, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / DEMANDA DE CASACION / IN DUBIO PRO REO

Si el juzgador admite que el proceso arroja dudas al encontrar que las pruebas recaudadas eran insuficientes para predicar la certeza sobre la responsabilidad penal del imputado y a pesar de ello condena, es obvio que se presenta una violación directa de la ley sustancial. En cambio cuando en el desarrollo argumental de la sentencia se desecha la duda por no aceptarse su existencia, la violación a la ley se da en forma indirecta, pues es claro que el yerro se produjo al examinar, sopesar y evaluar el acervo probatorio. Por consiguiente, dependiendo de la clase de falso juicio que produjo el tropiezo, deberá especificarse si se trata de un error de hecho o de derecho.

Si el ad quem al revisar el fallo vulnera la ley sustancial a través de cualquiera de los varios motivos de casación debe la demanda enseñar y demostrar la clase de error cometido, su trascendencia en el fallo, el grave perjuicio cometido en contra del sujeto procesal que representa y, por tanto, la necesidad de reparar el agravio por medio de la casación de la sentencia.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta Número 143.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado JORGE ELIECER OCAÑA ERASO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el tres

(3) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), confirmatoria de la dictada por el Juzgado 7o. Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable del delito de HOMICIDIO, en la persona de *José Antidio Pérez*, sancionándolo a la pena principal de diez (10) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales ocasionados con el ilícito en el equivalente en moneda nacional de quinientos (500) gramos oro.

Hechos:

Tuvieron ocurrencia en la noche del 29 de abril de 1990, en la vereda "Roma-Chaves", jurisdicción del municipio de Sandoná (Nariño). Luego de una gresca entre Claudio Alirio Eraso y Luis Tauri Mora Zambrano, conocido en la vecindad con el nombre de "Gonzalo", enfrentamiento en el cual el primero de los mencionados resultó lesionado en su ceja izquierda, su suegro Jorge Eliécer Ocaña Eraso, salió en busca de Mora, armado con revólver, quien para entonces, junto con sus amigos José Antidio Pérez, Servio Tulio Caicedo y Héctor Javier Insuasty, se había refugiado en la casa de su señora madre, Clara Elisa Zambrano. Hasta ahí llegó Ocaña Eraso, y, con palabras insultantes, desafió a Mora Zambrano presentándose un intercambio de disparos entre los circunstantes. Desafortunadamente, mientras aquello ocurría, el señor José Antidio Pérez, quien se hallaba dentro de la habitación desde la cual Mora Zambrano disparaba, entreabrió la puerta y fue alcanzado por un proyectil que penetró en su abdomen, ocasionándole su muerte momentos más tarde. Por su parte, Jorge Ocaña Eraso también resultó herido de bala en su muslo izquierdo.

Actuación procesal:

La síntesis pertenece a la Delegada. Escúchesele:

> *"Con base en las diligencias practicadas por la Estación de Policía de Sandoná (Nar.), el Juzgado Primero Penal Municipal de esa localidad ordenó iniciar la correspondiente investigación penal a la cual fue vinculado, mediante indagatoria, Jorge Eliécer Ocaña Eraso contra quien ese despacho dictó medida de*

aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio al resolver su situación jurídica, la cual fue mantenida en una primera oportunidad al resolverse negativamente los resursos de reposición y apelación que contra dicho auto interpusiera la defensora, pero posteriormente revocada por el citado Juzgado 1o. Penal Municipal, a petición de la misma.

Avocada, por competencia, la investigación por el Juzgado 5o. de Instrucción Criminal de Pasto y proseguido su trámite hasta declararla precluída, se procede a la calificación del mérito del sumario por parte de la Fiscalía 17 Unidad Especializada Grupo 3, el 4 de enero/93, resolviendo acusar al procesado por el punible de homicidio, y decretando, como consecuencia, en su contra, medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación, como también ordenando compulsar copias por los punibles de Lesiones Personales y Falso Testimonio.

Ejecutoriada la resolución de acusación por haber sido confirmada en segunda instancia al resolverse la apelación impetrada por la defensora por parte de la Fiscalía 2a. ante el Tribunal Superior, extendiendose la compulsación de copias por el ilícito contra la administración de justicia a otros testigos; avocado el conocimiento del asunto por el Juzgado 7o. Penal del Circuito; tramitada la etapa del juicio en cuyo desarrollo se practicaron algunas pruebas; y señalada fecha para celebracón del debate público, se llevó finalmente éste a cabo.

Cumplido lo anterior, el Juzgado 7o. Penal del Circuito de Pasto mediante fallo del 25 de junio/93, condenó al acusado en la forma y términos que se expresaron, habiendo sido confirmada esta determinación en segundo grado por el Tribunal de ese Distrito, como igualmente se hizo constar con antelación".

La Demanda:

En el ámbito de la causal primera de casación, cuerpo primero del artículo 220 del C. de P.P., la recurrente plantea un único cargo contra la

sentencia de segunda instancia, por violación directa de la ley sustancial, consistente en haberse incurrido en "error de derecho al ignorarse la existencia de la duda, habiendo sido reconocida por el fallador" de primer grado, quebrantándose de esta manera, el artículo 323 del Código Penal por aplicación indebida y el 247 del C. de P.P., por falta de aplicación.

El sustrato de la inconformidad se encuentra en la afirmación del *a-quo* acerca de la prueba contra Ocaña, la cual critica por no ser absolutamente diáfana, habiendo respondido a ello la Colegiatura *ad quem*, que "QUIZAS" la afirmación de su inferior "se debió a las circunstancias que quisieron ensombrecer la investigación". Esto, es su sentir, antes que diluir la duda planteada, la hace todavía más evidente y ostensible; de ahí, la violación del artículo 247 citado.

A renglón seguido arguye que de todas formas la duda persistió a lo largo del proceso, pues no se practicó prueba de balística sobre el arma de fuego accionada por el otro procesado Luis Tauri Mora al haber sido cambiada por otra. Y esta prueba ciertamente que era importante por ser la única que podía dar certeza acerca del arma utilizada en el crimen. Crítica, además, la experticia de necropsia. El médico legista, afirma, se apartó del formulario que debia diligenciar pues omitió conceptuar "sobre el tatuaje, prueba idónea para establecer la distancia desde donde se efectuó el disparo que causara la muerte de la víctima".

Para fortalecer su aserto, relieva lo manifestado por la Fiscalía en la segunda instancia acerca de la pobre labor investigativa del funcionario instructor que, de obrar con diligencia, hubiera formulado un juicioso cuestionario a efectos de establecer otros datos útiles de balística, además de la trayectoria del proyectil.

No sin antes insistir que la certeza jamás estuvo en el pensamiento del juzgador, y si en cambio la duda "manifestada en la sentencia", concluye la demandane con una cita jurisprudencial acerca de cómo debe desmotrarse en casación el instituto de la duda favorable al reo.

Pide se case la sentencia para que le sea reconocida a su patrocinado el beneficio de la duda.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Destaca algunas carencias técnicas en la confección del libelo. No obstante el acierto en la elección de la violación directa dado que el sentenciador no empece reconocer la duda, dictó en su contra sentencia condenatoria, la formulación del reproche es desacertada al aducir como consecuencia de lo anterior, un vicio in iudicando consistente en "error de derecho al haberse ignorado la existencia de la duda, habiendo sido reconocieda por el fallador en el proceso".

Precisa, entoces, que el error de derecho aducido corresponde a la violación indirecta y luego advierte sobre la contradicción que envuelve la afirmación antedicha, pues no se puede al mismo tiempo advertirla y desconocerla. Lo acertado era simplemente denunciar la violación directa de la ley sustancial por haberse desentendido el artículo 445 del C. de P.P., norma que regula el principio del *in dubio por reo.*

También hace notar el Colaborador del Ministerio Público la sinrazón de las alegaciones de la actora, quien limita su actividad dialéctica a resaltar algunas referencias de los fallos impugnados, de suyo incapaces para demostrar el reconocimiento de la duda en ellas. La prueba está en que examinado el texto íntegro de las consideraciones probatorias de responsabilidad plasmadas por los juzgadores, no se encuentra razonamiento alguno que indique, a buen seguro, que la duda probatoria haya estado presente en su juicio.

Luego de transcribir los apartes del fallo que fortalecen su aserto, sugiere se mantenga incólume la sentencia impugnada.

La Corte:

1. Plantea la recurrente una violación *directa* de la ley sustancial por *error de derecho,* al ignorarse la existencia de la duda favorable al reo no obstante haber sido reconocida por el fallador en el proceso. La imprecisión técnica es evidente, pues el error de derecho es extraño al ámbito de la violación directa que predica en su enunciado.

Como en multitud de ocasiones lo ha expresado la Sala, esta clase de yerro se da en el ámbito de la violación indirecta, por falso juicio de legalidad (desconocimiento de las reglas que gobiernen la aducción de la

prueba), ora por falso juicio de convicción (desconocimiento las normas sobre valor o tarifa probatoria). Por consiguiente, al colocar el *error de derecho* en los terrenos de la *violación directa,* se comete un desacierto técnico que impide llevar a buen término los intereses encomendados al crear el desconcierto consiguiente. Dado el principio de limitación que rige el recurso, le resulta imposible a la Corte resolver la contradicción interpretando de un modo u otro la censura.

Ahora bien, ha precisado la Sala que la duda es alegable tanto en el ámbito de la violación directa como en el de inderecta, y por tal razón, cuando se predica el fenómeno, debe especificarse con rigor y acierto la causa de la falencia y, por ende, su especie con la indicación del motivo y el sentido que enmarca la tacha. Si el juzgador admite que el proceso arroja dudas al encontrar que las pruebas recaudadas eran insuficientes para predicar la certeza sobre la responsabilidad penal del imputado y a pesar de ello condena, es obvio que se presenta una violación directa de la ley sustancial. En cambio, cuando en el desarrollo argumental de la sentencia se desecha la duda por no aceptarse su existencia, la violación a la ley sustancial se da en forma *indirecta*, pues es claro que el yerro se produjo al examinar, sopesar y evaluar el acervo probatorio. Por consiguiente, dependiendo de la clase de falso juicio que produjo el tropiezo, deberá especificarse si se trata de un error de hecho o de derecho.

En el acto sub examen, la ambiguedad de la demanda, producto de su imprecisión temática y conceptual impide delimitar en debida forma su inconformidad. Para la recurrente la circunstancia de que el fallador de primera instancia hubiese reconocido la duda que el Tribunal no aceptó, constituye el sustrato de su ataque. La presentación de esta discrepancia, sin embargo, no puede arguirse como falencia –atacable en sede de casación– pues esto sería desconocer el rol que cumple la segunda instancia. Y es que no puede predicarse, como lo pretente la censora, que el fallo de primera instancia se mantenga incólume y, por ende, deba ser acogido en su integridad por el superior. Este, salvo las limitaciones impuestas por la prohibición de la *reformatio in pejus,* tiene la potestad de examinar la decisión del inferior, acogiéndola, reformándola o revocándola, según las conclusiones a las que llegue, luego de realizar el estudio correspondiente.

Diferente es el caso si el *ad quem* al revisar el fallo vulnera la ley sustancial a través de cualquiera de los varios motivos de casación. Si

ello es así, debe la demanda enseñar y demostrar la clase de error cometido, su trascendencia en el fallo, el grave perjuicio cometido en contra del sujeto procesal que representa y, por tanto, la necesidad de reparar el agravio por medio de la casación de la sentencia.

Esto no lo hace la actora. Luego de señalar que el *a-quo* reconoció no poseer la certeza sobre la responsabilidad del acusado, aborda un tema diferente pretendiendo reforzar su aserto ya no en la discrepcia observada sino en la carencia de dos pruebas necesarias para esclarecer los hechos y con ello la responsabilidad de su defendido: la prueba de balística y la omisión que se hizo en la necropsia sobre si observó o no la presencia de tatuaje.

Tampoco en este aparte la acompaña la fortuna. Su presentación es endeble pues olvida que no sólo basta la alegación de las probanzas que, a su juicio, hicieron falta en el proceso. Su obligación va más allá. Con el acervo probatorio en la mano debe demostrar que las demás pruebas recaudadas eran insuficientes para deducir la responsabilidad del incriminado y que, a *contrario sensu*, las que echa de menos eran primordiales para el cabal esclarecimiento de los hechos y sus autores. Igualmente, debe clarificar si el no haberse realizado su práctica se debió a una deficiente o dudosa actividad judicial pues, en tal caso, se estaría frente a una violación al derecho de defensa, alegable en los terrenos de la causal *tercera* de casación.

Como bien se ve, el erróneo enunciado, la parquedad de la sustentación, la consecuente vaguedad que se desprende de ella, fin, la imprecisiones y carencias a que da lugar, temprano conspiran contra el éxito del reproche.

2. Ahora, prescindiendo de estas falencias y partiendo de la base de que su alusión a un error de derecho fue un simple *lapsus calami*, tampoco una presentación acertada le habría reportado mayores beneficios. Una lectura atenta del fallo, le hace ver a la SALA la esterilidad de los esfuerzos de la demandante en procura del desquiciamiento del fallo.

El Tribunal advierte –es cierto– la aparente o virtual contradicción del *a quo*, que al afirmar a folio 573 que "la prueba incrimintaria de

OCAÑA no es absolutamente diáfana". Sin embargo, agrega, aclarando el sentido y alcance de la expresión:

> *Naturalmente que no se puede desconocer que la investigación no es un paradigma de lo que ésta debe ser y que estuvo rodeada de circunstancias que quisieron ensombrecerla y quizás a esto es la referencia del juzgador cuando dice que "la prueba incriminatoria de Ocaña no es abosultamente diáfana...", PERO SE INSISTE QUE LA PRUEBA DEL CARGO A TRAVES DEL PROCESO SE ROBUSTECIO Y PARALELAMENTE SE DILUYO LA INCERTIDUMBRE ALCANZANDO EL GRADO DE CERTEZA COMO LO EXIGE EL ART. 247 DEL C. DE P.P." (Mayúsculas de la Sala).*

3. El Tribunal, como se ve, quiso simplemente, descartar la confusión que se pretendió armar entorno a la autoría del hecho. En efecto, se dijo que OCAÑA ERASO no fue el autor del mortal disparo, sino *Mora Zambrano* aduciéndose un caso fortuito o una simple confusión creyendo que *Pérez*, cuando intentó ingresar a la habitación, era *OCAÑA*. Para dejar en claro que no fue el autor, el Tribunal, como también lo hiciera el Juzgado, previamente abordó el estudio valorativo de los dos grupos de testimonios, descalificando por falaces y contradictorios los que incriminaban a aquél (*Betty Esmeralda Ocaña, Eobira Borda, Oscar Milton Ocaña y Claudio Alirio Eraso, Guillermo Enríquez*), otorgándole fe y credibilidad a los que señalaban a *OCAÑA ERASO* como autor del homicidio (*Héctor Javier Insuasty, Menandro Ramórez y Servio Tulio Caicedo*).

Así se expresa la sentencia, refiriéndose a la declaración de *Servio Tulio Caicedo:*

> *"...en inmejorable posición percibió los hechos al compartir con sus amigos el cuarto al que acudieron a refugiarse ante las amenazas de Ocaña, asevera que escuchó disparos que hacían desde afuera y que en un momento dado José Antidio abrió un poquito la puerta y enseguida exclamó "ayi yay" (sic), se tomó el estomado y cayó herido" (fl. 616).*

Luego, de manera categórica, rechaza el *ad quem* la alegación que hiciera la defensora de *OCANA ERASO* sobre el particular:

> *"Insistir tercamente en un estado de duda inexistente se entiende como una estrategia de la defensa en desarrollo del rol a ella encomendado pero jamás puede conducir a su reconocimiento, cuando del proceso emerge la certeza para tomar la decisión de condena como al afecto se adoptó por parte del juzgador..." (fls. 622 y 623).*

Aquí no es dable predicar que en la segunda instancia la duda hubiese estado presente en la decisión. Recuérdese que la Corporación le da plena credibilidad a las razones por las cuales los testigos de cargo atrás mencionados, son dignos de aceptación, en tanto que ninguna convicción merecen los que aseguran (los familiares de Ocaña) que el homicida fue *Luis Tauri Mora Zambrano,* análisis que escrupulosamente acata las reglas de la sana crítica. Además, no debe olvidarse que las sentencias de primera y segunda instancia constituyen una unidad, un solo todo, pero únicamente cuando esta última no realiza las salvedades, clarificaciones o correcciones a que haya lugar.

En el peor de los casos, aun aceptando en gracia de discusión que la primera instancia, impropiamente, hubiera dejado escapar alguna expresión que de cierta manera pudiera interpretarse como que la duda en cualquier momento sentó allí sus reales, lo inconcuso está en que, para el Tribunal, ninguna hesitación o perplejidad existió sobre la responsabilidad penal del condenado JORGE ELIECER OCAÑA ERASO. Y es al contenido de esta sentencia al que prima obedecer. Y nada más.

La demanda no prospera.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Devuélvase al Tribunal de orígen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TERRORISMO / COLISION DE COMPETENCIA

No se puede llegar hasta el extremo de pretender que por existir una finalidad directa, esa circunstancia excluya como también previstos y queridos por el autor, aquellos resultados vinculados de manera necesaria o eventual con lo directamente perseguido por él.

Si la conducta terrorista, a la luz del artículo 1o del Decreto 180 de 1988, consiste en provocar o mantener "en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos...", cómo no inferir el propósito terrorista del comportamiento de un sujeto, que mediante la promesa de recibir a cambio una cantidad de dinero, se comprometió a colocar y hacer explotar tres kilos de dinamita en un sector residencial de la ciudad capital, en el lugar que previamente le indicaron.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 143.

Vistos:

Se decide la colisión negativa de competencia trabada entre un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá y el Juzgado 69 Penal del Circuito de la misma ciudad.

Hechos y Actuación Procesal:

En la madrugada del dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa (1990), fue capturado el aquí procesado LUIS VICENTE CARRION VARGAS, por miembros del ejército nacional, bajo la sindicación de haber colocado un artefacto explosivo de aproximadamente tres (3) kilos de dinamita en el inmueble ubicado en la carrera 52 No. 69A-52, sector residencial del barrio 'José Joaquín Vargas' de Santafé de Bogotá, el cual al detonar, ocasionó daños en un área de doscientos metros a la redonda.

Por los anteriores hechos, el Juzgado 9 de Orden Público dictó el auto cabeza de proceso y el mismo día –febrero 20/90– recepcionó la indagatoria de CARRION VARGAS. Se recibieron también las declaraciones de quienes capturaron a éste, Teniente del Ejército John Anunciación Espitia Durán y el soldado Edgar Hernández Rosas, del padre del procesado, Octavio Carrión Carrión y de su hermana María Herminda Carrión de Castañeda, así como de su compañera Clara Rosa Calderón Díaz.

Se practicó una inspección judicial al lugar –escena de los hechos– con el objeto, entre otras cosas, de constatar los daños causados, los que se estimaron de consideración por el perito que asesoraba al Despacho, el que dictaminó también que la carga de dinamita colocada era de aproximadamente tres (3) kilos de peso.

Así las cosas, se resolvió la situación jurídica del capturado, con medida de aseguramiento de detención preventiva y sin beneficio de libertad provisional, por el delito de 'empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos', contemplado en el artículo 12 del Decreto 180 de 1988.

Y, recepcionados entre otros, los testimonios de Carlos de Jesús Poveda, María Ignacia Castellanos Peña y de María del Carmen Mora de Bohórquez, se profirió sentencia de primer grado el seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa (1990), por el mismo Juzgado 9 de Orden Público, condenando a LUIS VICENTE CARRION VARGAS a la pena principal de diez (10) años de prisión y multa equivalente a diez (10)

salarios mínimos mensuales, al hallarlo responsable de infracción al artículo 12 del mencionado Decreto 180. También se dispuso la expedición de copias para investigar la 'posible coparticipación que en estos hechos tuvo la señora *María del Carmen Mora de Bohórquez...*'.

Recurrido en apelación el fallo ante el otrora Tribunal Superior de Orden Público, se declaró la nulidad a partir, inclusive, del auto por el cual se dispuso correr traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión por considerar que se debió haber vinculado a la investigación a *María del Carmen Mora de Bohórquez* por existir en su contra imputación de haber sido quien procuró los medios para la ejecucón material del acto terrorista.

Una Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá, asumió entonces el conocimiento del presente asunto, disponiendo la captura de *Mora de Bohórquez* y, luego, al no haberse logrado aquella, su emplazamiento y declaratoria de persona ausente. En esas, el procesado CARRION VARGAS manifestó que aspiraba a una terminación anticipada del proceso (art. 37 del Decreto 2700 de 1991). Llevada a efecto la correspondiente Audiencia se llegó a un acuerdo entre Fiscal y procesado el que resultó improbado por el Juez Regional por considerar éste que una rebaja acordada por razón de la confesión de aquel, no era procedente porque se estaba ante una situación de flagrancia, proveído éste que fue confirmado por el Tribunal Nacional. Con el advenimiento de la Ley 81 de 1993, el sindicado se acoge al mecanismo de la sentencia anticipada, realizándose la Audiencia correspondiente el dieciséis (16) de marzo del año en curso. Enviado el asunto al Juzgado Regional, éste, por proveído de abril once (11) declaró la nulidad 'del acta de aceptación de cargos", asegurando que esa justicia especializada no era competencia para conocer del caso *sub-exámine*, por no estarse ante un caso de terrorismo. Llegado el asunto nuevamente a la Fisacalía Regional, ésta lo remitió por competencia a los Fiscales Seccionales Delegados, provocando de una vez colisión negativa de competencia, y en la unidad Primera de Varios, donde correspondió, se declararon incompetentes para conocer del mismo, al entender que se estaba ante la situación prevista en el artículo 12 del Decreto 180 de 1988, remitiendo el expediente a la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, para que dirimiera el conflicto, quienes a su turno lo enviaron a la Unidad

de Fiscalías Delegadas ante la Corte, la que fijó la competencia en al Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá.

Nuevamente el proceso en la Fiscalía Regional, se dispuso la celebración de Audiencia especial, en la que se acusó a LUIS VICENTE CARRION VARGAS de haber violado, dolosamente, el artículo 12 del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente el art. 4o. del Dcto. 2266 de 1991, cargos que acepta el procesado, quien solicita que se le tenga en cuenta su confesión y los demás beneficios a que haya lugar. Remitidas las diligencias al Juzgado Regional, por providencias de agosto veinticinco (25) del corriente año, provoca la colisión de competencia negativa a los Jueces Penales del Circuito, y, habiéndole correspondido al 69, se acepta la pugna por auto de once (11) de octubre retropróximo.

Fundamentos del Juzgado colisionante:

Para que los hechos puedan subsimirse en el artículo 112 del Decreto 180 de 1988 se requiere una finalidad con motivos terroristas, "..., el terrorismo es considerado como la realización de actos con la concepción de crear una inestabilidad de paz social, para llevar al convencimiento del conglomerado la idea, cual es, la incapacidad estatal para reprender estas conductas y por ende ante esa impotencia, doblegar las insitutuciones legalmente instituídas para que accedan a las pretensiones de la organizacón criminal".

En la versión libre y espontánea rendida por el procesado ante el Juzgado 113 de Instrucción Penal Militar se da cuenta de que la determinadora del hecho punible fue la esposa de Crisanto Bohórquez, quien por intermedio de Marcos, alias "pecas", ordenó colocar la dinamita. Esa versión es creíble toda vez que lo allí revelado "de una u otra forma ha evolusionado en forma positiva". Y si bien es cierto que MARIA IGNACIA CASTELLANOS PEÑA y su esposo CARLOS DE JESUS POVEDA, propietarios del inmueble afectado, niegan la existencia de enemigos y según las últimas probanzas hasta desconocen la verdadera identidad de la esposa de CRISANTO BOHORQUES LOPEZ, "lo cierto es que los medios de convicción no enseñan una circunstancia o finalidad con ánimo de perturbar el orden público al punto de conquistar el doblegamiento de las instituciones".

Obra un informe del Cuerpo Técnico de Policía Judicial en el sentido de que MARIA IGNACIA CASTELLANOS manifestó que las personas que habían colocado el explosivo eran conocidas, pero que el atentado no obedecía a venganzas por negocios, sino a malos entendidos por "problemas sentimentales" entre ella y CARMENSA MORA DE BOHORQUES.

Y ese informe aunque fue desconocido por la señora Castellanos en su última declaración, no es indiferente dentro del presente análisis. De otra parte, el autor de la conducta llevó a cabo la empresa criminal por dinero, no siendo su dicho descartable ya que los ofendidos nada saben de él y el expediente no lleva ninguna luz que permita predicar enemistad entre CARRION VARGAS y las victimas. Finalmente, al acusado se le señaló la residencia donde debía colocar el explosivo, cuestión que demuestra que la activida criminal iba encaminada hacia el perjuicio de los habitantes de la residencia afectada.

Conclúyese, entonces, que no se está ante una activida delictiva con fines desestabilizadores o, con miras a causar pánico a la actividad, sino que los hechos se adecúan en el artículo 198 del Código Penal.

El proveído termina citando apartes de las determinaciones de la Corte de agosto 22 de 1990 y de julio 1 de 1993 que, en su sentir, apoyan su decisión.

Razones del Juzgado que aceptó el conflicto.

Independientemente del fin último pretendido por el agente, se hace necesario resaltar que el comportamiento en sí mismos conlleva su propia connotación, que no es otra que la terrorista. Colocar un artefacto explosivo de, aproximadamente, tres kilos de dinamita no es un simple medio de retaliación contra un enemigo porque un acto de tal naturaleza genera una situación de terror, de zozobra, de angustia en un amplio sector de la comunidad, más en una época como en la que sucedieron los hechos (febrero/90).

El dolo eventual surge abiertamente de una actividad como la de colocar bombas, cuyo fin es crear pánico, sabiéndose anticipadamente

de sus devastadores efectos; pero nada de ésto detuvo a CARRION VARGAS, quien no solo previó los resultados nocivos de su acto, sino que los asumió.

Se extraña el Juzgado de que el Regional hubiera desconocido el pronunciamineto de la Fiscalía Delegada ante la Corte que fijó la competencia en la justicia de su órbita. Y afirma a continuación que la situación de orden público para cuando se despidió el Decreto 180/88 y la de los hechos no disminuyó, sino que más bien el clima de zozobra por actos como los aquí juzgados 'arreció inmisericordemente'. No puede, pues, pensarse que un artefacto explosivo de las características del colocado por CARRION VARGAS en un sector residencial de Santafé de Bogotá y en las horas de la madrugada, no tenga la virtud de atentar contra el bien jurídico tutelado de la seguridad ciudadana y mucho más arriesgado resulta sostener que con tres kilos de dinamita se pretendía sólo asustar a una pareja de reales o supuestos enemigos y no a un amplio sector de la comunidad.

Corte:

1. Cuando el presente proceso estuvo en la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte, en orden a dirimir el conflicto de competencia trabado entre la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá y la Fiscalía 226 Seccional abscrita a la Unidad Primera para Investigación de Asuntos Varios, fijándose como competente para conocer del mismo a la primeramente señalada, se expuso, entre otras cosas:

"...Creemos que es un error olvidar que *el terrorismo* es la 'dominación por el terror, o la sucesión de actos de violencia ejecutadas para infundir terror' (Diccionario de la Real Academia de la Lengua) y que terror es 'miedo muy intenso' (ibidem), como base linguística sobre la que puede identificarse cualquier adecuación legal, que tiene que partir de la semántica, si se quiere obtener un nomen iuris acorde con la realidad y con la significación que el vocablo tiene en el conjunto del idioma y en el compendio de los tipos penales.Y no se trata de hacer gramaticología si no de entender el alcance de un vocablo, primera norma de interpretación.

"...Entonces, si alguien pretende dominiar a otros con el empleo de actos de violencia que infunden terror, que llevan a una o más personas al miedo supremo, bien puede calificarse a ese individuo de terrorista y a su actividad de terrorismo. De aquí surge claro que la connotación de 'terrorismo' que requieren ciertas conductas para ser reprimidas por una u otra especie de jurisdicción (regional o seccional según el caso) dependa del resultado relacionado con el medio de violencia empleado. No es igual a atacar con balas una residencia, que con granadas; tampoco es igual detonar fuegos artificiales –de suyo inocuos– que hacerlos con explosivos cuyo poder destructor es asaz conocido, aún por personas de escasa inteligencia. Si a esto sumamos el climax de violencia de nuestro país, no podemos menos que concluír que detonar tres kilos de dinamita, cuyo poder destructor no puede ser controlado a voluntad de quien lo emplea como medio retaliación o de dominación, es un resultado que se acepta y se asume como propio del uso del medio en cuestióny que quien ejecuta tal conducta prevé que no solo atemoriza a un individuo, sino a una pluralidad de éstos, que además resultan absolutamernte vulnerados frente al poder destructor del elemento utilizado. Recuérdese que en el caso presente hubo daños en 200 metros en torno al epicentro".

2. La conducta imputada al acusado CARRION VARGAS es haber colocado aproximadamente tres (3) kilos de dinamita en la vía pública y frente a la residencia del señor CARLOS DE JESUS POVEDA y su esposa MARIA IGNACIA CASTELLANOS. La explosión produjo daños en las residencias ubicadas hasta una distancia de doscientos (200) metros del epicentro, y la natural alarma y conmoción que un suceso de esta naturaleza conlleva, mucho más teniendo en cuenta que en ese momento el país vivía una delicada situación de orden público, caracterizada, entre otros hechos, por la utilización de bombas y diversos elementos de destrucción general.

Ante el asunto en estudio, es obvio que aún admitiendo la confusa tesis de que la acción iba dirigida contra la familia POVEDA CASTELLANOS, el medio utilizado llevaba implícito producir el mismo resultado de terror y de zozobra en todos las habitantes del sector, y sobre eso tenía plena conciencia el acriminado, pues no se pude llegar hasta el extremo de pretender que por existir una finalidad directa,esa circunstancia excluya como tambien previstos y queridos por el autor,

aquellos resultados binculados de manera necesaria o eventual con lo directamente perseguido de él.

Si la conducta terrorista, a la luz del artículo 1o. del Decreto 180 de 1988, consiste en provocar o mantener "en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integrida física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción, de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos...", cómo no inferir el propósito terrorista del comportamiento de un sujeto, que mediante la promesa de recibir a cambio una cantidad de dinero,se comprometió a colocar y hacer explotar tres kilos de dinamita en un sector residencial de la ciudad capital, en el lugar que previamente le indicaron.

Es más, LUIS VICENTE CARRION no se comprometió a matar a CALOS DE JESUS POVEDA, quien valga advertirlo, no se encontraba en ese momento en la casa, o algún miembro de su familia, pues él no sabía si a esa hora había allí alguien; su compromiso fue hacer explotar la dinamita frente a esa residencia asumiendo la responsabilida que le tocara por los resultados fruto de ese hechos, el primero de los cuales era evidente, un estado de zozobra y alarmas colectivas.

Con sobrada razón el Juez Penal del Circuito destaca, que si el criterio del Juez Regional fuera válido, no seria acto terrorista la destrucción del avión de Avianca en pleno vuelo, pues allí también se trabaja en la hipótesis de que la finalidad directa era matar a dos de sus pasajeros; y podemos agregar, que tampoco lo seria el atentado dinamitero contra la sede del DAS, ya que se podría argumentar el propósito era únicamente eliminar a su Director.

El acto trerrorista puede ser realizado con dolo inderecto o eventual, y éste se deduce del medio utilizado, del lugar en que se ejecuta el hecho, y de la indiferencia del autor no obstante que es claro, ostensible y evidente, que con esa conducta se generará una situación de terror, zozobra y alarma colectivas.

3o. Valga la oportunidad para aclarar, que el interés jurídico que se pretende proteger con el tipo penal de terrorismo y los demás relacionados

con él, es la seguridad pública, de modo que no se trata de un delito político, o que deba perseguir fines de esa clase, pues bien puede darse por razones religiosas o raciales, o como enfrentaminto entre la delincuencia común, o simplemente por crear anarquía y desorden. Así las cosas es posible que con un acto terrorista se persiga atacar a una determinada persona, familia o entidad, sin que por eso el hecho pierda esa especial connotación; o dicho de otra manera, una acción realizada con su fin particular puede llevar implícito el carácter terrorista.

La situación fáctica contenida en la providencia que cita el Juez Regional para provocar la colisión de competencias es diferente, pues allí la acción no alcanzó a ejecurtarse, de manèra que no era posible imputarles a los acusados, a título de dolo eventual, resultados que no tuvieron ocurrencia.

4o. Por lo dicho, la Sala mayoritaria llega a la conclusión de que la competencia para continuar conociendo del proceso corresponde al Juez Regional, en lo cual coincide con lo que en oportunidad anterior dispuso la Fiscalía Delegada ante la Corte.

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

Resuelve:

Dirimir la colisión de competencia planteada en el sentido de asignar el conocimiento del proceso al Juzgado Regional de Bogotá, según lo manifestado en la parte emotiva de este proveído, a donde se remitirá el expediente para lo de su cargo.

Por la Secretaría de la Sala envíese copia del presente auto al Juez Penal del Circuito para su información.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia (salvo voto).

Carlos A. Goridillo Lombana, Secretario.

TERRORISMO (SALVAMENTO DE VOTO)

He entendido siempre que el delito de terrorismo se construye a través de una clara concepción finalista: la amenaza de la seguridad general o la alteración del orden público. El Decreto legislativo 180 de 1988 reclama en la conducta del agente propósitos desestablizadores de las instituciones democráticas, caracterizándose por una específica finalidad que lo personaliza: la terrorista.

Desde hace rato me he esforzado en decir, acaso sin lograr convecer a otros, que frente a supuestos como el que alberga el caso de la especie, estamos en presencia de un acto de delincuencia común y en manera alguna de delincuencia terrorista. Algunas palabras por breves que ellas sean, mostrarán mi discrepanica frente a lo resuelto por la mayoría.

a. He entendido siempre que el delito de terrorismo se construye a través de un clara dirección finalista: la amenaza de la seguridad general o la alteración del orden público. El Decreto Legislativo 180 de 1988 reclama en la conducta del agente propósitos desastibilizadores de las Instituciones Democráticas, caracterizándose por una específica finalidad que lo personaliza: la terrorista. Con relación al contenido de ilicitud de la norma en cuestión y la manteria que lo condiciona, insistí en alguna ocasión, con las siguientes proposiciones:

> *"...Cierto es que este fenómeno carece de definición legal pero sus contornos y alcances pueden determinarse a partir de la descripción del terrorismo abarcada en varios de los artículos del precipitado Decreto. Por manera tal, un homicidio tendrá fines terroristas –entre otros supuestos– cuando tienda a provocar o mantener en estado de zozobra o temor a la población o un sector de ella, mediante la utilización de instrumentos capaces de producir estragos o cuando se da muerte con fines terroristas a altas personalidades públicas como Magistrados, Jueces,*

Agentes del Ministerio Público, Gobernadores, miembro principal o suplente del Congreso de la República, integrantes de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional o de organismos de seguridad del Estado, etc. Bien se ve, entonces, que la formulación típica de esta figura es comprensiva de los fines teleológicos perseguidos por el legislador extraordinario, que la significación de sus cláusulas normativas es precisa y clara, que sus referencias temporo-especiales y modales determinan un específico sentido en el ámbito de este tipo de injusto y que la parte subjetiva se proyecta sobre su propia entraña valorativa por exigirlo así la concepción imperativa de su esctructura finalista, y todos estos elementos, –sin excepción– deben interpretarse a través del objeto jurídico de tutela, concretamente protegido en el sustrato material.

b. *Escrito lo anterior ha de entenderse que la formulación del modelo penal denominado "homicidio con fines terroristas" prevenido en el artículo 29 del Decreto 180 de 1988 –modificado por el artículo 1o. del Decreto 261 del mismo año– constituye una norma autónoma destinada a conjurar las causas perturbadoras del orden público, preceptos encerrados dentro de su propia realidad casuística con una particular delimitación de su objeto y un ámbito de aplicación propio y esencial. Tal la voluntad del legislador de excepción. Estas conductas de violencia extrema, desligadas de la delincuencia común, presuponen la utilización de determinados medios catastróficos, específicamente de aquellos capaces de crear un peligro público común. Otras formas de violencia o beligerancia cuyos tipos de conducta no están presididos por los móviles anotados, propios del fenómeno terrorista, escapan al nomen iuris de la figura y su conocimiento esta adscrito a la competencia jurisdiccional ordinaria. Existe, pues, en la caracterización de la conducta, elementos delimitadores que no pueden ser interpretados de forma extensiva so pena de vulnerar el principio de seguridad jurídica (Cfr, Salvamento de voto, a la sentencia de julio 5 de 1992, M.P., Dr. Calvete Rangel).*

b. En el plano de lo inmaterial al lado del dolo –que como elemento subjetivo general del tipo dirige el curso, la dirección y la meta del

comportamiento prohibido– aparecen elementos especiales subjetivos de la conducta que determina más precisamente la voluntad del actor. Son los llamados delitos de tendencia interna trascendente que obligan al intérprete o al exégeta a examinar las disposiciones anímicas del sujeto de la acción. Pesada equivocación sería prescindir del elemento subjetivo del injusto. Este punto de vista es absolutamente inexacto.

c. En el caso de la especie, protuberantemente se advierte, conforme a las probanzas que integran el expediente, que Luis Vicente Carrión no actuó estimulado por propósitos terroristas ni consumó la acción para perseguir objetivos dirigidos a socavar el imperio de la ley o la solidez de las instituciones. Ni tampoco desarrolló planes con fines subersivos o para destruir el sistema democrático que nos rige. Por mucho que he hurgado en las hojas de este expediente no he encontrado en el itinerario de la acción, animosidad terrorista ni designios de este linaje, ni nada que se le parezca.

Ninguna de estas situaciones animicas aparecen en la averiguación probatoria cumplida. Error grave cometeria quien dijese lo contrario o mensinace que en cumplimiento del credo terrorista, el sujeto agente actuó contra el Estado de derecho a los bienes juridicos escenciales de las instituciones o que atentó contra personalidades públicas. Ni siquiera se advierte –ni ello ha sido sugerido siquiera– que el reo haga parte de celúlas insurrectas o movimientos sediciosos. Eliminada de cuajo la intencionalidad terrorista y excluido el sentido inmaterial propio y característico de la figura sub examen, fuerza es concluir que la conducta comportamental de Carrión Vargas se insume dentro de un acto punible común si bien se recuerda que la acción criminal tuvo su génesis al parecer por conflictos pasionales. Específicamente dentro de las previsiones del tipo del artículo 198 del C.P.

d. Harto forzada encuetro la hipótesis que trae el proveído del atentado dinamitero contra la sede del DAS. Cualquiera entiende que dicha acción no se dirigía en contra del director de esa institución por meras razones personales o individuales, *intuítu personae*. Ese acto no tuvo móviles distintos al ánimo incuestionable de lesionar la seguridad interna del Estado, o si se prefiere, el orden público. No sirve, pues, el modelo para contrarrestar mis puntos de vista. Lástima grande digo yo, pero el ejemplo no acaba de morirse que es lo peor.

e. El asunto histórico-jurídico de la providencia –donde fui ponente– y que cita el Juez Regional no es distinto en escencia, al que aquí se controvierte, independientemente de que dicha conducta alcanse o no la plenitud de la consumación. Allá y acá, trátase de compartimientos ajenos a toda expresión terrorista. Hasta entonces y por entonces, y aún hoy, creo en la bondad de las conciderasiones anotadas. Y sigo en lo mío.

f. El problema del dolo eventual –que apenas se plantea con ropaje harto liviano– es ciertamente interesante, pero como se toca de manera tan leve habrá que esperar otra oportunidad para conocer sus incidencias y el pensamiento exacto que tiene la Sala sobre el *thema decídendum*. Cuando llegue el momento –si es que acaso llega– me pronunciaré sobre el punto. Por cierto que es prudente no hacerse uno cargo de cosas cuya fundamentación no conoce y apenas se esboza.

Cordialmente,

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.
Magistrado.

Fecha ut supra.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL/ COLISION DE COMPETENCIA.

El arma de autos (pistola "Star", 9mm., con proveedor apto para alojar 15 proyectiles, con energía cinética de 365 libras pie y con un proyectil de los 11 que se decomisaron con blindaje de punta hueca, es de uso personal por la sola circunstacia de que su calibre es inferior a 9.652 mm.).

Sin vacilaciones, pues, nada importan las otras características de la pistola decomisada, así ellas en legislaciones anteriores consituyen factor suficiente para tenerlas como de uso privativo de la fuerza pública.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., quince de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 146 de diciembre 14 de 1994.

Vistos:

Decide la Corte la colisión negativa de competencia suscitada entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Antecendentes:

Un Juzgado Regional de Medellín, el primero (1) de junio del año en curso, condenó a FABIAN DE JESUS CANO GOMEZ a la pena principal de 36 meses de prisión al hallarle responsable del delito de *porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares,* por habérsele decomisado una pistola 'Star' 9 mm., con un proveedor apto para contener 15 proyectiles, pero que se encontró solo con 11 y de ellos

10 con revestimiento normal y uno con blindaje de punta hueca, y con una fuerza cinética de 365 libras pie.

La anterior determinación llegó al Tribunal Nacional en consulta y esta Corporación, por proveído de septiembre nueve (9) del año en curso, se declaró incompetente para conocer del proceso, remitiéndolo al Tribunal Superior de Medellín, provocándole de una vez colisión de competencia negativa para el evento de que no aceptara asumir su conocimiento, lo que ciertamente aconteció por auto de noviembre nueve (9) del presente año, quedando así debidamente trabado el conflicto.

Fundamentos de la decisión del Tribunal Nacional:

En la hora de ahora en lo relacionado con armas de fuego, municiones y explosivos no se rige por los Decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982 (los que, ciertamente, catalogaban como de uso privativo las pistolas y revólveres con energía cinética en su boca de fuego superior a 350 libras pie, así como las pistolas calibre 9 mm., cuando tuviesen un proveedor con capacidad de carga superior a nueve cartuchos y los proyectiles de tipo blindado o encamisados de punta hueca), sino por la preceptiva del Decreto 2535 de 1993, vigente a partir del 17 de diciembre y que en su artículo final derogó expresamente las disposiciones establecidas en aquellas otras normas.

Sostiene que, el Decreto vigente por parte alguna se remite a la energía cinética o a los proyectiles blindados o encamisados de punta hueca como factor determinante para tener un arma como de uso privativo de las Fuerzas Milites. Y lo mismo cabe decir en lo atinente al proveedor, pues como lo señaló recientemente la Corte (auto de mayo 5 de 1994) al confrontar los artículo 8o. y 11 del Decreto 2535 de 1993, en estos casos lo que incide es el mayor o menor calibre de la pistola y no la capacidad de carga de su proveedor.

Se está, pues, ante una arma de defensa personal y no de uso privativo, lo que hace que la competencia corresponda a los Jueces Penales del Circuito, en primera instancia y al Tribunal en segunda (arts. 70,71-4 y 72 C.P.P.). En consecuencia, ordena remitir el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Razones del Tribunal Superior de Medellín:

El Decreto 2535 de 1993 introdujo importantes modificaciones, en relación con lo que disponían los Decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982. Así, en su artículo 8o., dispone que son armas de uso privativo, entre otras, aquellas que tienen un calibre superior a los 9.652 mm. y las de este calibre que tengan un cañón superior a 6 pulgadas y un proveedor superior a 9 cartuchos, salvo la calibre 22 en el que la capacidad referida es de 10 proyectiles. Significa esto que la calidad del proyectil y la energía cinética en la boca de fuego fueron eliminadas como criterios diferenciadores entre uno y otro tipo de armas. En cuanto a la capacidad del proveedor y la longitud del cañón, siguen ostentando ese carácter, pero es necesario conjugarlos con el calibre del arma comoquiera que el artículo 8-a del multicitado Decreto establece como premisa fundamental para que un arma sea catalogada como de guerrra, que el calibre sea de 9.652 mm., añadiendo luego la necesidad de que no reuna algunas de las caraterísticas del arma de defensa personal. Aduce que razón tiene entonces la Corte en la jurisprudencia citada por el Tribunal Nacional. Luego, para el caso de autos, el arma es de defensa personal al tener un calibre inferior a los 9.652 m.m., sin que importe su proveedor superior a 15 proyectiles. Esto con una intepretación no exegética, ya que con ésta habría que concluir que la conducta es atípica ya que por ser el calibre inferior a 9.652 m.m. no puede ser de uso privativo, y tampoco sería de defensa personal, pues según el artículo 11, para poder serlo no podría tener un proveedor superior a los 9 cartuchos. Pero la ley no puede prohijar el absurdo y eso se haría al reputar como de defensa personal la pistola o revólver de calibre menor de 9.652 mm. que tenga un proveedor con capacidad hasta de 9 plomos, en tanto que si tiene aptitud para alojar más cartuchos, y así más capacidad operativa, la conducta sería atípica.

El arma decomisada –agrega– es, pues, de defensal personal. Pero no por ello el Tribunal es competente para conocer del asunto. No tiene la Sala competencia, como *ad-quem*, sino para conocer de los recursos de apelación y de hecho, nunca por consulta, causal automática que precisamente es la aducida para examinar la sentencia. "Además, al acoger el concepto *material* para determinar la competencia de segundo grado, esto es, la *naturaleza* del ilícito y no el *formal* (que tomaría como referencia el funcionario que profirió la sentencia), el criterio debe tenerse en cuenta para todos los efectos. De tal modo, si se dice que como estamos

frente a un porte de arma para defensa personal la competencia corresponde al Tribunal Superior, a fortiori de afirmarse que el delito no tiene el grado de competencia automático. Se explaya luego en algunas disquisiciones y consideraciones en redor del asunto.

La Corte:

1. Muy rápidamente señálese que para esta Corporación, es indudable que los hechos que se juzgan en este proceso, se subsumen en el artículo 1o. del Decreto 364 de 1986 (porte de armas de uso personal) y no en su numeral 2o. (porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares), normativa que fue adoptada como legislación permanente por artículo 1o. del Decreto 2266 del 1991. Resulta irrebatible que el estatuto vigente y, por tanto, de obligatoria aplicación es el Decreto 2535 de 1993 (sobre armas, municiones y explosivos) y no los Decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982, que expresamente fueron derogados por aquel.

El arma de autos (pistola 'Star', 9mm., con proveedor apto para alojar 15 proyectiles, con energía cinética de 365 libras pie y con un proyectil de los 11 que se decomisaron con blindaje de punta hueca), es de uso personal por la sola circunstancia de que su calibre es inferior a 9.562 mm. Ya lo dijo la Sala en la determinación indicada por ambos Tribunales (Auto de mayo 5 de 1994, M.P. Dr. Duque Ruiz), la que ahora se reitera, así:

> *De conformidad con esta norma (art. 8o. del Decreto 2535 de 1993), 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-exámine *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 por tener un proveedor con capacidad superior a nueve (9) milímetros, no cumpla con la totalidad de las características señaladas en el artículo 11.*

"La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (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 en tratándose de esta clase de armas (las de uso privativo) el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor a 9.652 mm. *Y es lógico que así lo hubiera hechos, porque sin son arma 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 orfen 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...".*

Sin vacilaciones, pues, nada importan las otras características de la pistola decomisada, así ellas en legislaciones anteriores constituyeran factor suficiente para tenerlas como de uso privativo de la fuerza pública. Sobre este particular, esto es, que se está ante un arma de defensa personal no hay discusión entre los Tribunales en conflicto. Pero era necesario de todas maneras que la Corte expresara la permanencia de su criterio sobre el particular.

2. Así, entonces,y dado que es indudable que se está ante una conducta ubicable en el tipo plasmado en el numeral 1o. del Decreto de 1986, o sea, porte ilegal de arma de defensa personal, resulta irrebatible que la justicia regional no era la llamada ni a investigar ni a juzgar los presentes hechos. Ahora, como el Juzgado Regional emtió su sentencia el premero (1o.) de junio del año en curso y el Decreto2535 atrás mencionado fue expedido el diecisiete (17) de diciembre de mil novencientos noventa y tres (1993), resultado obvio que para la fecha del fallo, se carecía de competencia, toda vez que por virutd del aludido

Decreto, la pistola, objeto materia del punible, había pasado a ser de defensa personal.

En consecuencia, la Sala ordenará el envió de la actuación al funcionario competente, que a partir de la vigencia de la aludida disposición, es el Juzgado Penal del Circuito de Medellín -Reparto.

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

Resuelve:

1. *Declarar* que la competencia para conocer de este proceso radica en los Juzgados Penales del Circuito de Medellín –Raparto– a donde se remitirán las presentes diligencias.

2. Por la *Secretaría de la Sala,* expídanse sendas copias del presente proveído y envíese a los Tribunales Nacional y Superior de Medellín, para lo de la ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo, Secretario.

CONCURSO DE DELITOS / LEGALIDAD DE LA PENA

Dentro del principio superior de la legalidad de los delitos y la sanción, de ineludible aplicación en toda actuación procesal penal, cuenta indefectiblemente el artículo 26 del Código Penal, según el cual, en los casos de concurso de infracciones el procesado "quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto".

"Aún se advierte la existencia de modalidades diversas donde la disparidad de las penas o las variables entre los mínimos y los máximos ofrecen dificultades para su aplicación. Uno de ellos se da cuando una infracción tiene prevista pena privativa de la libertad, mientras la otra implica una sanción de multa, caso en el cual se tasa la pena privativa de la libertad para el delito concurrente que la tiene prevista y, sin hacerle ningún incremento, se impone además la multa señalada como sanción para el otro ilícito".

Pero hay todavía otros eventos donde uno de los delitos tiene previsto un mínimo de la pena inferior al de la segunda infracción, pero su máximo se eleva por encima de ésta.

En innegable que para estos casos la selección de la sanción continuará ceñida bajo las reglas del artículo 26 del Código Penal, pero que para darle una debida aplicación a ese precepto, ni el mínimo a imponer podría estar debajo del señalado en alguna de las infracciones concurrentes, ni el máximo supeditarse al inferior entre los dos, porque tanto en el primero de los casos como en el segundo, se desconocerían los incrementos por defecto, entrando el juzgador a distanciarse de las previsiones y fines perseguidos por el legislador, llegando indebidamente a sustituirlo.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., quince de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 143.

Vistos:

Le corresponde a la Sala decidir los recursos de casación interpuestos por el defensor de los acusados ALFONSO JIMENEZ GONZALEZ y el representante de la parte civil en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 9 de mayo de 1992, mediante la cual le impartió confirmación a la emitida en primer grado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad. Las demandas se declararon ajustadas mediante auto del 3 de septiembre del mismo año, a tiempo que se desestimó por extemporánea una segunda demanda presentada a nombre de NOHEMI GONZALEZ VIUDA DE JIMENEZ.

A los acusados en su condición de coautores de los delitos de falsedad y estafa, se les impuso la pena principal de dos años de prisión y las accesorias de ley.

Hechos y Actuación Procesal:

1. Para protocolizar el préstamo hipotecario constituido sobre el inmueble ubicado en la carrera 40 No. 44-59 de Ibagué por la suma de seis millones de pesos, el día primero de diciembre de 1989 NOHEMI GONZALES VIUDA DE JIMENEZ y ALFONSO JIMENEZ GONZALEZ firmaron en la Notaría Tercera de Ibagué la correspondiente escritura, consignando que el bien, de acuerdo al folio de matrícula inmobiliaria que aportaron, se encontraba libre de todo gravamen.

Al someter el instrumento a registro se constató que el certificado de matrícula había sido adulterado, pues sobre el inmueble pesaba una medida cautelar de embargo ordenada por el Juzgado Tercero Civil del

Circuito de la localidad, en el proceso ejecutivo de Edgar Acosta contra NOHEMI GONZALEZ y ALFONSO JIMENEZ.

2. Los hechos fueron denunciados por el comisionista Hernando Ospina Cardona, correspondiéndole al Juzgado 23 de Instrucción Criminal las diligencias por reparto. El despacho ordenó la apertura formal de la investigación y la incorporación a esta de otras diligencias que por los mismos hechos se adelantaban en el Juzgado 39 de Instrucción Criminal, también la vinculación al proceso de NOHEMI GONZALEZ y ALFONSO JIMENEZ. La situación jurídica les fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva por los punibles de falsedad material y estafa, y al ser clausurada la etapa de investigación se profirió en su contra resolución de acusación por los mismos punibles.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito abocó el conocimiento de la causa, y una vez finalizada la audiencia emitió el fallo de condena con los resultados anteriormente señalados. La decisión fue motivo de apelación por parte de la defensa y la parte civil, y confirmada con las siguientes modificaciones: incrementó a la suma de $12.180.000.oo y $812.504.80 en favor de Martha Arango Viuda de Aldana y Hernando Ospina Cardona la indemnización de los perjuicios materiales causados con la infracción, y dispuso que se liquidaran los intereses al 3% mensual sobre el valor de las cantidades base de $6.000.000.oo y $317.360.oo, respectivamente, a partir de la fecha en que se hizo la liquidación en la providencia apelada, y hasta el día en que opere la reparación de tales daños, y revocó lo concerniente a los perjuicios morales que el *a-quo* había fijado en el equivalente a cien y cincuenta gramos oro respectivamente.

En contra de la última determinación, oportunamente se interpuso el recurso extraordinario de casación por el defensor común de los dos acusados, y el representante de la parte civil, quien además se pronunció respecto de la demanda presentada a nombre de los procesados, objetando la incursión por parte del censor en notorios yerros técnicos que harían inacogibles sus pretensiones, pues pese a anunciar la ocurrencia de errores de hecho desarrolló críticas encaminadas a un error de derecho, las que hizo extensivas a las dos demandas presentadas.

Sin embargo y por haber sido presentada mediante nuevo apoderado una segunda demanda a nombre de la acusada NOHEMI GONZALEZ DE JIMENEZ luego del vencimiento de los términos que correspondían para sustentación del recurso extraordinario, la Sala la desestimó por extemporánea, reconociendo validez al escrito presentado por el anterior defensor.

Las Demandas:

1. *Demanda a nombre de los acusados:* En este escrito dice el recurrente que la sentencia viola indirectamente la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de las pruebas al tergiversarlas y concederles un alcance que no tienen.

Según el censor, los falladores incurrieron en interpretación errónea creando un falso juicio de existencia al reconocer que obra dentro del proceso prueba suficiente para señalar, en un caso la existencia del punible de ESTAFA, y en el otro la autoría de los procesados en una FALSEDAD MATERIAL DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO, siendo ello inexacto. De esa manera añade, se tergiversó el contenido de la prueba, su alcance, su eficiencia y la verdadera dimensión de su contexto.

No resulta cierto como lo afirma el Tribunal, que hubiese existido aquella "representación teatral" con la cual se mantuvo en error a la señora Martha Arango de Aldana, pues la denunciante en momento alguno expuso esas extrañas afirmaciones, limtándose apenas "a hacer un reclamo sobre la hipoteca de la casa de la señora DE JIMENEZ que no pudo ser registrada por la existencia del embargo conocido", siendo que quien se encargó de los trámites fue el individuo Hernando Ospina.

Como la señora Arango no mencionó una inducción, y el Tribunal la dedujo de situaciones que no aparecen en los medio de prueba, se incurrió en tergiversación del contenido y alcance de esta prueba. Sostiene una vez más que sus representados en ningún momento hicieron caen en error a la señora Martha Arango de Aldana, y para apoyar su aseveración transcribe aportes de la versión del folio 101 donde registra cómo después de haber entregado el dinero se enteró de que el registro de la hipoteca le había sido devuelto por existir un gravamen. Por esa razón reaccionó en

contra de HERNANDO OSPINA puesto que a él se le había hecho entrega de los papeles. Así las cosas, el casacionista se pregunta:

> "Cómo es que se afirme que ALFONSO JIMENEZ GONZALEZ y su señora madre utilizaron el engaño y la mentira para llevar al error a la señora DE ALDANA, cuando precisamente es ella misma quien señala que al saber sobre la imposibilidad del registro de la hipoteca, a quien primero reclamó fue a HERNANDO OSPINA por ser la persona encargada de adelantar todos los trámites del negocio, como comisionista que es...".

Repite que en ningún momento la denunciante se sintió estafada, y que si recurrió ante las autoridades fue porque uno de los cheques de los entregados para respaldar la deuda, le fue devuelto por existir de parte del girador orden de no pago. En consecuencia, los acusados no tuvieron la voluntad de engañar a la citada señora; tanto así, que cuando la escritura de la hipoteca fue rechazada procedieron a asegurar la deuda mediante otros medios idóneos como letras de cambio y cheques, los cuales la misma señora logró cobrar en buena parte.

En esas condiciones según el recurrente, cuando el Tribunal le dio a la prueba un alcance que no tiene y afirmó la existencia del engaño o 'representación teatral', surgió el ostensible error de hecho invocado.

Respecto del delito contra la fe pública –falsedad material de particular en documento público– asegura que la sentencia de segunda instancia presume la existencia de prueba para señalar a los procesados como coautores de esa infracción, si bien reconoce que los delitos ciertamente existieron y fueron acreditados en los autos.

Sobre la base de una serie de apreciaciones personales con relación a las pruebas que hacen parte del proceso y las consideraciones del *ad-quem*, la exposición se dirige a endilgar responsabilidad en la falsedad del documento a Hernando Ospina, el intermediario en el préstamo hipotecario y encargado de hacer la transacción, y quien recibió de manos de ALFONSO JIMENEZ GONZALEZ el documento auténtico, añadiendo que Ospina tenía interés en que el préstamo se efectuara para de esa manera percibir una comisión.

La sentencia, continúa, valoró erróneamente la prueba para concluir que los enjuiciados eran los autores de la falsedad e incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, vulnerando los artículos 1o., 246, 247, 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal. En esas condiciones le solicita a la Corte proceda a casar la sentencia, y en su lugar profiera un fallo absolutorio.

2. *La demanda de la parte civil* sostiene que la sentencia violó por la vía directa y de manera ostensible los artículos 1o. , 103, 104, 105, 106, 107, 108 del Código Penal; 1o., 6o., 11, 14, 43, 44, 45, 46, 48, 55 y 56 del Decreto 2700 de 1991.

Para fundamentar esta aseveración recuerda que según lo estipulado en los artículos 43, 103 y 106 del Código de Procedimiento Penal, la acción civil tiene como objetivo el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible, comprensivos de los perjuicios morales, y agrega que en aquellos casos no susceptibles de valoración pecuniaria, estas disposiciones facultan al juez para fijar su monto en el equivalente en moneda nacional a un mil gramos oro.

La incoformidad se centra, entonces, en que pese haber fijado el Juzgador de primera instancia el daño moral en el equivalente a 50 gramos oro en favor de Hernando Ospina Cardona, el Tribunal revocó esa determinación con el argumento de que no llegó a demostrarse la ocurrencia del daño moral objetivado, y agregando que en los delitos contra el patrimonio económico, por norma general no se presenta daño moral subjetivo.

A juicio del casacionista, al no haber confirmado el Tribunal la condena en este aspecto, incurrió en violación directa de la ley por falta de aplicación de los artículo 106 del Código Penal, 55 y 56 del Decreto 2700 de 1991, afectando los intereses privados de la parte civil. Con base en lo expuesto solicita a la Corte revoque el punto cuarto de la sentencia del *ad-quem*, y en su lugar disponga la condena que impetra.

3. En escrito dirigido al Tribunal de Ibagué y presentado por aparte, el representante de la parte civil se opone a las pretensiones de la demanda a nombre de los coacusados al considerar que incumple los requisitos del

artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, incurriendo a la vez en imprecisiones. Omitió dice, la identificación de los sujetos procesales, el señalamiento de la causal invocada, y el de las normas sustanciales que permitieran la revocatoria del fallo atacado.

También acusa inconsistencias como la de afirmar que fue Martha Arango viuda de Aldana la denunciante, cuando el enteramiento a las autoridades fue obra de Hernando Ospina Cardona como puede apreciarse al folio 1, y que se invocó una clase de error, pero en el desarrollo del mismo terminó haciendo referencia a otro distinto. Por ello pide que la demanda sea desestimada.

Concepto del Ministerio Público:

Para el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la demanda presentada a nombre de los procesados denota graves desacierto que parten desde la misma enunciación del cargo. Es así como se endilgan al fallo errores en la apreciación de la prueba por tergiversación, lo cual supone un falso juicio de identidad, pero al mismo tiempo arguye que a falta de la prueba ésta se supuso, afirmación que corresponde a un falso juicio de existencia, ya que el Juzgador reconoció de manera equivocada que dentro del proceso obraba la prueba suficiente para predicar tanto la existencia del punible de estafa como la autoría por parte de los procesos de una falsedad material de particular en documento público.

Otros errores presenta la redacción del escrito al descalificar por inexactas apreciaciones del Tribunal referentes a la escenificación teatral de los acusados para inducir en error a su víctima y al mediador en la transacción comercial que dio origen al proceso. Se olvidó al censor que el *ad-quem* tomó en cuenta otras circunstancias demostrativas del ardid como el conocimiento que los procesados tenían del embargo que pesaba sobre el inmueble ofrecido como garantía del crédito y el ocultamiento malicioso de ese gravamen, la presentación de un certificado de tradición falso, así como lo visita de la eventual acreedora y el comisionista que los acusados impulsaron para que se llevara a cabo en su propia vivienda, donde hicieron alarde de todas las propiedades que tenían, sus cualidades, valores y ubicación.

Pretende el censor desconocer la expresa referencia de la denunciante sobre las argucias de que se valieron los sindicados para obtener el crédito de los seis millones, como aparece consignado en las fotocopias obrantes en el folio 53 del cuaderno principal, y en original a folio 76; así como en la ampliación que hace parte de los folios 101 y siguientes del cuaderno principal.

Tampoco es válido afirmar que la denunciante reaccionó en contra del comisionista, porque aunque ese hecho es cierto, en nada modifica las apreciaciones del *ad-quem*, quien para estructurar el punible de estafa tuvo en cuenta los varios actos desplegados para viciar el consentimiento de la ofendida, logrando la entrega del dinero bajo la expectativa de que estaría garantizado con una hipoteca legalmente extendida y registrada.

Cuando el censor argumenta que no existe la manifestación clara por parte de la ofendida en relación con el engaño de que fuera objeto, no logro identificar ni demostrar el error que le endilga a la sentencia y sus fundamentos no pasan de ser simples opiniones personales. Por otro aspecto, no es a las personas afectadas a quienes corresponde adecuar los comportamientos a los tipos penales, pues esa es privativa labor de los juzgadores.

La propuesta final de la demanda es igualmente desafortunada: Pese a que el error se enuncia por falso juicio de existencia, el casacionista omite precisar cuál fue la prueba inventada o imaginada por el fallador. De otra parte, aquí el actor reconoce la comisión de la infracción, pero pretende exculpar a sus defendidos con el argumento de que la adulteración del folio de matrícula inmobiliaria también le interesaba al comisionista.

Con tal apreciación ignora que para fincar la autoría encabeza de los acusados el Tribunal recurrió a la prueba indiciaría, lo cual imponía al censor ceñirse a unos determinados patrones en la denuncia del yerro y su comprobación si se trataba del hecho indicador, estableciendo la distorsión o suposición de la prueba por el fallador y su importancia en el contexto de la actuación, y si de la inferencia lógica, señalando la equivocación surgida al extraerle una conclusión diversa. En ese evento, es claro que su compromiso debía dirigirse a resaltar la distorsión visible en el proceso lógico, pero ninguno de esos aspectos fue tocado por el casacionista.

Ante la falta de atención del censor a las reglas señaladas, el reproche no pasa de ser un simple alegato de instancia ajeno a los fines del recurso extraordinario e ineficaz para socavar en esta sede decisiones asistidas de la doble presunción de acierto y legalidad.

En las anteriores condiciones solicita la desestimación de la censura.

A la *demanda del representante de la parte civil* la Delegada apunta que la Corte no puede hacer pronunciamiento de fondo, por cuanto las normas positivas vigentes para entonces disponían que en lo referente a la indemnización de perjuicios, el fundamento, las causales y la cuantía a invocar serían los de la casación civil.

En el cuerpo del escrito se advierte que ninguna inconformidad expresa el demandante distinta al reconocimiento del daño moral, y por ello no es válido:

> "argumental que ante la revocatoria de la condena al pago de perjuicios referidos a la parte civil se encuentre legitimada para la interposición y sustentación del recurso extraordinario sin sujeción a la cuantía impuesta para la casación civil, pues aunque no se cuente en la sentencia con sustento para el cobro de los que no fueron reconocidos, el pretender que la Corte a través de su fallo dé sustento suficiente a sus pretensiones, no es asunto de naturaleza penal –pues no son tales aspectos los se endilgan como falla del sentenciador–, sino materia eminentemente civil que requiere, por disposición de la ley, que el agravio inferido alcance, como mínimo, el valor de catorce millones de pesos...".

Siendo que la reclamación por parte del recurrente, es por el equivalente a cien gramos oro, suma inferior a la contemplada para la admisión del recurso, la censura debe ser desestimada.

Consideraciones de la Corte:

1. De conformidad con la demanda presentada a nombre de los acusados ALFONSO JIMENEZ GONZALEZ y NOHEMI GONZALEZ

DE JIMENEZ, el Juzgador incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia al estimar acreditada con base en una prueba inexistente la ocurrencia del delito de estafa, y la responsabilidad por parte de los acusados en el delito de falsedad material en documento público.

Sin embargo de la aparente claridad inicial de esta presentación, a renglón seguido se entra a mencionar una circunstancia bien diversa: la prueba no fue supuesta sino tergiversada en su alcance, eficiencia y dimensión, lo que implicaría que el error no corresponde ya al enunciado sino a un falso juicio de identidad.

Con esta variable forma de alegar el casacionista incurre en una insalvable contradicción a la vez que desatiende las exigencias de claridad, precisión y presentación separada de cargos que regulaba el artículo 224.3 del Decreto 050 de 1987 y ahora los numerales 3 y 4 del artículo 225 del Decreto 2700 de 1991, sin que si quiera queden allí los defectos de su escrito.

Cuando de modo pormenorizado el libelo se refiere al delito de estafa, pese a firmar la suposición de pruebas ninguna de las afectadas por ese vicio se invoca, y reduciéndose a comentar tan solo la denuncia, toda la crítica queda restringida a afirmar que la quejosa nunca dijo haber sido colocada en error ni sometida a engaño, porque su único reclamo se refería al no pago de uno de los cheques que los deudores denunciados le habían entregado para satisfacer su obligación con ella. Al restringir de esta forma el ataque, excluye el casacionista todos los elementos que en realidad fundaron la sentencia para acreditar el hecho y la responsabilidad de los acusados, que jamás se redujeron a la sola referencia de la queja formulada por la señora Martha Arango de Aldana, pero a la vez se olvida de que para el Tribunal la entrega de unas letras y unos cheques con posterioridad al fraude, no desdibujaba la ya consumada defraudación de la prestamista.

A partir del folio 33 de la sentencia de segundo grado, concreta el Tribunal las fases del modus operandi y en ellas los diferentes medios probatorios que lo afianzaban como hecho consumado por los acusados:

NOHEMI GONZALEZ y ALFONSO JIMENEZ –madre e hijo–, tenían pleno conocimiento en cuanto a que sobre el inmueble que ofrecían

como garantía del crédito de los seis millones de pesos, gravitaba de tiempo atrás un embargo ordenado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué, dentro del proceso ejecutivo que en su contra seguía Edgar Acosta Rivera.

Con el fin de percibir el crédito pese a su situación de insolvencia y de burlar la garantía que exigía la acreedora, los acusados ocultaron tanto la existencia del proceso como de la medida cautelar vigente, e hicieron creer a la denunciante que el bien estaba libre de gravamen, llegando, para consolidar el engaño, a exhibir un certificado extendido por la Oficina de Registro pero previamente adulterado en cuanto a su fecha de expedición, donde el predio aparecía todavía exento de pleitos y dentro del comercio. Luego lograron que la perjudicada en compañía del comisionista concurriera a su residencia, y una vez allí aprovecharon para hacer ostentación de todas las propiedades y valores que poseían, terminando por convencerlos de que el préstamo quedaría debidamente garantizado.

Complementado la escenificación de la aparente lealtad comercial, todavía concurrían los acusados a la Notaría para firmar la Escritura de hipoteca simulando que gravaban el bien para garantizar el mutuo, cuando en verdad sabían de la imposibilidad de su registro por encontrarse fuera del comercio, ganando con amaño la confianza de la acreedora y percibiendo la entrega del dinero, del cual quedó privada y sin la garantía real exigida la señora Arango de Aldana, a quien, para culminación, tampoco se le cumpliría en el pago, que ya carecería de un respaldo efectivo.

Ninguno de estos medio se relaciona ni critica en la demanda y mucho menos de la forma técnica que corresponde al recurso extraordinario, lo que lleva a colegir que el censor dejó a la sentencia toda esta base de apoyo sobre la cual descansa la condena, y con mayor razón imprósperas sus pretensiones, si ni siquiera se cuidó de entrar a relacionar las disposiciones de las que hace cita frente a la inconformidad genérica que ofrece, para aproximarse a la demostración de la violación legal que estaba proponiendo.

Otro tanto sucede frente al reproche que el censor dirige respecto del delito de falsedad. La proposición escueta del cargo en este caso

advierte, sin pretender entrar a desconocer la existencia objetiva de la infracción, que el error se dio porque en lugar de endilgarle la autoría como correspondía a comisionista Hernando Ospina, los cargos se hicieron a NOHEMI GONZALEZ y ALFONSO JIMENEZ suponiendo la existencia de pruebas en su contra, afirmación que de nuevo referencia un falso juicio de existencia.

Sin embargo, lejos de entrar a señalar cuales fueron los medios inventados o supuestos por el juzgador y a demostrar el yerro cometido, la argumentación opta por reconocer que la infracción sí se dio y comprobó, para limitarse enseguida a insistir en que la comisión de la adulteración le sería atribuirle al comisionista por haber sido el intermediario en la entraga del documento espurio, y porque nunca se probó pericialmente que hubieran sido los JIMENEZ los autores de la adulteración.

Ignora con esta afirmación el libelista, que para el Tribunal pesaban indicios suficientemente incriminatorias contra los acusados, como el del interés tan solo a ellos adjudicable en la percepción del crédito que requerirían y les iba a facilitar su exclusivo beneficio económico; el conocimiento que tenían sobre la situación litigiosa que afrontaban y la afectación del inmueble que ofrecían como garantía, presupestos que repercutían necesariamente en la mentira reflejada en el certificado de la Oficina de Registro, mendacidad manejada de tal manera por los procesados que solo comprometiéndose en ella se explicaba el que hubieran conseguido convencer y llevar a la prestamista hasta la Notaría para otorgarle una hipoteca que de antemano sabían no podría llegar a serla registrada.

Como en el caso anterior, una vez más se olvida el demandante de las pruebas principales sobre las cuales edifica el *ad-quem* el fallo de condena, y por inadvertirlas lleva de nuevo su alegación hacia el fracaso, pues, como queda visto, permanencen incólumes los elementos sobre los cuales se asienta el fallo adverso.

Razón, en este aspecto le asiste una vez más a la Procuraduría cuando critica al censor porque si estaba interesado en desquiciar la prueba indiciaria, debía ocuparse de impugnar o bien los hechos indicadores o la inferencia lógica dentro de la debida técnica que en cada caso esa labor exige. En su defecto, la impugnación se limitó a proponer que la ausencia

de un dictamen indicativo de la autoría del falso perfectamente cobijaba a los acusados como Ospina, en quien también recaería el interés de percibir alguna comisión si la transacción se operaba, pero en esas posturas subjetivas apenas deja ver el libelista su inconformidad con la sentencia y su estimación y enfoque subjetivo de la conducta investigada, mas no se acerca a demostrar que en los razonamientos del Tribunal medió el error, y menos aquel de suposición de pruebas que se tenía anunciado, porque la alegación termina, conforme se critica por la parte civil en su escrito de oposición, con el esbozo de unos planteamientos propios de un error de derecho por falso juicio de convicción, enteramente improcedente por la ausencia de una tarifa legal dentro de nuestro sistema probatorio.

Insuperables los yerros detectados, y distanciada al demanda de las pruebas que sustentan la condena, tendrá que convenirse con el criterio de la Delegada en cuanto a que sus pretensiones no prosperan.

2o. En cuanto atañe con *la demanda que presenta el señor apoderado de la Parte Civil* que representa al ofendido Hernando Ospina Cardona, ha dicho la Procuraduría que no existe posibilidad para un pronunciamiento de fondo, en cuanto al apuntar con exclusividad al resarcimiento de perjuicios debía someterse a las exigencias del Código de Procedimiento Civil, y ante esta preceptiva el recurso extraordinario no opera dada la cuantía de lo que se reclama.

Si se repara en que el fallo que se acusa no solamente condenó a los acusados como penalmente responsables de las infracciones por las cuales se les convocaba en juicio, sino que además reconoció el derecho al resarcimiento en favor de la prestamista y el intermediario, incrementado inclusive en lo tocante con los perjuicios materiales, no resulta difícil reconocer que la razón está del lado del Ministerio Público en cuanto la demanda debió atenerse con exclusividad a las exigencias formales y de fondo indicadas en el ordenamiento procesal civil, con cuanta mayor razón si la argumentación toda que contiene se centra y agota en el reclamo de reconocimiento para los perjuicios morales, que el fallo de segunda instancia dio por revocados.

Sin embargo, del solo reconocimiento de esa circunstancia no asoma necesariamente la improsperidad de la censura, pues de una parte las

exigencias formales del libelo contenidas en el Código de Procedimiento Penal que se dieron por cumplidas, eran las mismas del Procedimiento Civil, y de la otra, la causal de casación que se invoca (violación directa de la ley sustancial del artículo 368 del C. de P.C.), exactamente la primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (hoy 220 ib.).

Es cierto que, además, esta última codificación fija como requisito para admisión del recurso extraordinario el de la cuantía (artículo 366), concretada para el año de 1992, –época en que el recurso extraordinario se interpuso– a la suma de diecinueve millones doscientos mil pesos ($19.200.000,oo). Ocurre, sin embargo, que la fijación de la cuantía es competencia privativa del Tribunal de primer grado, principio que opera en materia penal por remisión que hacía el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (hoy 221) deber que con frecuencia olvidan las Salas de Decisión Penal como ha ocurrido en el caso de examen, y que una vez concedido el recurso, ninguna posibilidad le queda a la Corte para desestimar el escrito de demanda por inconformidad con ésa sola exigencia, pues en tal sentido es clara la disposición del artículo 372 del Código de Procedimiento Civil, inciso segundo, al advertir que "No podrá declararse inadmisible el recurso por razón de la cuantía".

La autonomía que confiere la ley al Tribunal explica justamente la autorización que se le otorga para que en caso de duda sobre el monto del interés del recurrente acuda a la designación de expertos, cuyo dictamen será inobjetable (artículo 370 del C. de P.C.). Tal posibilidad la despreció con ligereza el *ad-quem* desatendiendo que la suma reclamada la estimaba el actor en gramos oro y no en pesos, lo que forzaba a que el valor definitivo se cuantificara por el dictamen de peritos. No obstante su inadvertencia, frente al otorgamiento del recurso como hecho cumplido, ninguna otra posibilidad le queda a la Corte que la de entrar a pronunciarse de fondo, desestimando el reparo de la Procuraduría que apuntaba al rechazo de la demanda por la sola consideración de la cuantía.

Impuesta bajo estas circunstancias la necesidad de analizar el libelo de demanda, desde un comienzo procede destacar que tanto el desacierto técnico que acusa como la contradicción que en seguida ofrece en su desarrollo argumentativo irremediablemente conducen al fracaso.

En efecto y como queda dicho, al referirse el censor a la causal que invoca, citando la primera de casación advierte que su acusación a la sentencia la hace por violación directa de la ley, entrando a citar las disposiciones de los artículos 1o. , 103, 104, 105, 106, 107, 108 del Código Penal y 1o., 6o., 11, 14, 43, 44, 45, 46, 48, 55 y 56 del Decreto 2700 de 1991.

Mas, cuando era de esperar que el censor desarrollara su ataque dentro del exclusivo ámbito jurídico escogido, entrando a demostrar si el Tribunal aplicó indebidamente estos preceptos en la definición del caso abordado, si en su defecto los desestimó cuando debía hacerlos operantes, o si mas bien erró al concederles un alcance que no correspondía, la sustentación se orientó hacia una discusión sobre las pruebas tratando de acreditar que el daño moral sí se hallaba demostrado, cuando el Tribunal falló sobre una afirmación opuesta.

Y es que efectivamente cuando en la sentencia de segunda instancia se asumió el tema del resarcimiento de perjuicios, pese a incrementar el monto de los materiales, como ha quedado expuesto, al referirse a los morales la Sala afirmó en cuanto a los subjetivos que éstos solamente se daban en casos de excepción que no se acreditaba ser el de la controversia, y en relación con los objetivados del mismo modo asertivo se anotó que el ofendido jamás había llegado a demostrarlos a lo largo del proceso.

Si esa era la sustentación de la sentencia, y frente a ella el actor consideraba que los perjuicios morales sí se habían dado y se hallaban demostrados, surge de bulto que su pretensión resarcitoria no podía prosperar por la vía de la violación directa invocada, porque cuando a ella se acude, el casacionista acoge tanto los hechos como las pruebas de la misma manera como ellos se asumen por los juzgadores, centrando su discusión exclusivamente en el ámbito de lo jurídico, no en lo factual.

No se atacaron en el caso que se estudiaba los fundamentos de hechos que como premisas sustentaban la sentencia, y ello hace impróspero el recurso extraordinario, con mayor razón si la sola referencia y reflexiones que sobre las pruebas hace el libelista, por informales, distan de sustituir un adecuado ataque por la vía indirecta, dentro del cual debió indicar y desarrollar si los errores cometidos eran de hecho o de derecho, entrando a demostrar en cada caso el falso juicio cometido.

El cargo, por lo anotado, no puede prosperar.

Independientemente de la desestimación de la censura, deberá pronunciarse la Sala oficiosamente sobre la legalidad de la pena impuesta en las instancias según la autoriza el artículo 228 del C. de P.P., de la forma que sigue:

a) La resolución de acusación fue clara al comprender dentro de la imputación a los procesados la comisión de un concurso de delitos de falsedad y estafa. Así, en la parte motiva se dijo –folio 215– que

> "Para la elaboración de esta escritura (de hipoteca) se le exigió al procesado Alfonso Jiménez Gonazález, presentara un certificado de tracción más reciente y para lo cual aportó el certificado al parecer expedido el 3-9-89 y con base en el cual se procedió a elaborar la correspondiente minuta".

Y al folio 217 se agregó:

> "Sabido es que el certifica expedido por la oficina de Instrumentos Públicos y Privados, es un documento que tiene valor de documento público. Este instrumento que le fue facilitado al intermediario de la negociación por parte de los incriminados y con el cual aprobaron y elaboraron la escritura pública tal negociación, fue adulterado en su verdad, toda vez que la autenticidad del documento público respecto de los hechos que da fe el funcionario, hecho físico del otorgamiento, fecha y lugar. El contenido del instrumento no correspondía a la real situación del inmueble en cuanto a la fecha que lo hicieron valer; pues como se dijo anteriormente para esta fecha 30-09-89, ya pesaba un embargo sobre dicho bien".

Consecuentemente, en el aparte sobre calificación jurídica advirtió que la definición y sanción de las conductas que ubicaba en el libro Segundo del Código Penal, Título VI, capítulo 3o. "de la falsedad en documentos" y título XIV, capítulo 3o. "De la estafa", y en la resolutiva se plasmó que la acusación se refería a la autoría de esas dos clases de infracciones realizadas "en concurso".

Cuando el Tribunal en interlocutorio del 27 de junio de 1991 –folios 248 a 254v.–, le impartió confirmación a la anterior providencia, se refirió a la misma presentación de los hechos ratificando la estimación de su adecuación típica como "falsedad material de particular en documento público y estafa" previstos en los artículos 220 y 356 del Código Penal, cometidos en concurso "dado que además de adulterar un documento público, otorgaron con fundamento en él escritura de hipoteca, logrando por ese medio engañoso que la señora Martha Arango de Aldana les entregara la suma de Seis Millones de Pesos, agravado el último a la luz del numeral 1o. del artículo 372 del C. Penal, por se mayor de Cien Mil Pesos el monto de lo estafado". (folio 254).

b) Consecuentes con esta imputación, lo fallos se refirieron a las dos conductas, considerando el *a-quo* al momento de la dosificación de penas que el delito más grave era el de estafa, correspondiéndole partir del límite menor –doce meses de prisión–, incrementándolo en seis meses por la circunstancia genérica de agravación de la cuantía, y en otros seis meses con motivo del concurso, para totalizar en veinticuatro (24) meses de prisión y multa igual a Diez Mil Pesos.

El Tribunal captó el error en que se había incurrido con esta forma de tasar la pena, pero por mayoría entendió que su corrección solo resultaría viable en la medida en que se vulnerara el principio de legalidad, opción que dio por descartada considerando que se trataba solamente de criterios interpretativos. Quien salvó su voto puso de relieve la contradicción de la sanción impuesta frente al artículo 26 del Código Penal, norma reguladora del concurso de delitos, que integrada al principio de legalidad hacia obligatoria la modificación, así resultase ella gravosa para el procesado, lo que en nada mortificaría el artículo 31 Constitucional, pues uno de los apelantes había sido el representante de la parte civil.

c) Dentro del principio superior de la legalidad de los delitos y de la sanción, de ineludible aplicación en toda actuación procesal penal, cuenta indefectiblemente el artículo 26 del Código Penal, según el cual, en los casos de concurso de infracciones el procesado "quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto".

Este criterio de gravedad de la pena (no necesariamente coincidente con el de gravedad del delito), como lo precisara la Corte en fallo del 2

de julio de 1985 con ponencia del Magistrado Doctor Alfonso Reyes Echandía, ha de medirse cualitativa y cuantitativamente. Así,

> "por el primer aspecto la prisión es más grave que el arresto; el segundo estará referido a la mayor cantidad de pena privativa de la libertad prevista entre los varios delitos concurrentes de la misma especie sancionadora o respecto del delito con pena principal cualitativamente más gravosa, si los delitos en concurso tuvieron prevista pena principal de carácter pecunario, el delito más grave será el que tenga señalado un máximo mayor de multa.
>
> Determinado así el delito base, se procederá a dosificar la pena correspondiente teniendo en consideración todos los factores señalados por el artículo 61 del Código Penal. Hecha esta concresión punitiva, aumentará dicha pena de acuerdo con el número y gravedad de los demás delitos concurrentes; sin embargo, al realizar esta labor tendrá en consideración tres limitantes complementarias: conforme a la primera, la pena del delito base no podrá incrementarse más allá del doble del máximo previsto para aquel; al "otro tanto" que menciona el artículo 26 del Código Penal, no se refiere la pena aplicable por el delito base, sino al máximo de la establecida para este, de acuerdo con la segunda, el monto total de la pena imponible para todos los delitos en concurso no podrá exceder de la suma que correspondería fijar para cada uno de los delitos concurrentes si se sancionasen en forma separada, limitación esta explicable porque la institución del concurso delictivo se inventó precisamente para eludir la suma aritmética de penas (esa es la esencia de la llamada acumulación jurídica de penas); conforme a la tercera limitante, en ningún caso, la pena privativa de la libertad que resulte de las operaciones precedentes dentro del mecanismo punitivo concursal, podrá superar los 30 años artículo 28 del C.P." (hoy reformado por el artículo 31 de la Ley 40 de 1993).

Sentados estos principios, aún se advierte la existencia de modalidades diversas donde la disparidad de las penas o las variables entre los mínimos y los máximos ofrecen dificultades para su aplicación.

Uno de ellos se da cuando una infracción tiene prevista pena privativa de la libertad, mientras la otra implica una sanción de multa, caso en cual "se tasa la pena privativa de la libertad para el delito concurrente que la tiene prevista y, sin hacerle ningún incremento, se impone además la multa señalada como sanción para el otro ilícito" (Sentencia del 10 de julio de 1.991 M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Pero hay todavía otros eventos, dentro de los cuales participa el presente y donde uno de los delitos tiene previsto un mínimo de pena inferior al de la segunda infracción, pero su máximo se eleva por encima de ésta.

Es innegable que para estos casos la selección de la sanción continuará ceñida bajo las reglas del artículo 26 del Código Penal, pero que para darle una debida aplicación a este precepto, ni el mínimo a imponer podría estar debajo del señalado en alguna de las infracciones concurrentes, ni el máximo supeditarse al inferior entre los dos, porque tanto en el primero de los casos (que es la situación en el presente reprochable), como en el segundo, se desconocerían los incrementos por defecto, entrando el juzgador a distanciarse de las previsiones y fines perseguidos por el legislador, llegando indebidamente a sustituirlo.

En estos términos se tiene que si para el Juzgador la tasación de la pena debería partir de los mínimos legales, la selección en ese caso de "la pena más grave" debió llevarles a preferir la de la falsedad cuyo mínimo estaba en los dos años, haciendo a continuación los incrementos por razón del concurso, en cuyo caso procedía referirse a los criterios indicados en el artículo 61, que trasladados de sus consideraciones implicaban el incremento de ese margen inferior en un año más, para alcanzar los tres (3) años de prisión.

Tal era el compromiso que ineludiblemente se tenía con el principio de legalidad, que como en ocasiones precedentes lo ha fijado ésta Sala, por remitir a un mandato de orden Constitucional (artículo 29), no puede resultar opuesto a otro de la misma estirpe (artículo 31 ibídem), siendo evidente que las regulaciones de la segunda norma han de tomar como presupuesto que la sanción inmodificable por el superior no puede ser sino la impuesta con guarda del principio de legalidad de la pena.

En consecuencia habrá de reformar la Corte la tasación de la sanción prevista para el caso que se analiza, tanto en lo atinente con la pena principal como con la accesoria, para fijarlas en las proporciones que han quedado enunciadas. En tal sentido se casará parcial y oficiosamente la sentencia.

Con fundamento en las razones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

PRIMERO: *Desestimar* las demandas de casación presentadas a nombre de los coacusados ALFONSO JIMENEZ GONZALEZ y NOHEMI GONZALEZ DE JIMENEZ, lo mismo que por el representante de la parte civil.

SEGUNDO: *Casar* parcial y oficiosamente el fallo impugnado para imponer a los acusados ALFONSO JIMENEZ GONZALEZ y NOHEMI GONZALEZ DE JIMENEZ como definitiva la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de diez mil ($10.000,oo), elevando a la misma duración la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, en calidad de autores de los delitos de falsedad material de particular en documento público y estafa agravada por la cuantía cometidos en concurso, por los cuales habían sido convocados a responder en esta causa, y

TERCERO: Dejar en firme en lo restante el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

AUTO CALIFICATORIO

Durante el trámite del proceso penal existen decisiones que contienen en sí mismas relevante importancia, y por ello la ley impone que deban estar precedidas de algunas condiciones específicas para su pronunciamiento. Es el caso de la providencia que califica el mérito del sumario, la cual como se sabe, no solo debe estar precedida de auto de sustanciación debidamente notificado, sino que también es necesario que hayan transcurrido los términos legales para que las partes presenten sus alegatos de conclusión y que el funcionario que disponga el cierre de investigación y en consecuencia la calificación del mérito del sumario, concurran todos los factores determinantes de la competencia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta número 143 de 14 de diciembre de 1994.

Vistos:

Un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, el once (11) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), condenó a PEDRO JULIO ROMERO CONSTANTE y 'OTROS', a la pena principal de OCHO (8) AÑOS DE PRISIÓN y a las accesorias de ley, como autores responsables del delito de 'SECUESTRO EXTORSIVO', en la persona de Edelmira Bonilla Ramírez. Allí mismo se dispuso la cesación de procedimiento dada la operancia del fenómeno jurídico de la prescripción, en favor de los mismos implicados, por el delito de 'HURTO', ilícito este por el que también habían sido convocados en juicio criminal. Pues bien, contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación, el cual fue decidido por

el Tribunal Nacional, el veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y tres, confirmando aquella, con la modificación de que se fijó como pena principal para los procesados ROMERO CONSTANTE, ARZUAGA, ORTEGA, MARTINEZ y ZULETA la de SIETE (7) AÑOS DE PRISION, y OCHO (8) AÑOS, para NAVARRO y GARCIA, quedando "en las mismas proporciones la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas".

El defensor de PEDRO JULIO ROMERO CONSTANTE interpuso entonces recurso de CASACION, el mismo que le fue CONCEDIDO por el Tribunal Nacional el veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993). La correspondiente demanda fue presentada en tiempo oportuno y, en sede de la Corte, se la declaró AJUSTADA a las formalidades de ley (artículo 225 del C. de P. Penal) el 12 de noviembre del mismo multicitado año.

De los hechos y de la actuación procesal:

Sobre unos y otra consignó el Tribunal Nacional:

"Notician los autos que en el anochecer del ya lejano veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y uno, varios individuos que se movilizaban en un vehículo campero 'NISSAN', con tránsito libre, irrumpieron armados en la residencia de la señora Edelmira Bonilla Ramírez, ubicada en la carrera 18 No. 1-16 de esta capital, aduciendo que iban a efectuar un allanamiento ya que eran miembros de uno de los organismos de seguridad del Estado, razón por la cual procedieron a requisar el inmueble, de donde se hurtaron la suma de ochenta y tres mil pesos en efectivo y objetos de escaso valor, para luego llevarse consigo a la referida dama a un sitio aledaño a la Quinta de Bolívar, exigiendo telefónicamente a sus familiares la entrega de dinero para no mantenerla retenida. Fue así como esa misma noche una de las hermanas de la víctima, María Esther, entregó quince mil pesos a los delicuentes, con la promesa de darles al día siguiente, en la carrera 10a, con calle 22, la cantidad faltante para completar la suma de cien mil pesos, por la cual dejaron en libertad a la secuestrada. Comoquiera que las autoridades fueron alertadas sobre tales sucesos, al día siguiente se montó un operativo en el referido sector de esta capital, que culminó con la inicial aprehensión del sujeto

RAFAEL JOAQUIN MARTINEZ PALACIOS, quien suministró la información necesaria para la captura de los individuos PEDRO JULIO ROMERO CONSTANTE, FARID ALFONSO ARZUAGA NASSER, RAFAEL ORTEGA RUIZ, JAIRO ENRIQUE NAVARRO MENDOZA y HENRY ORLANDO GARCIA SANCHEZ, estos dos últimos adscritos al Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.), lográndose también el decomiso del automotor utilizado en los precitados sucesos. Dichos sindicados fueron vinculados al proceso mediante recepción de indagatoria, y posteriormente se hizo lo propio mediante declaratoria de reo ausente con CARLOS ZULETA MOLINARES, señalado como el conductor del referido vehículo.

"...En razón a que inicialmente los acontecimientos antes referidos fueron catalogados como constitutivos del delito de EXTORSION, cuya competencia estaba asignada en esa época a la justicia penal miliar, las diligencias que daban cuenta de captura de los implicados fueron conocidas por el COMANDO DE LA BRIGADA DE INSTITUTOS MILITARES DEL EJERCITO NACIONAL, despacho que abocó el conocimiento de las mismas y comisionó al entonces Juzgado 59 de Instrucción Criminal radicado en esta ciudad para que iniciara la correspondiente investigación, dictándose el auto cabeza de proceso el día 27 de febrero de 1981, como consta a folio 22 del cuaderno principal No. 1.

"Luego de ser oídos en indagatoria los seis aprehendidos, el referido funcionario instructor les definió la situación jurídica mediante providencia fechada el 5 de marzo de 1981 (fl. 115 ib.), afectando con DETENCION PRECAUTELATIVA a los sindicados ROMERO, NAVARRO, GARCIA; ARZUAGA y MARTINEZ, por los delitos de SECUESTRO, HURTO y VIOLACION DE HABITACION AJENA, y absteniéndose de hacerlo respecto a ORTEGA, quien fue dejado en libertad. Posteriormente, en decisión del 18 de marzo del mismo año (fl. 220 ib.), se suspendió la ejecución de la medida detentiva proferida en contra de ARZUAGA NASSER, quien por su condición de empleado de la Cámara de Representantes obtuvo también la excarcelación.

"En decisión un tanto apresurada y carente de mayor valoración jurídica, por lo incipiente de la instrucción en ese momento, el Comando de la Brigada de Institutos Militares, CESO PROCEDIMIENTO en favor

de los seis sindicados antes mencionados, en proveído del 7 de junio de 1982 (fl. 443 ib), quedando así en libertad los restantes procesados.

"Por fortuna dicha determinación fue consultada con la Sala Penal del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTAFE DE BOGOTA (el 20 de junio de 1982, el Gobierno Nacional, declaró restablecido el orden público y levantó el estado de sitio en todo el territorio nacional) que en providencia de noviembre 25 de 1982 (fl. 495 ib) la REVOCO, para en su lugar ordenar que prosiguiera la fase investigativa por parte del JUEZ PENAL DEL CIRCUITO, REPARTO, funcionario competente en ese entonces para conocer del proceso.

"Habiendo correspondido el diligenciamiento al JUZGADO 27 PENAL DEL CIRCUITO de esta capital, por auto de marzo 17 de 1983 (fl. 464 ib) declaró la NULIDAD de lo actuado, por no haber sido vinculado legalmente a la investigación el encartado CARLOS ALBERTO ZULETA. Y después de casi dos años de inactividad procesal, el 5 de febrero de 1985, se dispuso la remisión del expediente al reparto de los JUZGADOS PENALES MUNICIPALES, con fundamento en la LEY 55 DE 1985 (fl. 516 ib), argumentando el funcionario de turno que tales despachos eran los competentes al procederse por punible contra el patrimonio económico en cuantía inferior a $300.000.oo, olvidando que el delito principal atribuído a los sindicados es el de SECUESTRO EXTORSIVO. Sin embargo, el Juzgado 10o. Penal Municipal de Bogotá, abocó el conocimiento del proceso, declaró reo ausente a ZULETA y clausuro la fase investigativa mediante auto del 28 de marzo de 1985 (fl. 525 ib.), para ordenar nuevamente el RETORNO de las diligencias al JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO, por ser de su competencia el referido reato atentatorio de la libertad individual.

"Siguiendo esta secuencia de las principales actuaciones procesales, encontramos el AUTO CALIFICATORIO del mérito del sumario a folio 534 del cuaderno principal No. 1, fechado el 17 de enero de 1986, es decir, 10 meses después de haberse cerrado la etapa instructiva, mediante el cual el JUZGADO 27 PENAL DEL CIRCUITO de esta ciudad hizo LLAMAMIENTO A JUICIO en contra de ROMERO CONSTANTE, NAVARRO MENDOZA, ARZUAGA NASSER y MARTINEZ PALACIOS, por los delitos de SECUESTRO y HURTO, disponiendo la captura de los

mismos, como también SOBRESEYO TEMPORALMENTE a GARCIA SANCHEZ, ORTEGA RUIZ y ZULETA, ordenando la reapertura de la investigación respecto a estos tres implicados. Al ser objeto de impugnación dicho calificatorio, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de agosto 6 de 1986 (fl. 13, cdno. No. 1 de la actuación cumplida en esa Corporación), REVOCO LOS SOBRESEIMIENTOS TEMPORALES y, en su lugar, residenció también en juicio criminal a GARCIA, ORTEGA y ZULETA, por los referidos punibles. *AQUI ES IMPORTANTE PRECISAR QUE EL AUTO DE PROCEDER EN MENCION COBRO EJECUTORIA HASTA EL DIA 10 DE DICIEMBRE DE 1987,* como consta al folio 86 ibídem, esto es, dieciséis meses después de proferido el auto de segunda instancia, en una muestra más de la ausencia de diligenciamiento y eficacia que ha caracterizado la tramitación de este asunto, comprobándose tal aserto en el hecho de haberse emitido el fallo a los DOCE (12) AÑOS de la ocurrencia de los sucesos que originaron este proceso.

"El expediente retornó al Juzgado el origen en el mes de febrero de 1988, despacho que en lugar de dar comienzo a la etapa de juicio, decidió promover un CONFLICTO DE COMPETENCIA con uno de los Juzgados Superiores de esta capital, colisión que fue dirimida por el Tribunal Superior de Bogotá en auto de marzo 24 de dicha anualidad (fl. 4 cdno. 2 esa Corporación), señalando que el FUNCIONARIO COMPETENTE era el JUEZ 27, cuyos planteamientos para dejar de conocer de este caso carecían de fundamento jurídico que mereciera ser atendido. LA FASE DE JUZGAMIENTO finalmente se inició el 19 de abril de 1988, fecha en la que el JUZGADO 27 PENAL DEL CIRCUITO abrió el juicio a pruebas (fl. 596 cdno. principal No. 1). *PASANDO EL PROCESO POR COMPETENCIA A LA ANTERIOMENTE DENOMINADA JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO,* cuando este Tribunal en proveído de abril 26 de 1991 (fl. 4 cdno. respectivo), confirmó la negativa del Juez 27 a decretar una NULIDAD solicitada por la defensora de uno de los procesados: Luego, uno de los extinguidos JUECES DE CONOCIMIENTO DE ORDEN PUBLICO radicados en esta ciudad, ABOCO EL CONOCIMIENTO DE LA CAUSA Y *CITO PARA SENTENCIA* (fl. 2 cdno. pcpal. No. 3), pronunciamiento que solamente vino a emitirse el pasado once de marzo, es decir, diecisiete meses después de la mencionada decisión, demora originada en la falta de presteza en la designación y posesión de

los defensores de oficio de los procesados, al igual en la notificación de dicho auto a los respectivos profesionales del derecho...". Vinieron luego, las sentencias de primera y de segunda instancia, a las que ya se hizo concreta referencia.

De la demanda:

Con fundamento en la causal tercera de casación (Art. 220 del C. de P. Penal) se ataca la sentencia del Tribunal Nacional que condenara a PEDRO JULIO ROMERO CONSTANTE y 'OTROS' por el delito de 'SECUESTRO EXTORSIVO' y comoquiera que obran 'irregularidades sustanciales que afectaron el DEBIDO PROCESO' (art. 304, numeral 2o. ibídem).

Y, el cargo único que se imputa al fallo se hace consistir en que no obstante haber tenido ocurrencia los hechos en el mes de febrero de mil novecientos ochenta y uno (1981), por auto de octubre once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991), la entonces Jurisdicción de Orden Público, abocó el conocimiento del presente proceso, tramitándose la etapa del juicio de conformidad con lo estatuído y reglamentado por el *artículo 46 del Decreto Extraordinario 2790 de noviembre 20 de 1990,* ya que el citado auto recoge exactamente el texto del artículo 46 de la norma precitada, que es del siguiente tenor: 'Vencido el término probatorio se citará para sentencia dejándose el expediente a disposición de los sujetos procesales y de la parte civil en Secretaría por el término de ocho (8) días a fin de que presenten sus alegatos de conclusión. Vencido éste, el Juez tendrá quince (15) días para dictar sentencia'. Significa lo anterior que a partir de este momento procesal se dejó de tramitar el juicio público ya que no se hizo concurrir al procesado detenido a la celebración de la Audiencia para ser interrogado por última vez sobre los hechos constitutivos del punible, para que diera las explicaciones conducentes a su defensa", negándose también la oportunidad de intervención a los demás sujetos procesales.

Fue la APLICACION RETROACTIVA del citado artículo 46 del Decreto 2790, lo que hizo más gravosa la situación para el procesado, "en cuanto el ejercicio del derecho de defensa", vulnerándose así el artículo 29 de la Carta, que, precisamente, se transcribe. "...La audiencia pública debió realizarse conforme al mandato constitucional citado y observando la ritualidad procesal contenida en el Decreto 409 de 1971,

por constituir normas de procedimiento preexistentes favorables para la defensa del procesado". Cita en apoyo de su planteamiento la siguiente jurisprudencia: "...En consecuencia, si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confrontado con la ley nueva, resulta menos gravoso para el procesado, en cuanto concierne el derecho de defensa, por mandato de la Constitución y de la ley debe aplicarse la norma preexistente. La aplicación de la ley restrictiva o desfavorable configura, por tanto, una NULIDAD SUPRELEGAL". (Corte Suprema de Justicia, Cas. Penal, julio 7 de 1961, G.J., t. XCVI, núm. 2242-2244, p. 453). También el demandante transcribe apartes de otra determinación de la CORTE, en el sentido de que el principio de la no retroactividad de la ley desfavorable al procesado, "es uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado ...que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa...".

Se acusa también como vulnerado el artículo 93 de la Constitución Política que ordena la prevalencia de los Tratados y Convenios Internacionales en materia de DERECHOS HUMANOS y que prohibe su limitación aun en estados de excepción. Y se transgredió porque no se observaron a partir del señalado auto de octubre 11/91 las garantías procesales establecidas en el artículo 14 de la Ley 74 de 1968, aprobatoria de los Pactos Internacionales aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidos en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, como tampoco las garantizadoras contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrito en esa ciudad el 22 de noviembre de 1969 y aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 16 de 1972. Pues estos Tratados Públicos garantizadores de los Derechos Humanos también establecen el juicio público como garantía a favor del procesado para el ejercicio del derecho de defensa. Pues el artículo 14 de la Ley 74 de 1968 establece en el numeral 3o. lo siguiente: 'Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección'.

"El numeral 1o. de la citada norma establece: '...Toda persona tendrá *derecho a ser oída públicamente*... en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...'.

"Por su parte el artículo 8o. : Garantías Judiciales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), en el numeral 1o. establece: 'Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente...'. Y en el literal d) del numeral 2o. ibídem, establece: 'Derecho al inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección'...".

En sentir del casacionista todas estas garantías se violaron, incurriéndose así en una "nulidad constitucional y supralegal", demandando en consecuencia que la CORTE declare la NULIDAD a partir del multireferido auto de octubre 11 de 1991.

Consideraciones de la Corte:

La Sala considera imperativo abstenerse de efectuar pronunciamiento alguno acerca de la demanda presentada por el defensor del sentenciado ROMERO CONSTANTE y las consideraciones hechas por el Ministerio Público, comoquiera que del estudio completo de la actuación procesal surtida, se evidencia el desconocimiento en materia sustancial de las ritualidades previstas en la ley, lo que se configura como causal de nulidad al tenor de lo normado en el artículo 304 numeral 1o. del Código de Procedimiento Penal; la actuación viciada cobija etapas anteriores a la aludida por el libelista, esto es, llega hasta la fase del sumario.

Los hechos por los cuales se adelantó el proceso en estudio, fueron inicialmente catalogados como constitutivos de los delitos de hurto, violación de habitación ajena y secuestro, cuyo conocimiento fue atribuido a la justicia penal militar. Empero el Tribunal Superior de Distrito, una vez levantado el estado de sitio y, luego de surtido el trámite de rigor, la desatar una consulta del auto de cesación de procedimiento que se había proferido en primera instancia, no solo revocó la decisión sino que determinó continuara con la instrucción un Juzgado Penal del Circuito, por ser el competente, en esa época, para conocer del caso.

El Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito, a quien correspondió por reparto el trámite de las diligencias, decidió declarar la nulidad de lo actuado, incluido su propio cierre de investigación por no haberse

vinculado a ella el encartado Carlos Alberto Zuleta, determinación que resultaba excesiva y rigorista si se atiende a que bien podían haberse expedido copias para la vinculación e instrucción de los cargos que aparecían contra este sujeto, sin necesidad de sacrificar el desarrollo normal del proceso.

Pasado algún tiempo, según se reseño en el acápite de la actuación procesal de éste pronunciamiento, el mencionado Despacho Judicial dispuso la remisión del expediente al reparto de los Juzgados Penales Municipales, pues consideró que no era el competente para conocer del proceso con base en la ley 55 de 1985, al creer que se trataba de un punible contra el patrimonio económico en cuantía inferior a Trescientos Mil Pesos ($300.000.oo),

Fue así como el proceso llegó a manos del Juzgado Décimo (10) Penal Municipal, el cual abocó su conocimiento, al tiempo que declaró reo ausente a Carlos Alberto Zuleta y *cerró la investigación*, ordenando el traslado respectivo a los sujetos procesales para que alegaran de conclusión, actuación ésta que se surtió en auto del veintiocho (28) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Luego, el veintinueve (29) de octubre de esa anualidad, el Despacho en cuestión consideró que como se trataba del delito de secuestro extorsibo, su conocimiento correspondía a los Juzgados Penales del Circuito, a donde ordenó se remitieran nuevamente las diligencias por competencia, en el estado en que se encontraban.

Por su parte, dicho Juzgado, al recibir las diligencias, procedió a nombrar defensor de oficio para uno de los procesados y acto seguido calificó el mérito del sumario, en providencia del diecisiete (17) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986), con los resultados ya conocidos.

Es aquí donde se presenta la actuación viciada de nulidad, habida cuenta que el cierre de investigación fue ordenado por el Juzgado 10o. Penal Municipal, despacho que carecía de competencia para hacerlo, y no obstante, ello el Juzado Veintisiete (27) Penal del Circuito, con base en ese pronunciamiento, calificó el mérito del sumario, luego de lo cual se siguieron realizando las demás diligencias de carácter procesal, según quedó señalado.

Un vicio de tal naturaleza indudablemente constituye el incumplimiento de los mandatos que consagran las formalidades garantistas, comoquiera que se realizaron actos causa sin el estricto cumplimiento de las normas de competencia que, en el proceso penal, deben ser observadas por el Juez como su supremo director, a fin de que no se atente contra la estructura del debido proceso.

En efecto, durante el trámite del proceso penal existen decisiones que contienen en sí mimas relevante importancia, y por ello la ley impone que deban estar precedidas de algunas condiciones específicas para su pronunciamiento. Es el caso de la providencia que califica el mérito del sumario, la cual como se sabe, no solo debe estar precedida de auto de sustanciación debidamente notificado, sino que también es necesario que hayan transcurrido los términos legales para que las partes presenten sus alegatos de conclusión y que en el funcionario que disponga el cierre de investigación y en consecuencia la calificación del mérito del sumario, concurran todos los factores determinantes de la competencia.

Tratándose entonces de una irregularidad que afecta la estructura del proceso en forma trascendente, comoquiera que en el cierre de investigación se fundamenta la calificación del mérito del sumario, el que no se puede construir sobre la base de actuaciones defectuosas, ha de declararse oficiosamente la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha marzo veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cinco, etapa desde la cual se repondrá la actuación.

Lo anterior trae como consecuencia que el procesado PEDRO JULIO ROMERO CONSTANTE, quien se encuentra detenido desde el seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y dos 1992) en la Cárcel de Picaleña (Tolima) se haga merecedor al beneficio de libertad provisional de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 415 numeral 4o del Código de Procedimiento Penal, el cual será garantizado mediante caución prendaria por trescientos mil pesos, suma que deberá consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Popular y suscribirá la correspondiente diligencia de compromiso.

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

Resuelve:

Primero *casar* la sentencia de impugnación y decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto de veintiocho (28) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) por medio del cual el Juzgado Décimo (10) Penal Municipal decretó el cierre de investigación.

Para tal efecto, las diligencias deberán regresar al despacho de origen para que de allí sean enviadas al fiscal regional competente quien deberá reponer la actuación viciada de nulidad.

Segundo: *conceder* la libertad provisional al procesado PEDRO JULIO ROMERO CONSTANTE quien deberá prestar caución y suscribir diligencia de compromiso, en la forma establecida en el cuerpo de éste proveído.

Tercero: *comisionar* al Juez Penal del Circuito (Reparto) de Ibagué - Tolima, para que una vez prestada la caución y suscrita la diligencia de compromiso en su despacho, expida la correspondiente orden de libertad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (con aclaración de voto), *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Al iniciar esta nota, que es de aclaración y no de salvamento para no disentir de lo legalista, debo aceptar expresamente que la decisión de la Sala está ajustada tanto al texto de la ley, en cuanto ésta dispone (art. 304.1 D. de P.P.) que la falta de competencia del funcionario judicial es causal de nulidad, como a la tradición procesal colombiana, que ha exaltado hasta la minucia principios básicos de indiscutida importancia como el del juez natural, que así mismo tiene fundamento legal y, en lo trascendente, constitucional.

Pero mi carácter pragmático, de mayor apego al fondo que a la forma, se resiente cuando un juicio penal que ya contaba con sentencia en ambas instancias, anhelada culminación sólo obtenida en minoría de procesos, en anulado y regresado al estado sumarial en que se encontraba casi diez años atrás, porque un juez penal municipal, sintiéndose competente por su sana convicción inicial y porque así se lo habían señalado jerárquicamente, cerró la investigación –actuación de simple trámite– y luego de surtir el traslado para que se alegara de conclusión, "consideró que como se trataba del delito de secuestro extorsivo, su conocimiento correspondía a los Juzgados Penales del Circuito, a donde ordenó se remitieran nuevamente las diligencias por competencia" (p.13 de la providencia sobre la cual se aclara el voto).

El del Circuito, sin volver a cerrar lo que ya estaba cerrado por quien se tenía en su momento como competente, calificó el mérito del sumario, siendo "aquí donde se presenta la actuación viciada de nulidad ..., comoquiera que se realizaron actos causa sin el estricto cumplimiento de las normas de competencia..." (pl. 14 ib).

En consecuencia, esta Sala decretó oficiosamente la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha marzo 28 de 1985, por tratarse "de una irregularidad que afecta la estructura del proceso en forma trascendente, comoquiera que en el cierre de investigación se fundamenta la calificación

del mérito del sumario, que no se puede construir sobre la base de actuaciones defectuosas..." (b. 15 ib).

Frente a esta decisión, cabe aclarar lo siguiente:

1. La ley, específicamente en el artículo 308 C. de P.P. para el caso que se analiza, ha establecido una serie de "principios que orienten la declaratoria de las nulidades su convalidación", entre las cuales es pertinente resaltar:

> *"No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa". (art. 308.1 C. de P.P.).*

La finalidad del acto –declarar cerrada la investigación mediante providencia que es de mera sustanciación– se cumplió a cabalidad, puesto que el proceso siguió su curso hasta arribar a las sentencias de instancia.

De otra parte, el derecho de defensa no sufrió mengua alguna y los sujetos procesales mantuvieron intactas sus facultades, entre ellas las de recurrir contra el propio cierre de la investigación, la calificación y las providencias posteriores que lo ameritaran, e impetrar las nulidades a que hubiera lugar, demostrando si la irregularidad era sustancial y si afectaba garantías de los intervinientes o desconocía las bases fundamentales del proceso (art. 308.2 C. de P.P.).

Si no actuaron en consecuencia fue porque no hallaron irregularidad significativa en el origen de la providencia de cierre que, se repite, no es sustancial sino de simple trámite, establecida con la única finalidad de dar curso a la actuación.

Siendo inverosímil que si en realidad se hubiese transgredido un derecho sustancial, pasaren casi diez años sin que alguno de los supuestos agredidos en su defensa lo notara, ni el Juez de la causa, ni los Magistrados del Tribunal Nacional, ni algún representante del Ministerio Público, habrá de concluirse que ningún derecho fue menoscabado y que el acto irregular se convalidó con la calificación, esta sí decisión crucial, tomada por el

competente, refrendada con las notificaciones y supeditada a los recursos de ley.

2. Observando lo anterior, debe destacarse que la doctrina universal pregona que no hay nulidad sin perjuicio. "En virtud del carácter no formalista del derecho procesal moderno, se ha establecido que para que exista nulidad no basta la sola infracción a la forma, si no se produce un perjuicio a la parte. La nulidad, mas que satisfacer pruritos formales, tiene por objeto evitar la violación a las garantías en juicio... Es por esta razón por la que algunos derechos positivos modernos establecen el principio de que el acto con vicios de forma es válido, si alcanza los fines propuestos..." (Enrique Véscovi, "Teoría General del Proceso", De. Temis, Bogotá, 1984, p.304).

Como se ve, esos conceptos ya no son ajenos al derecho procesal penal colombiano, que guiado además por la primacía del derecho sustancial, debe regularse en procura de la efectividad de éste. De la misma manera, sus ejecutores han de comprender que el procedimiento no es la meta final, sino el simple mecanismo para alcanzarla.

3. Las nulidades sólo pueden decretarse por excepción y no es cualquier irregularidad la que ha de terminarlas, sino una sustancial e insubsanable, que haya perjudicado severamente el interés legítimo de algún sujeto procesal o el del Estado, que no pueda restablecer de otra manera.

4. El respecto a la verdadera meta del proceso, constituída por la eficaz, justa, pronta y firme aplicación de la normatividad substantiva, impone flexibilidad en el establecimiento de las nulidades:

> "...si efectivamente queremos ser congruentes con los hechos, debemos adoptar un criterio flexible y abierto que nos conduzca a declarar, más que una inexistencia o nulidad del acto, una ineficacia de características relativas que tenga un amplio margen de juego según las consecuencias específicamente producidas o no por el acto afectado.
>
> De este modo, podremos primero analizar en forma totalmente libre cuáles son las características especiales de un

> determinado acto irregular y, sin prejuzgar sobre la sanción resultante, observar el despliegue de sus defectos en el ámbito del derecho para decidir entonces sobre el grado de ineficacia que lo afecta. El punto de partida es pues necesariamente inverso: atiende mejor a la producción de efectos y no a un rígido esquema de causas, o de delimitación personal de impugnaciones, posibilidades de convalidación.
>
> Bajo este punto de vista, la ineficacia puede entonces apreciarse directamente y en forma objetiva en tanto exista una producción anormal de efectos en el acto cuestionado, y la medida de esta anormalidad es la que regirá nuestro criterio para decidir su clasificación". (Rene Japiot, citado por José Antonio Márquez Gonzalez, "Teoría General de las Nulidades", Ed. Porrúa, México, 1992, ps. 62 y 63).

Sin entrar en polémica sobre en qué medida esta doctrina sea aplicable al aspecto eminentemente procesal que es objeto de la presente aclaración, no cabe duda de que la irregularidad de no rehacer el cierre de la investigación efectuado por quien después se reconoció incompetente, ningún efecto malévolo produjo, ni conculcó algún derecho, ni perjuicio alguno causó, a tal punto que la evolución procesal habría sido idéntica si el Juez del Circuito anula la clausura dispuesta por quien había sobrevenido incompetente y procede a cerrar de nuevo por sí mismo.

Que haya omitido actuar en tal forma puede ser censurable pero no catastrófico, pues el funcionario que cerró si tenía investidura jurisdiccional, actuó con propiedad pues en ese momento detentaba la competencia, que además le había sido adjudicada por el superior jerárquico y, se repite, no vulneró el derecho de defensa ni ocasionó perjuicio alguno.

Para concluir, la decisión de tomar una incompetencia circunstancial e inane –no estaba sentenciado, ni calificando la investigación, ni tan siquiera profiriendo una determinación interlocutoria–, como base para anular un juicio que había sorteado durante años las vicisitudes de la inestabilidad legislativa y por fin culminaba para bien de la justicia, constituye en mi respetuoso sentir otro triunfo del culto a las apariencias

formales por encima del verdadero derecho sustancial y en contra de su efectividad que, contrario a lo decidido, debe prevalecer por expreso mandato superior, artículo 228 de la Constitución y como finalidad del procedimiento, establecido con la fuerza de norma rectora por el 9o. del Código de Procedimiento Penal.

Dejo de esta manera aclarado mi voto y delineados los rudimientos de lo que será una lucha constante, que por supuesto no pretende que la competencia deje de constituir el factor fundamental que es en todo adecuado procedimiento, sino hacer subsanable la irregularidad en la actuación, en este caso sustanciadora, de quien legalmente investido de jurisdicción, actúa de buena fe y de acuerdo con lo que debía hacerse, en un momento procesal en el cual el estado de las diligencias le indicaba razonablemente que sí tenía competencia, aun cuando la evolución posterior determinase lo contrario.

NILSON PINILLA PINILLA.

Fecha Ut supra.

VIOLACION AL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

El solo hecho de ostentar la investidura de congresista y de pertenecer simultáneamente a un movimiento de carácter político y ser uno de sus directivos, no adecua el comportamiento a la incompatibilidad que establece el numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución Nacional, pues la ley 5a. de 1992 que reglamentó el postulado constitucional, en el numeral 9o. del artículo 283, autoriza a los miembros del Congreso Nacional para participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley.

La misma ley 5a. de 1992 contempla en el artículo 281 que por incompatibilidades se debe entender todos aquellos actos que no pueden realizar o ejecutar los congresistas durante el período del ejercicio de la función; normatividad que se encuentra vigente y que no riñe con el postulado constitucional, pues la Corte Constitucional al realizar el control constitucional la encontró ajustada a la Carta Política en pronunciamiento que lleva fecha del 4 de febrero de 1993.

Tampoco se debe olvidar que la actividad legislativa es eminentemente política, pues sus integrantes como representantes, en el Congreso de sus electores están para hacer las leyes de acuerdo a las circunstancias sociales, económicas y políticas de la comunidad que representan, y conforme a los soportes ideológicos de la agrupación a que pertenecen.

Entendidas así las cosas, los Congresistas pueden pertenecer en calidad de directivos de partidos o movimientos políticos que tengan personería jurídica de acuerdo con la ley; y el Partido Liberal Colombiano se le reconoció mediante resolución número 4 del 28 de enero de 1986, emanada del Consejo Nacional Electoral, la cual se encuentra vigente.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 143.

Vistos:

Con base en las pruebas allegadas en la etapa de indagación preminar, decidirá la Sala si procede o no la apertura de investigación penal contra los congresistas PIEDAD CORDOBA DE CASTRO, YOLIMA ESPINOSA, JUAN GUILLERMO ANGEL y ALVARO BENEDETTI VARGAS, denunciados por varios delitos.

El abogado Jaime Rafael Pedraza presentó denuncia contra los congresistas anteriormente señalados, por cuanto en su criterio vulneraron varios preceptos constitucionales al expedir y firmar la resolución número 26 del 18 de agosto de 1994 "en su calidad de PRESIDENTE Y DIRECTORES ADJUNTOS DE LA DIRECCION LIBERAL NACIONAL".

Estima el denunciante que los imputados cometieron los delitos de abuso de función pública, violación de los derechos políticos y prevaricato en sus dos modalidades.

Advierte el doctor Pedraza que los congresistas son elegidos para legislar y no para inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos de otras autoridades como es el Partido Liberal Colombiano que es una organización o sociedad de derecho privado.

Considera que el numeral 1 del artículo 180 de la Constitucional Nacional prohibe a los miembros del Congreso desempeñar cargo de derecho privado y por ello, el senador Juan Guillermo Angel no puede firmar resoluciones a nombre de una sociedad de derecho privado "que contenga NORMAS ESTATUTARIAS violando los artículos 152 y 153 de la C.N., y además CONTRAVINIENDO los artículos 40-1 y 108 de la Constitución y el art. 9 de la Ley 130 de 1994, EXIGIENDO REQUISITOS A LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLITICOS PARA INSCRIBIR CANDIDATOS. Esto

demuestra SU DOBLE CARGO: PRIVADO como presidente de la D.L.N., y PUBLICO como presidente del CONGRESO y/o del SENADO, lo cual es un PREVARICATO y una clara violación de los artículos 121, 136-1, 180 y 183-1 de la Constitución, y AMERITA no solamente sanciones penales sino LA PERDIDA INMEDIATA DE SU INVESTIDURA Y TAMBIEN LA DE LOS OTROS TRES CONGRESISTAS QUE FIRMARON LA RESOLUCION No. 26 en mención".

Se acreditó la calidad de Congresista de los imputados con certificaciones expedidas por el Secretario del Senado, de la Cámara de Representantes y de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la que informan que actualmente éstos forman parte de la Rama Legislativa del poder público.

Igualmente se incorporaron a la actuación las resoluciones números 25 y 26 del 18 de agosto de 1994 emanadas de la Dirección Nacional del Partido Liberal Colombiano, y la número 4 de enero 28 de 1986 expedida por el Consejo Nacional Electoral, en donde se le otorgó personería jurídica a la precitada agrupación política.

Se escuchó en diligencia de ampliación de denuncia al doctor Jaime Rafael Pedraza y en testimonio a Hildebrando Ortíz Lozano, quienes reiteran las acusaciones que pesan contra los imputados.

Se allegaron igualmente las resoluciones números 237, 238 y 271 del Consejo Nacional Electoral.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 327 del Código de Procedimiento Penal contempla como requisitos para inhibirse de abrir la respectiva instrucción cuando el funcionario judicial advierta que el hecho no ha existido, o que la conducta es atípica, o que la acción penal no puede iniciarse o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o culpabilidad.

Ahora bien, los cargos que se le hacen a lo imputados consisten en que a ellos como miembros de la rama legislativa del poder público no les está permitido pertenecer a una organización o sociedad de derecho privado y sin embargo, los doctores Juan Guillermo Angel, Piedad

Córdoba de Castro, Alvaro Benedetti y Yolima Espinosa Vera ostentan la calidad de presidente y directores adjuntos de una colectividad eminentemente privada como es el Partido Liberal Colombiano.

Igualmente considera el denunciante que los imputados le impidieron participar en las elecciones del mes de octubre pasado, como candidato al Concejo de Santafé de Bogotá, al exigírsele que debía prestar caución, suscribir un pagaré y apoyar otras dos candidaturas, por lo que han cometido los delitos de abuso de función pública, violación de los derechos políticos y prevaricato en sus dos posibilidades.

Las normas constitucionales que el denunciante estima como vulneradas por los encartados son: el artículo 6, 108, 121, 136, 149, 152, 153, 180, 183. Igualmente considera como infringido el artículo 9 de la ley 130 de 1994.

Empero, revisada la normatividad que se denuncia como vulnerada por los imputados se concluye que los cargos que le formulan a los doctores Juan Guillermo Angel, Piedad Córdoba de Castro, Yolima Espinosa Vera y Alvaro Benedetti, no tienen la connotación jurídica que se les pretende dar y por ende, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se inhibirá de abrir la respectiva instrucción penal contra los precitados congresistas.

En efecto, el solo hecho de ostentar la investidura de congresista y de pertenecer simultáneamente a un movimiento de carácter político y ser uno de sus directivos, no adecua el comportamiento a la incompatibilidad que establece el numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución Nacional, pues la ley 5a. de 1992 que reglamentó el postulado constitucional, en el numeral 9o. del artículo 283, autoriza a los miembros del Congreso Nacional para participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley.

La misma ley 5a. de 1992 contempla en el artículo 281 que por incompatibilidades se debe entender todos aquellos actos que no pueden realizar o ejecutar los congresistas durante el período de ejercicio de la función; normatividad que se encuentra vigente y que no riñe con el postulado

constitucional al realizar el control constitucional la encontró ajustada a la Carta Política en pronunciamiento que lleva fecha del 4 de febrero de 1993.

Tampoco se debe olvidar que la actividad legislativa es eminentemente política, pues sus integrantes como representantes en el Congreso de sus electores están para hacer las leyes de acuerdo a las circunstancias sociales, económicas y políticas de la comunidad que representan, y conforme a los soportes ideológicos de la agrupación a que pertenecen.

Entendidas así las cosas, los Congresistas pueden pertenecer en calidad de directivos de partidos o movimientos políticos que tengan personería jurídica de acuerdo con la ley; y al Partido Liberal Colombiano se le reconoció mediante resolución número 4 del 28 de enero de 1986, emanada del Consejo Nacional Electoral, la cual se encuentra vigente.

Entonces, el principal cargo formulado contra los imputados de haber vulnerado el régimen de incompatibilidades y que los pronunciamientos que profirieron en calidad de miembros de la dirección liberal constituyen delitos, es inexistente conforme a lo anteriormente expuesto.

Ahora bien, respeto a los delitos de abuso de función pública, violación de los derechos políticos y el de prevaricato en sus dos modalidades que se dice cometieron los imputados, por cuanto al doctor Pedraza se le impidió participar en calidad de candidato del partido Liberal en la pasada contienda electoral, al habérsele exigido una caución, suscribir un pagaré y apoyar otras dos candidaturas con el fin de obtener el aval respectivo, tampoco se vislumbra que estos se estructuren en los hechos que son de conocimiento de la Corte.

Débese inicialmente decir que los congresistas imputados al proferir las resoluciones que se cuestionan lo hicieron en calidad de miembros del Partido Liberal Colombiano y con la finalidad de cumplir con la normatividad vigente que había proferido el Consejo Nacional Electoral en uso de sus facultades legales que le confirió la ley 130 de 1994, para las elecciones de Corporaciones públicas y alcaldías que se desarrollaron en el mes de octubre de éste año.

En efecto, el Consejo Nacional Electoral mediante resolución 237 de agosto 11 de 1994 dispuso:

"CONSIDERANDO

"Que el artículo 9o. de la ley 130 de 1994, establece que las asociaciones y grupos de ciudadanos que postulen candidatos a cargos de elección popular, deberán otorgar al momento de la inscripción una caución que garantice la seriedad de la candidatura.

"Que la Ley 130, igualmente, exige la presentación de un número de firmas para permitir la inscripción de los candidatos.

"RESUELVE:

"ARTICULO PRIMERO.- CAUCIONES.- PARA CANDIDATOS A CONCEJOS Y ALCALDIAS. las listas o candidatos a cargos de elección popular que se postulen sin el aval de partidos y movimientos políticos con personería jurídica, otorgaran al momento de su inscripción una póliza de seriedad así:

....."

Por su parte, la Dirección Nacional del Partido Liberal Colombiano por medio de la resolución número 26 del 18 de agosto de 1994 acogió tal disposición. Entonces, no fueron los congresistas denunciados quienes señalaron los requisitos que debían cumplir los aspirantes por el partido liberal a las elecciones de las corporaciones públicas y menos con el ánimo de perjudicar al denunciante, sino el organismo encargado para ello que señaló las condiciones a que tiene que someterse cualquier aspirante de conformidad a lo estatuído en el artículo 9o. de la Ley 130 de 1994.

Igualmente del caudal probatorio no se vislumbra que al denunciante se le hayan impedido participar en la contienda electoral por otra agrupación política distinta al Partido Liberal Colombiano. Lo que le molesta al denunciante es que se haya exigido por parte del Consejo Nacional Electoral unos requisitos de índole económico que tenían como finalidad que los aspirantes a las Corporaciones en disputa, otorgarán una póliza al momento

de la inscripción que garantizara la seriedad de la candidatura, la cual era de 150 salarios mínimos legales vigentes y que le fue imposible cumplir.

Las normas en que se fundamenta la denuncia y la interpretación que de ellas se hace, no tienen relación con los hechos denunciados, pues, en efecto, el artículo 114 de la Constitución Nacional señala que le corresponde al Congreso de la República "reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración". La denuncia formulada contra los cuatro congresistas no se refiere a que éstos hayan incumplido con los deberes y obligaciones que el cargo les impuso, sino la presunta incompatibilidad y la negativa de avalar un candidato sin el lleno de los requisitos de ley.

El artículo 121 recuerda que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que ha señalado la ley y la constitución, sobre esta preceptiva se le debe aclarar al denunciante que las resoluciones que expidieron los doctores Juan Guillermo Angel, Piedad Córdoba de Castro, Yolima Espinosa Vera y Alvaro Benedetti, lo hicieron como Presidente y Directores Adjuntos de la Dirección Nacional del Partido Liberal Colombiano y no como congresistas, para confirmar este aserto basta leer las motivaciones de los pronunciamientos cuestionados.

Situación parecida ocurre con las citas que se hace de los artículos 123, 127, 136-1, 136-5, 145, 149, 150, 152-c y 153, pues las normas se refieren a la participación democrática y de los partidos políticos; y a la actividad propia de la rama legislativa, es decir, cuando sus miembros se encuentren en ejercicio de las funciones de congresista.

De igual manera debe contestarse sobre la presunta violación al artículo 123 de la Constitución Nacional, pues el precepto se refiere a la función pública y quienes son servidores del Estado, situación que no se está discutiendo.

Extraña es la cita que se hace del artículo 127, al no tener ninguna referencia directa o indirecta con los hechos aquí debatidos, pues ésta textualmente reza así:

> Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno

con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales".

Situación parecida acontece con las citas que de los numerales 1 y 5 del artículo 136 se hizo, pues, como se ha dicho, la firma que de las resoluciones hicieron los congresistas denunciados fue a título de miembros de la Dirección Nacional del Partido Liberal Colombiano y no como pertenecientes a la rama legislativa.

Los hechos denunciados no tienen relación con los artículos 145 –Quórum Deliberatorio y Decisorio–, 150 –Funciones del Congreso– y 153 –Trámite de las leyes estatutarias– de la Constitución Nacional que cita el denunciante como vulnerados, pues ellos se refieren a las funciones de los miembros de la rama legislativa del poder público.

Vistas así las cosas, se impone por parte de la Sala dar aplicación al artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, ya que los hechos denunciados no constituyen infracción a la ley penal.

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

Resuelve:

1o. *Abstenerse* de iniciar instrucción penal contra los doctores Juan Guillermo Angel, Piedad Córdoba de Castro, Alvaro Benedetti y Yolima Espinosa, respecto de los hechos que dan cuenta las presentes diligencias de investigación previa, motivadas por denuncia presentada por el doctor Jaime Rafael Pedraza, por cuanto las conductas denunciadas no constituyen infracción a la ley penal.

2o. En firme esta decisión, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

Uno de los pilares del principio constitucional del debido proceso lo constituye el del juez natural, conforme al cual, es a él y privativamente a quien corresponde adoptar las determinaciones que competen dentro de cada proceso, de manera independiente y dentro de los límites de competencia que solo el legislador le puede atribuir, como en tal sentido emana de los artículos 29 de la Constitución y 1o. del Código de Procedimiento Penal, reglas cuya inobservancia generan las consecuencias inidicadas en el artículo 304.1 ibídem.

Sabido es que una ley sobreviniente modifica los factores determinantes en la atribución de competencia, sin que en este texto normativo aparezcan condicionamientos ni excepciones, la re-adjudicación funcional opera a partir de la vigencia del nuevo precepto, pues tal es la voluntad expresa que el legislador consagra respecto de las normas de procedimiento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado acta número

Vistos:

De plano dirime la Sala el conflicto negativo de competencia que enfrenta los Tribunales Nacional y Superior de Medellín para conocer del fallo de condena expedido el 14 de abril de 1994 por un Juzgado Regional de Medellín en contra de HUGO DE JESUS MUÑOZ y HERIBERTO CANO OSORIO.

Antecedentes:

El 10 de febrero de 1991 en un sector de la autopista Norte dentro de la jurisdicción del municipio antioqueño de Copacabana fueron capturados HERIBERTO CANO OSORIO y HUGO DE JESUS MUÑOZ atendiendo la denuncia formulada por la compañera del segundo de los nombrados sindicándolos de un delito de secuestro. En poder de los retenidos se halló una pistola semiautomática marca Browing, calibre 9 mm, con proveedor para 13 cartuchos y longitud del cañón de 4 y ½ pulgadas.

Después de ser oídos en indagatoria por un Juzgado de Instrucción de Orden Público, la situación jurídica de los aprehendidos se definió con medida de aseguramiento de detención preventiva, profieriéndose a la calificación del mérito sumarial resolución de acusación del 12 de julio de 1992 por los delitos de secuestro simple e infracción al Decreto 3664 de 1986, considerando entonces que el arma decomisada era de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Por cumplir en privación efectiva de la libertad un tiempo igual al que les correspondería como pena en caso de condena, el Juzgado Regional de conocimiento dispuso la libertad de los acusados, y mediante fallo del 14 de abril de 1994 les impuso la pena principal de veintiséis (26) meses de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, previendo para el caso en que la providencia no fuese apelada, su remisión para su consulta ante el Tribunal Nacional.

2. Llegada la actuación ante el *ad-quem*, produjo el Tribunal Nacional el auto de agosto 19 de 1994 mediante el cual se abstuvo de conocer de la consulta, argumentando que:

a). Si bien es cierto cuando se produjo la resolución de acusación se encontraba vigente el Decreto 3664 de 1986, que contemplaba como de uso privativo de las Fuerzas Armadas la pistola incautada, con posterioridad había modificado el legislador esa regulación mediante Decreto 2535 de diciembre 17 de 1993 artículos 8 y 11, catalogándola como de defensa personal, atendiendo su calibre inferior a los 9.652 mm.

b). Con la nueva adecuación típica opera por el principio del favor rei un cambio de competencia y la aplicación ultractiva de la normatividad más benigna aún cuando:

> "Queda claro que lo que se presenta es un típico evento de incompetencia sobreviniente que, por lo mismo debe producir sus efectos hacia el futuro dado el carácter absoluto, inmediato y obligatorio que ostentan las normas que exclusivamente distribuyen competencia entre los despachos judiciales a través de los cuales el Estado cumple 'la función pública' de administrar justicia.
>
> Resta señalar –se agrega–, que si bien por razón de la nueva adecuación típica que fue indispensable realizar por virtud de las disposiciones contenidas en el Decreto 2535 de 1993 y de la interpretación jurisprudencial a que antes se hizo referencia, pudiera presentarse vicio capaz de nulitar parte de la actuación cumplida, decisión sobre el particular no podrá ser adoptada por esta Corporación, pues ella es del resorte exclusivo del funcionario competente en cualquiera de las instancias. La anterior conclusión nuevamente tiene como aval una decisión de la H. Corte Suprema de Justicia que desde antaño precisó que cuando hay discrepancias sobre competenci, sólo puede adoptar determinaciones de la magnitud y trascendencia de la que viene de referirse (nulidad de la actuación total o parte de ella) el funcionario en quien quede radicada, no el que la discute".

Con base en lo anterior dispuso el envío del proceso al Tribunal Superior de Medellín, proponiéndole colisión negativa de competencia en caso de que sus argumentos no fueran aceptados.

3. El Tribunal Superior de Medellín mediante auto del 10 de noviembre de 1994 aceptó el conflicto, negándose a conocer del caso con el argumento de que si bien compartía lo expuesto en relación con la modificación de la adecuación típica a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2535 de 1993, ya que el arma motivo de juzgamiento desde entonces no se considera como de uno privativo militar sino de defensa personal –hechos que incide en los comportamientos que vulneraron o

pusieron en peligro el bien jurídicamente tutelado y por ende en provecho de los procesados–, no ocurría lo propio con los fundamentos de índole procesal.

Lo anterior porque si en su sentir el numeral 1o. del artículo 69 del Código de Procedimiento Penal adscribe al Tribunal Nacional el conocimiento en segunda instancia de los recursos de apelación y de hecho interpuestos contra las decisiones proferidas por los jueces regionales, es esa entidad la competente funcional para conocer de fondo o de forma sobre la sentencia consultada, y en su ejercicio debió decretar la nulidad para que una vez cumplidas las desanotaciones, el proceso se remitiera al Juez Penal del Circuito reparto de Medellín a fin de que dictara la sentencia.

Añade que el colisionante no consideró que los Tribunales Superiores carecen de competencia funcional para conocer del grado jurisdiccional de la consulta respecto de las decisiones proferidas por los Jueces del Circuito, como sí la tiene aquel con relación a las proferidas por los Juzgados Regionales, oportunidad dentro de la cual bien podía darle al asunto la dirección correcta para su trámite final.

Consideraciones de la Corte:

Tratándose de un conflicto de competencia en el cual aparecen involucrados dos Tribunales de la jurisdicción penal ordinaria, es competente la Corte para entrar a dirimirlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal.

Con esa mira comenzará la Sala por recordar que uno de los pilares del principio constitucional del debido proceso lo constituye el del Juez natural, conforme al cual, es a él y privativamente a quien corresponde adoptar las determinaciones que competen dentro de cada proceso, de manera independiente y dentro de los límites de competencia que solo el legislador le puede atribuir, como en tal sentido emana de los artículo 29 de la Constitución y 1o. del Código de Procedimiento Penal, reglas cuya inobservancia generan las consecuencias indicadas en el artículo 304.1 ibídem.

De acuerdo con el relato de lo sucedido y con la postura asumida por los colisionados, no se discute que a raíz del cambio normativo introducido

por el Decreto 2535 de 1993, es hoy a los jueces del Circuito y a los Tribunales Superiores de Distrito a quienes corresponde el conocimiento de cada uno de los dos delitos por los cuales avanza la actuación, pues la infracción que concedía el conocimiento a los juzgados regionales varió en razón de la nueva clasificación dada a las armas de fuego, incluyendo ahora dentro de las de defensa personal aquellas de características gemelas a la pistola incautada.

Sabido es que cuando una ley sobreviniente modifica los factores determinantes en la atribución de competencia, sin que en ese texto normativo aparezcan condicionamientos ni excepciones, la re-adjudicación funcional opera a partir de la vigencia del nuevo precepto, pues tal es la voluntad expresa que el legislador consagra respecto de las normas de prodecimiento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Lo anterior significa en el caso de la controversia, que los Juzgados Regionales perdieron la competencia que traían para el juzgamiento de conductas como la que en este asunto se relieva, y como consecuencia y desde ese instante la actuación debió adelantarse por los Juzgados del Circuito, sin que medien razones para intentar como se insinúa una singular prórroga de competencia, siendo reiterada la doctrina en afirmar que solo el funcionario competente lo es también para el decreto de la nulidad.

Claro aparece además, del caso examinado , que si es la naturaleza del hecho la que deslinda competencias , ninguna duda cabe (y ni en siquiera en ese aspecto los colisionados la proponen) en cuanto debe ser el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín quien haga el pronunciamiento de segunda instancia, pues a el le ha conferido el legislador ese trámite y decisión en los asuntos cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados del Circuito territorialmente adscritos.

Y se ha de subrayar en este aspecto que ningún apoyo a la Sala le merece la posibilidad que esboza el Tribunal de Medellín cuando pretende que la competencia de esas colegiaturas se infiera consultando la sola procedencia de las decisiones impugnadas o sometidas a consulta, porque una tesis tan extraña solo conduciría a la inaceptable pretensión de que sea el juez quien se auto-asigne competencia, involucrando con ella la de

su superior, cuando se trata de una materia reservada de manera expresa y exclusiva a la ley, y sobre la cual no tienen cabida las interpretaciones análogas, extensivas, ni mucho menos caprichosas.

En suma, tendrá que dirimirse el conflicto planteado mediante la asignación de su conocimiento al Tribunal Superior de Medellín, comunicando la medida al Tribunal Nacional para lo de su cargo.

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

Resuelve:

PRIMERO: *Dirimir* el conflicto de competencia planteado, asignando el conocimiento del asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y

SEGUNDO: *Disponer* que de esta determinación se de noticia al Tribunal Nacional para lo de su cargo.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO/HABER DICTADO PROVIDENCIA/ PARENTESCO

Se ha señalado, por esta Corporación, que en los dos supuestos que atiende el artículo 103-6 del C. de P.P. (a. Haber dictado la providencia de cuya revisión se trata; b. Ser pariente dentro de los grados que allí se señalan del inferior que dictó la providencia que se va a revisar), debe existir una providencia objeto de examen, bien sea por consulta o por interposición de un recurso.

Se ha dicho que resulta desatinado aplicar retroactivamente las regulaciones del sistema acusatorio, para establecer una causal de separación, pues como se ha reiterado por la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, los Magistrados no se convirtieron en Fiscales, ni son acusadores en el juicio, ni pasaron a ser sujetos procesales. Cumplieron, simplemente, en vigencia anterior unas atribuciones legales de instrucción pero en su misma condición de Magistrados, y obedeciendo a la filosofía procedimental que entonces imperaba. Lo indudable es también que los impedimentos y recusaciones son de enumeración legal taxativa, precisamente por tener que ver con el fenómeno de la competencia que, como bien se sabe, dimana de la ley, siendo atribuida expresamente, del mismo modo que sus excepciones y sin que en manera alguna valgan analogías. Luego, si la norma en comento para nada se refiere a quien obra como funcionario de primera instancia, sobran las argumentaciones sobre otras materias para pretender así construir unas circunstancias que, siendo ajenas, forzadamente se buscan enmarcar dentro de la causal 6a. del artículo 103 del C. de Procedimiento Penal.

Ahora, la causal de impedimento que consagra el numeral 11 del artículo 103, esta referida a que el juez haya actuado como Fiscal, mas no como funcionario de instrucción.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., diciembre 19 de 1994

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado acta número 145

Vistos:

El presente proceso, adelantado contra ALVARO MENDOZA VILLA, Ex-Juez Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano, por quebrantamiento al artículo 39 de la Ley 30 de 1986, correspondió inicialmente por reparto al Dr. ELY GÓMEZ ORTEGA, Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó, funcionario que el ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991) dispuso indagación preliminar y, el nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), dictó el auto de apertura de la investigación. Y, el diez (10) de julio del mismo año, "en virtud a lo dispuesto en el art. 9o. transitorio del Decreto 2700 de 1991 (N. C. de P.P)", remitió lo actuado a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal, la que el quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994) formuló resolución de acusación contra MENDOZA VILLA, y una vez ejecutoriada la misma, envió las diligencias al Tribunal, donde correspondió por reparto al Dr. ELY GOMEZ ORTEGA (FL. 334), quien por auto de nueve (9) de noviembre del corriente año, se declaró impedido para conocer del presente asunto, decisión que no fue compartida por su compañero de Sala, siendo esta la razón para que el expediente se remitiera a la Corte, en orden a que se 'dirima de plano la cuestión' (art. 106 C. de P.P.).

Razones del Magistrado que se declara impedido:

Haber tenido dentro del proceso actuaciones de sustanciador, tales como las diligencias preliminares y el auto de apertura de la investigación penal. Y, habida cuenta de que el artículo 103-6 del C de P.P. (modificado por el 15 de la ley 81 de 1993) señala como casual de impedimento, 'que el funcionario haya dictado la providencia cuya revisión se trata o *hubiere participado dentro del proceso...* ', es claro que se da la casual legal de separación del conocimiento del presente asunto.

A propósito la Corte enseña claras y precisas pautas, así:

"...La Sala mayoritaria ha llevado un hilo jurídico que no se ha cortado e interrumpido en relación a los alcances de esta causal de impedimento, señalando repetidamente que no es aplicable al juez de segunda instancia que funcionalmente debe conocer de un mismo proceso SINO AL QUE EN ACTUACIONES SUYAS EN INSTANCIAS ANTERIORES HA INTERVENIDO EN EL, YA COMO JUEZ..." (auto expediente 8174, marzo 3/93, M.P., Dr Gustavo Gómez Velásquez).

A más de lo anterior estima el Magistrado que la voluntad del constituyente de 1991, al crear la Fiscalía General de la Nación, con competencia para investigar y calificar los procesos seguidos contra los Jueces de la República, quiso separar las fases del proceso de tal manera que unos cumplieron la instrucción y, otros, el juzgamiento, para evitar lazos vinculantes y buscando una mayor autonomía, independiencia y ecuanimidad. Luego si se obró dentro de este expediente como funcionario instructor, no se puede conocer de él ahora para fallarlo.

Fundamentos para rechazar el impedimento:

En primer lugar, la causal 6a. del art. 103 del C. de P.P., hace relación a la actuación en primera instancia respecto a la providencia o proceso que se revisa en segunda, y el magistrado que se declara impedido solo ha actuado en primera, que es la misma en que ahora conoce del expediente.

Se hace referencia a la causal 11 del indicado artículo 103, la que aun cuando, expresamente, no fue señalada por el Magistrado que se declaró impedido como estribo legal de su determinación, sí la contempla de alguna manera. Y, aludiendo a ella el Magistrado que rechaza el impedimento cita apartes de dos determinaciones de esta Sala, para rebatir así los planteamientos de aquél sobre su actuación como funcionario de instrucción con entidad suficiente como para separarse del conocimiento del presente proceso.

La Corte:

1. Se ha señalado, por este Corporación, que en los dos supuestos a que atiende el artículo 103-6 del C. de P.P. (a. Haber dictado la providencia

de cuya *revisión* se trata; b. Ser pariente dentro de los grados que allí se señalan del inferior que dictó la providencia que se va a *revisar),* debe existir una providencia objeto de examen, bien sea por consulta o por interposición de un recurso. Por manera que es sobradamente diáfano que el evento en cuestión no cae dentro de la órbita que circunscribe la mencionada norma porque el Magistrado *Ely Gómez Ortega*, siempre estará conociendo en primera instancia y porque, ciertamente, no conoce de ninguna determinación que jurídicamente esté llamado a *revisar* y por las precisadas vías.

De otra parte, se ha dicho que resulta desatinado aplicar retroactivamente las regulaciones del sistema acusatorio, para establecer una causal de separación, pues como se ha iterado por la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, los Magistrados no se convirtieron en Fiscales, ni son acusadores en el juicio, ni pasaron a ser sujetos procesales. Cumplieron, simplemente, en vigencia anterior unas atribuciones legales de instrucción pero en su misma condición de Magistrados, y obedeciendo a la filosofía procedimental que entonces imperaba.

Lo indudable es también que los impedimentos y recausaciones son de enumeración legal taxativa, precisamente por tener que ver con el fenómeno de la competencia que, como bien se sabe, dimana de la ley, siendo atribuida expresamente, del mismo modo que sus excepciones y sin que en manera alguna valgan analogías. Luego, si la norma en comento para nada se refiere a quien obra como funcionario de primera instancia, sobran las argumentaciones sobre otras materias para pretender así construir unas circunstancias que, siendo ajenas, forzadamente se buscan enamarcar dentro de la causal 6a. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, la causal de impedimento que consagra el numeral 11 del artículo 103, está referida a que el Juez haya actuado como Fiscal, mas no como funcionario de instrucción y tan es así que el Magistrado *Gómez Ortega* no obró en la primera condición que su limitada actuación dentro del proceso se realizó cuando aún la actividad judicial de los Fiscales no había empezado a desarrollarse pues el Decreto 2700 de 1991 que fue el que la reguló todavía no había comenzado a regir. Así las cosas, la hipótesis que plantea el Dr. *Ortega* no se subsume en el artículo 103-6 del C. de P.P.

Hay que resaltar aquí, en orden al rechazo del impedimento, que la actuación del Magistrado Gómez Ortega fue harto limitada, pues se

circunscribió, se recalca, a disponer diligencias preliminares y a ordenar la apertura de investigación penal, sin que se pueda asegurar que de alguna manera comprometió así su criterio jurídico. Tan leve participación procesal no permite fundamentar, bajo ningún criterio, una separación del conocimiento del presenta proceso.

Finalmente, no apreció bien el Magistrado que se declara impedido que la jurisprudencia que cita de la Corte, menciona exactamente al funcionario de segunda instancia, no a quien obra siempre como de primera, o sea, que ha debido ver que el tal proveído era apoyo jurisprudencial pero para no separarse del conocimiento del presente proceso.

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

Resuelve:

DECLARAR que le asiste razón al Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó cuando decidió rechazar el impedimento de que trata este proveído, con presunto fundamento legal en el artículo 103-6 del C. de P.P.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda* (no firmó), *Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA/JUEZ REGIONAL/ PORTE ILEGAL DE ARMAS

El artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993, al precisar la competencia en primera instancia de los Jueces Regionales dispone, en su numeral 4o, que conocen "de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal".

En dicho último caso, la competencia para el juzgamiento es de los Juzgados Penales del Circuito.

Quien cumple la actividad de transportar, que, en su más conocida acepción es llevar cosas o personas de un lugar a otro, puede utilizar cualquier medio para hacerlo, incluído el mismo cuerpo humano, y la cantidad o calidad de los elementos que se movilizan, si bien, en determinados casos, pueden llegar a ser, por sí solos, factores determinantes para estructurar la acción de transportar, como cuando se sorprende al sujeto con grandes cantidades o con elementos sofisticados, en otros habrá que acudir a criterios distintos, verbigracia al propósito del agente, para poder concretar la acción delictiva. Tanto es sujeto activo de la conducta quien moviliza grandes o pequeñas cantidades en uno o varios desplazamientos, cualquiera sea el medio de que se valga para lograr su cometido, como quien lo hace por unidades, si la motivación de su proceder es el traslado de los objetos de un sitio a otro.

La conducta se presenta más clara cuando se actúa por cuenta de otro, bajo cualquier promesa, pues en esta hipótesis el comprometido asume funciones inequívocas de transportador, como quiera que cumple un recorrido con el propósito de poner en sitio distinto los elementos o mercancía recibos.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 143 de diciembre 14 de 1994

Resuelve la Sala de colisión de competencias negativa surgida entre un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá y el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Neiva, en el proceso que se adelanta contra NORMA CONSTANZA SANCHEZ LOSADA, por haberse encontrado en su poder armas de defensa personal.

Antecedentes:

1. El 24 de septiembre de 1992, un taxi que viajaba de Garzón hacia Neiva (Departamento del Huila), fue retenido por la Policía Nacional a la altura del retén sur de esta última ciudad. Al ser requisados sus pasajeros se encontraron dos (2) revólveres Smith Wesson en poder de Norma Constanza Sánchez Losada, quien los portaba en la pretina del pantalón.

2. Por esos hechos la Fiscalía General de la Nación, Regional Santafé de Bogotá, Unidad Especializada de Terrorismo, mediante resolución de 29 de diciembre de 1993 (fls. 208 y ss), acusó a Norma Constanza Sánchez Losada por infracción al artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, por considerar que ésta transportaba las citadas armas.

3. Al encarar el momento procesal de proferir sentencia, un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, en auto de 21 de octubre de 1994, estimó que no era el competente para dictar el fallo, ya que estaba en presencia de un "porte", no de un "transporte" de armas (fls. 258 y ss).

Dijo al respecto:

"Entonces, si como ha quedado visto, a la señorita Sánchez Losada le fueron sorprendidas las armas en momento en que las portaba dentro de sus ropajes, ciertamente que los hechos investigados distan abiertamente en cuanto al calificativo de 'transporte' a que hace alusión la

Fiscalía, pues no está por demás agregar que no puede tildarse esta circunstancia como un transporte, dado que si bien es cierto la sindicada fue capturada con los revólveres en momentos en que se desplazaba en su vehículo, no lo es menos que, de una parte, el conductor no tenía conocimiento que aquella llevara las armas y mucho menos fue contratado para que las transportara, pues desplazándose o no dentro del carro, eran elementos que por sí solos podían llevarse adheridos al cuerpo.

"La frase llevar o portar consigo, llevar las armas adheridas al cuerpo, o en el bolsillo, o en la cartera, o en la mano, en maletín, o dentro de los arreglos de la ropa, con lo cual se entiende que se trata de cosas cuya cantidad y calidad permiten ser llevadas por la persona, bien distinto a la frase 'transportar' que significa llevar grandes cantidades con máquinas o mecanismos propios. Deben, pues, distinguirse las conductas de transportar y portar, ya que aquella implica despliegue de mayor actividad e ingentes, proporciones de lo transportado, al paso que 'portar' indica andar con algo liviano, o reducido, que en todo caso permite los movimientos naturales de la persona. Cuando el mismo agente lleva consigo las armas, así se traslade en vehículo propio o en ajeno, la conducta no es de transporte, sino simplemente la de portar consigo, denotándose así una cantidad pequeña" (pgs. 260 y 261).

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Neiva, mediante auto de 24 de noviembre, se apartó del criterio del Juez Regional e insistió en que la ubicación dada a la conducta dada en el verbo rector del 'transporte', es correcta. Anota que el propósito de la procesada era llevar las armas de un lugar a otro concretamente hacia Neiva, donde debía "devolverlos a la misma persona que con tal fin se las había entregado" (fls. 168).

Agrega que lo que fundamentalmente distingue el porte del transporte "es el fin de hacer desplazamiento a que se someten las armas" (fls. 269), y no la cantidad de las mismas o de los medios usados para su desplazamiento. Luego anota:

"Es claro entonces que el ánimo de la implicada en este caso en manera alguna era el de portar las armas referidas como medio de defensa personal. No, lo era exclusivamente el trasladarlas desde el lugar donde

para dicho fin le fueron entregadas, hasta esa ciudad, donde esa misma fecha pretendía devolverlas, solo que su fin, su misión, su cargo, se vio truncado por la acción de la policía" (fls. 270).

Concluyó, pues, que la competencia es de la justicia regional, por lo que remitió el proceso a esta Sala para que dirima el conflicto.

Se considera:

El artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993, al precisar la competencia en primera instancia de los Jueces Regionales dispone, en su numeral 4o, que conoce "de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal".

En dicho último caso, la competencia para el juzgamiento es de los Juzgados Penales del Circuito.

En el asunto sub judice, razón le asiste al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Neiva al sostener que es el propósito o ánimo del sujeto agente, lo que determina la ubicación jurídica de su conducta, no la cantidad, calidad o medios específicamente utilizados para el desplazamiento de las armas; mucho menos el conocimiento que de ese desplazamiento pueda llegar a tener el encargado de conducir el medio de transporte respectivo.

Quien cumple la actividad de transportar, que, en su más conocida acepción es llevar cosas o personas de un lugar a otro, puede utilizar cualquier medio para hacerlo, incluido el mismo cuerpo humano, y la cantidad o calidad de los elementos que se movilizan, si bien, en determinados casos, pueden llegar a ser por sí solos, factores determinantes para estructurar la acción de transportar, como cuando se sorprende al sujeto con grandes cantidades o con elementos sofisticados, en otros habrá que acudir a criterios distintos, verbigracia al propósito del agente, para poder concretar la acción delictiva. Tanto es sujeto activo de la conducta quien moviliza grandes o pequeñas cantidades en uno o varios desplazamientos, cualquiera sea el medio del que se valga para lograr su cometido, como quien lo hace por unidades, si la motivación de su proceder es el traslado de los objetos de un sitio a otro.

La conducta se presenta mucho mas clara cuando se actúa por cuenta de otro, bajo cualquier promesa, pues en esta hipótesis el comprometido asume funciones inequívocas de transportador, como quiera que cumple un recorrido con el propósito de poner en sitio distinto los elementos o mercancía recibidos.

Tal es la situación que se advierte en el caso a estudio, en donde Norma Constanza Sánchez Losada, según su propia versión, se comprometió a trasladar del Municipio de La Plata a la ciudad de Neiva, a cambio de $200.000.oo, las dos armas de fuego de defensa personal que le fueron encontrados al ser requisada en la capital huilense, cuando se movilizaba en un taxi de servicio publico.

Si ello fue así, como nadie lo ha puesto en duda en el proceso si su viaje a Neiva estuvo determinado por ese propósito específico, para la Sala es claro que la acusada cumplía actividades propias de *transporte* , no de simple *porte* .

La competencia, por tanto, es de los Juzgados Regionales.

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 a la Justicia Regional. Por tanto, remítase el expediente al Juzgado respectivo de Santafé de Bogotá e infórmese de esta decisión al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Neiva.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

INDICES

INDICE CRONOLOGICO SENTENCIAS PUBLICADAS

SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

Págs.

LIBERTAD PROVISIONAL / COLISION DE COMPETENCIA

Reiteradamente esta Corte ha pregonado que con motivo de incidentes como los de recusación e impedimentos o colisiones de competencia, solamente puede pronunciarse respecto del mismo y, por consiguiente, no tiene facultad para tomar decisiones distintas, como el de conocer y definir la libertad del procesado, excepto por pena cumplida, cuando la causal se presente durante el lapso en que el expediente se encuentra en trámite. / El artículo 101 del Código de Procedimiento Penal establece que "Mientras se dirime la colisión, lo referente a las medidas cautelares será resuelto por el juez que tuviere el proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión", debiéndose entender que las peticiones de libertad han de ser resueltas en la forma prioritaria que lo establece la ley (en un término máximo de 3 días –art. 55 de la Ley 81 de 1993-), por el funcionario judicial en donde queda el asunto en espera de que el competente decida el incidente. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Colisión de competencias –Libertad–. Fecha: OCTUBRE 18 DE 1994. Decisión: se abstiene. Sujetos: Palacio Rivera, Wilson. Parias Mena, Yen Oliver. Chávez Ortiz, Gustavo. 7

PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE

El comodatario al recibir la cosa se obliga a conservarla, a usarla y restituirla, a su vez el comodante mantiene sobre el objeto prestado todos los derechos que tenía antes, pero no su ejercicio en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario, quien es un simple tenedor que reconoce dominio ajeno. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Unica instancia. Fecha: OCTUBRE 18 DE 1994. Decisión: Se abstiene de proferir medida de aseguramiento y precluye investigación. Sujetos: Ramírez Vásquez, Héctor Fernando. Proceso: 009674.. 10

SANA CRITICA / TESTIMONIO / IRA E INTENSO DOLOR

El testimonio, como los demás medios probatorios señalados en el Código de Procedimiento Penal, está exento de valoración previa legal ya que están

Págs.

gobernados en cuanto a su valoración por las reglas de la sana crítica (art. 254 y 294). / 2. Para el reconocimiento de uno cualquiera de los estados emocionales del artículo 60 del Código Penal, no es necesario que el procesado expresamente deba manifestarlo. Desde luego que sus propias consideraciones son elementos de juicio importantes para dicho efecto, pero así éstas falten, si objetivamente, con el resto del haz probatorio se acredita una de esas circunstancias, el fallador está obligado a reconocerla, así el acusado no lo diga o niegue toda participación en el hecho imputado. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 19 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Jaramillo, Fernando. Delitos: Homicidio. 17

IRA E INTENSO DOLOR

El reconocimiento de la aminorante en comento (ira e intenso dolor) no sólo depende del temperamento violento del agresor. De igual manera, debe existir un hilo conductor entre la violencia ejercida y la ira o el dolor intensos que ella desata indefectiblemente en el espíritu de la víctima, provocando una réplica igualmente violenta. Esta relación es medular, pues la contestación del agredido puede tener múltiples explicaciones que van desde la simple reacción defensiva, pasando por la retaliación, hasta el enojo o el dolor mismo desencadenado por el injusto ataque. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 20 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Sujetos: Quintero Trujillo, Jairo. Delitos: Homicidio. 27

FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO / JUEZ

No se puede desconocer que entre las funciones de cualquier juez de la República, se encuentra la de elaborar documentos tanto material como ideológicamente, observando las formalidades legales, y por tanto ajustados a la verdad, como ingrediente básico que debe presidir todas las actuaciones de los empleados oficiales, y cuyo cumplimiento les es forzoso por tratarse de un deber legal. / A este respecto recuérdese que el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil al fijar el alcance probatorio de los documentos públicos estatuye que éstos "hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que las autoriza". / 2. La ejecución del delito de falsedad se perfecciona, cuando se ha lesionado o puesto en peligro el interés que se protege por medio de las disposiciones legales. Por ello, este ilícito es de aquellos que denomina la doctrina "de peligro" por cuanto no es necesario que se haya causado efectivamente el

Págs.

menoscabo o la desaparición del bien jurídico tutelado. / Un documento público expedido por el funcionario oficial, en su alcance probatorio, hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que éste haya consignado en él, con respecto a la existencia, modificación o extinción de intereses jurídicos, que con el instrumento se busca acreditar. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de segunda instancia. Fecha: OCTUBRE 20 DE 1994. Decisión: Confirma el fallo condenatorio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Sujetos: Ortiz de Armas, Cesar. Delitos: Falsedad ideológica en documento público. 37

CASACION DISCRECIONAL

Para poder atacar en casación por vía facultativa el fallo de segunda instancia, alegando la necesidad de proteger un derecho fundamental, es menester tener presente la actualidad de la afectación, ya que no basta que el recurrente tenga titularidad nominal: se requiere además la existencia de un fallo adverso. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Casación discrecional. Fecha: OCTUBRE 20 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Sujetos: García Russi, Ignacio D'artagnan. Delitos: Asesoramiento ilegal. 50

COLISION DE COMPETENCIA / FISCALIA

Habida cuenta que dentro de este expediente ya existió un enfrentamiento de fiscales que dio lugar a un pronunciamiento de uno de los Fiscales Delegados ante la Corte, la Sala se ve en la necesidad de aclarar que esa decisión no es vinculante para la etapa de juzgamiento, dada la nueva estructura del sistema penal; pues en el esquema de tendencia acusatoria, que ahora rige, han sido completamente separadas las funciones de investigación a las de juzgamiento, cada una de las cuales se encuentra a cargo de entes autónomos con una organización jerárquica propia. / Por ello, la decisión que resolvió el conflicto surgido entre los funcionarios instructores, no alcanza la categoría de ley del proceso y sólo se puede considerar obligatoria en el ámbito en que se profirió, esto es, en la etapa sumarial. / No ocurre lo mismo con las determinaciones que adoptan los jueces del conocimiento, por cuanto, conforme a la distribución legal de funciones ellos son los que, en definitiva, ejercen el poder y la soberanía del Estado para administrar justicia con respecto a la investigación adelantada por la Fiscalía, la cual, en consecuencia, se ve obligada a someterse a los parámetros señalados por los jueces de conocimiento, y a acomodar su actividad a los derroteros que éstos impongan en cada caso concreto.

Págs.

Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de colisión de competencias. Fecha: OCTUBRE 21 DE 1994. Decisión: Asigna competencia al Juzgado 2o. Penal del Circuito de Bello. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Sujetos: Carmona Quiñónez, Flavio. Delitos: Porte ilegal de armas, homicidio agravado. 54

DEMANDA DE CASACION / JURISDICCION DISCIPLINARIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / COMPETENCIA

El recurso extraordinario de casación fue establecido para corregir los yerros de los jueces en materia penal, de ahí que se instituyera a la Corte Suprema de Justicia como el organismo encargado de decidir sobre el particular, dada su calidad de máximo rector de la justicia ordinaria. Vista su mayúscula importancia se le dotó de reglas especiales y se le restringió su acceso, permitiéndolo tan sólo a procesos que conocieran en segunda instancia los tribunales del país. Sin embargo, como en otras instancias era posible el surgimiento de casos interesantes para el desarrollo de la jurisprudencia o la violación de los derechos fundamentales, decidió el legislador ampliar excepcionalmente el recurso a estos aspectos aunque dejando su concesión a la discrecionalidad de la Corporación quien debe estudiar si, de acuerdo con la exposición fundamentada del recurrente, es menester su estudio en esta sede. / La jurisdicción disciplinaria, por su lado, fue creada para juzgar faltas cometidas contra el régimen legal que establece patrones de comportamiento a los profesionales del derecho, y por ende, juzgan sus faltas cuando se aparten de ellos. Es por consiguiente y en este específico aspecto, un compendio normativo que rige una determinada actividad que no trasciende al ámbito de lo penal. Es obvio que en los procesos que juzguen dichas faltas deben respetarse los derechos fundamentales y debe observarse a plenitud el rito que se haya impuesto, única manera de otorgar igualdad de condiciones a las partes que en él intervengan y posibilidades de controvertir las pruebas y las providencias judiciales. La observancia de ellos hace posible que la decisión que se tome responda al ideal de justeza y equidad predicable de toda intervención estatal en la sociedad. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Recurso de hecho. Fecha: OCTUBRE 24 DE 1994. Decisión: Declara inadmisible el recurso. 62

COMPETENCIA / NULIDAD / FISCAL GENERAL DE LA NACION

La proposición de nulidad ha de entenderse anclada en la causal 1a. del artículo 304 del C. de P. Penal: "La falta de competencia del funcionario judicial", en este caso, del Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia para desarrollar una de las funciones especiales asignadas al Fiscal General de la Nación por la Constitución Nacional, en sus artículos 235.4 y 251.1,

Págs.

como es la de "Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución". / 2. La ley le atribuyó competencia al Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia para atender la función especial constitucional que físicamente le resultaba imposible cumplir al Fiscal General de la Nación, lo cual no repugna con la filosofía en que se inspira el fuero constitucional, puesto que aquel funcionario se encuentra en el mismo nivel de los Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que es el Juez natural encargado de juzgar a quienes gocen del mencionado fuero. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Auto única instancia. Fecha: OCTUBRE 24 DE 1994. Decisión: No decreta nulidad. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Sujetos: Sinisterra Domínguez, Daniel. Torres Calero, Miguel Angel. 68

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL

Sobre el porte ilegal de armas se han dictado las siguientes normas: artículo 197 del C.P.: / "TENENCIA, FABRICACION Y TRAFICO DE SUSTANCIAS U OBJETOS PELIGROSOS. El que sin facultad legal tenga en su poder, fabrique, adquiera, conserve o suministre sustancia u objeto explosivo, inflamable, asfixiante, tóxico, corrosivo e infeccioso, incurrirá en prisión de uno (1) a cinto (5) años". / Como se ve, únicamente bastaba cumplir con el verbo rector de la figura y no tener facultad legal, esto es, sin contar con la autorización de los organismos competentes, para que se tipificara la conducta. No obstante, con la alteración del orden público vino la declaratoria del Estado de Sitio y en ejercicio de los poderes por él conferidos, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 3664 de 1986 que, en su artículo 1o., dispuso: "Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y el decomiso de dicho elemento". / Este supuesto penal –como era obvio– suspendía las normas que le fuesen contrarias. En tal sentido, como quiera que el artículo 197 también trataba el tema de los explosivos, se presentaba una realidad que se resolvía con esta suspensión. Esta hipótesis asimismo se estructuró como de mera conducta. Bastaba simplemente con realizar uno de los verbos rectores del punible para consumar el ilícito, sin exigir, como lo haría después, que éstas tuvieran el ingrediente subjetivo del terrorismo. / Más adelante, para combatir específicamente las actividades terroristas, se dictó el artículo 11 del Decreto 180 de 1988, que adicionó los dos anteriores así como el artículo 201 del C.P. en los siguientes términos: / "Tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas. El que favorezca la

Págs.

realización de actos terroristas mediante la fabricación, adquisición, sustracción, almacenamiento, porte o suministro de armas de fuego, municiones u objetos explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o cualquier otro elemento químico, incurrirá...". / El tipo se convirtió, en este específico aspecto, en uno de resultado ya que forzosamente, la comisión de cualquiera de las conductas debía de realizarse con el objetivo teleológico de favorecer actos terroristas. No obstante, mediante Decreto 2266 de 1991, por el cual se adaptaron como legislación permanente algunas de las disposiciones expedidas en el ejercicio de las facultades del Estado de Sitio, se acogió el Decreto 3664 de 1986, sin hacer lo propio con el artículo 11 citado anteriormente. / Las conductas, por consiguiente, volvieron a su estado anterior, quedando suspendido permanentemente el artículo 197 por el artículo 1o. del Decreto 3664, encargándose del conocimiento de los comportamientos allí descritos a los Jueces Regionales, excepto en lo referente al porte de armas de fuego de defensa personal, adjudicada a los Jueces del Circuito, según lo previsto por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de colisión de competencias. Fecha: OCTUBRE 24 DE 1994. Decisión: Dirime el conflicto asignándole al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Riosucio. Sujetos: Salazar Suárez, José Albeiro. Salazar Suárez, Asdrúbal. Salazar Suárez, Alvaro. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. 76

ACCION DE REVISION / REGIMEN DISCIPLINARIO

La competencia que el Código de Procedimiento Penal vigente otorga a la Corte Suprema de Justicia para conocer de la acción de revisión, lo es en relación con sentencias de única o segunda instancia proferidas por esta Corporación, el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores de Distrito. / La acción de revisión a que refiere el capítulo IX título IV del Código de Procedimiento Penal, presupone la existencia de una sentencia de condena o una decisión que precluya o cese procedimiento por un comportamiento que la ley penal tipifique como delito, y tan es así que cuando el artículo 234 del C. de P.P. refiere a los requisitos formales de la demanda de revisión, señala que el actor debe precisar "el delito o delitos que motivaron la actuación procesal y decisión". / El régimen disciplinario aplicable a los abogados –Decreto 196 de 1971–, establece un procedimiento especial que no previó la "revisión" como recurso o acción en contra del fallo y tampoco es dable entenderlo así por la remisión que hace el artículo 90 de dicho Estatuto a las normas del Código de Procedimiento Penal, porque el punto alusivo a los –recursos– fue expresamente regulado en esa normatividad, en forma tal que no hay lugar por ese aspecto a la aplicación del susodicho principio de integración, máxime cuando el artículo 90 en cita establece claramente que las normas del Código de Procedimiento Penal,

Págs.

se "aplicarán en lo no previsto en el presente título". Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Acción de revisión. Fecha: OCTUBRE 25 DE 1994. Decisión: Declara inadmisible la acción. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Sujetos: Osorio Buitrago, William. 83

SANA CRITICA / PRUEBA / REFORMATIO IN PEJUS / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Al regular la parte probatoria del código, el legislador escogió la técnica de la libertad de los medios de convicción para probar cualquier hecho o circunstancia del proceso. Ello significa que la enumeración de pruebas que plasmó en el artículo 248 de la codificación, es enunciativa; de allí que un hecho se pueda probar con los medios allí enunciados, e igualmente con cualquier otro no previsto en esa preceptiva, como claramente lo estipula el inciso segundo del artículo que se comenta. / De esa manera, la libertad probatoria consagrada lleva a concluir que los hechos y circunstancias del proceso pueden ser demostrados con cualquier medio que tenga esa capacidad, quedando por fuera la hipótesis de que determinado hecho sólo se puede establecer a través de un especial medio de convicción. Lo que no obsta para admitir que existen elementos de juicio con mayor idoneidad probatoria que otros; por ejemplo, las pruebas ideales para demostrar la tipicidad en un homicidio, obviamente serían la necropsia, el acta del levantamiento del cadáver y la partida de defunción, pero lo anterior no imposibilitaría probar la muerte por otro medio de convicción. / Sin bien el medio idóneo para la demostración de un estado de embriaguez ha sido la prueba de alcoholemia, ello no quiere decir que esa demostración no se pueda obtener testimonialmente. / 2. Este principio (legalidad) y el de la reformatio in pejus deben ser conciliados en su interpretación, en el sentido en que los jueces jerárquicamente superiores se encuentran impedidos para agravar la pena impuesta en primera instancia, pero siempre y cuando ella se haya ajustado al principio constitucional de la legalidad, porque es obvio que los jueces dentro del principio también constitucional de la independencia, según el cual sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la Ley, al tasar las penas necesariamente debe cumplirse esta función dentro de los parámetros señalados por tal normatividad, es decir que teniendo en cuenta las diversas circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y es claro que bajo ninguna circunstancia se podrán deducir penas por debajo del mínimo legal o por encima del máximo legal. / Está sobreentendido que la reformatio in pejus como imposibilidad de agravar la sanción impuesta en primera instancia cuando se trate de apelante único, tiene aplicabilidad siempre y cuando el fallo se ajuste a la realidad constitucional y legal; lo contrario nos llevaría a la inaudita conclusión de que la fuerza de la sentencia de primera instancia sería de tal naturaleza que

Págs.

quedaría por encima de la Constitución y de la Ley, porque a pesar de imponer una pena desconociendo el mínimo legal, los superiores jerárquicos estarían imposibilitados para hacer los ajustes necesarios exigidos por el principio constitucional de la legalidad. / Es importante hacer un breve comentario al art. 34 de la Ley 81 de 1993, reformatorio del art. 217 del C. de P.P. que establece la competencia del superior, al disponerse en la parte pertinente que: "Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta...". / Lo anterior porque la norma reformada decía "Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta...". / Es decir que el legislador le agregó "en caso alguno" y ello podría llegar a interpretarse por alguien que en ningún caso el superior puede agravar la pena impuesta por el inferior en caso de ser la defensa apelante único y es obvio que esta norma legal debe ser interpretada dentro de los parámetros constitucionales establecidos con anterioridad, ello quiere decir que si el inferior desconoce las precisiones constitucionales y legales en relación con las penas, el superior para hacer respetar el principio constitucional de legalidad y sin vulnerar el principio de la Parte Política de la reformatio in pejus podrá ajustar la pena a esos límites legales, no importa que para ello deba incrementar la pena impuesta por el inferior. Lo anterior nos lleva a concluir que si la voluntad del legislador hubiese sido la de evitar la anterior posibilidad de incremento punitivo, por violar la sentencia de primera el principio de legalidad es claro que estaríamos en presencia de una norma inaplicable por clara inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 26 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Sujetos: Parra Alonso, Rodrigo. Delitos: Homicidio culposo..... 86

NULIDAD / HABEAS CORPUS / LIBERTAD INMEDIATA POR CAPTURA ILEGAL

Así tenga visos de ilegalidad esas capturas (sin orden de autoridad competente), es obvio que no es la nulidad la llamada a encarar la misma. Nada al respecto se lograría anulando el proceso o parte de éste. / En cambio si pudo haber cabido el derecho de habeas corpus previsto de la siguiente manera en el artículo 454 del código precitado (C. de P.P.): "El habeas corpus es un derecho que procede en amparo de la libertad personal contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restingirla". Los artículos siguientes trazan su procedencia y trámite. / También, frente al juez, operaba la "libertad inmediata por captura ilegal" consagrada en el artículo 409 ibídem. / Dejando pasar esos momentos procesales sin acudir a las mencionadas normas garantistas, la nulidad de ninguna manera puede corregir esa irregularidad. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 26 DE 1994. Decisión: No

Págs.

casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Sujetos: Calcetero Rojas, Adriano. Velásquez Pérez, Gregorio. Delitos: Hurto, homicidio. 105

PORTE ILEGAL DE ARMAS / JUEZ DEL CIRCUITO / COLISION DE COMPETENCIA

En esta materia (porte ilegal de armas) el conocimiento del Juez del Circuito está restringido al "simple porte de armas de fuego de defensa personal", según se desprende de los distintos preceptos que en forma sucesiva han establecido la competencia de los ahora denominados jueces regionales, es decir los Decretos 2790 de 1990 (artículo 9o.), 99 de 1991, 2700 de 1991 (art. 71-4) y la Ley 81 de 1993 (art. 9o.) que modificó el anterior precisando que ese conocimiento comprendería: / "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...". Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de colisión de competencias. Fecha: OCTUBRE 27 DE 1994. Decisión: Declara competencia al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Apartadó. Sujetos: Grajales Vallejo, Arnulfo. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. 121

CASACION DISCRECIONAL

El recurso excepcional de casación para su admisibilidad debe reunir los requisitos formales y sustanciales que la misma ley ha establecido y sin los cuales, la Corte deberá rechazarlo, pues es claro que por tratarse de una impugnación extraordinaria está sometida a los principios que la rigen. / Una de las exigencias formales es que el ataque se dirija contra sentencia de segunda instancia, en general, impugnación que ha de intentarse dentro de los quince días siguientes a la última notificación y por los sujetos procesales legitimados para su tacha, entre los que se encuentran el Procurador General de la Nación, su Delegado y el Defensor del procesado. / La casación per saltum no forma parte de la legislación procesal penal, habida cuenta que este instituto es propio de la civil, que también para su procedencia requiere del pleno cumplimiento de requisitos formales como es que la sentencia la haya proferido un Juzgado Civil del Circuito y en las partes exista el común acuerdo de prescindir de la apelación. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Casación discrecional. Fecha: OCTUBRE 28 DE 1994. Decisión: No admite el recurso excepcional. Procedencia: Juzgado 55 Penal Municipal. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Aguilar Lagón, Luis Alberto. Delitos: Lesiones personales culposas. 126

Págs.

CAMBIO DE RADICACION / RECUSACION

Si el procesado considera que el Magistrado ponente en segunda instancia no guarda la serenidad suficiente para juzgar de manera imparcial, la herramienta jurídica a la cual tiene que acudir es a la recusación, mas no pretender que el proceso se sustraiga a su lugar normal de juzgamiento. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Cambio de radicación. Fecha: OCTUBRE 28 DE 1994. Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito. Ciudad: Socha. Sujetos: Peña Fajardo, Faustino Rafael. Delitos: Homicidio. Proceso: 009841. 133

TERMINO / RECURSO DE HECHO

Esta Sala ha sostenido que el término de tres (3) días previsto por el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal para la sustentación del recurso de hecho, debe contarse a partir del día hábil siguiente de aquél en que las copias lleguen físicamente a la Secretaria correspondiente al Despacho del funcionario que debe resolver el asunto (auto de dic. 13/91). Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Recurso de hecho. Fecha: OCTUBRE 28 DE 1994. Decisión: Desecha el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Sujetos: Zapata González, Jaime. Delitos: Peculado por uso. 139

COLISION DE COMPETENCIA / FISCAL REGIONAL / JUEZ REGIONAL

Entre una Fiscalía Delegada Regional y un Juzgado Regional jamás puede trabarse un conflicto de competencia negativa o positiva, por cuanto la naturaleza acusatoria del procedimiento asigna funciones específicas, esto es de entidad diferente, a cada uno de estos funcionarios judiciales. Mientras el primero tiene la misión de investigar, calificar y acusar, el segundo, como Juez de Conocimiento, asume la tarea del juzgamiento sobre la base de la acusación que aquél ha formulado previamente. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Auto de colisión de competencias. Fecha: OCTUBRE 31 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Sujetos: Palacio Rivera, Wilson. Chávez Ortiz, Gustavo. Delito: Concierto para delinquir y violación al Dec. 3664/86 141

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / FALSEDAD MATERIAL DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO

Dentro de la violación directa lo que se va a demostrar es un error de selección del precepto sustancial porque se aplica uno inadecuado al caso en conflicto, o se deja de considerar el que verdaderamente corresponde,

Págs.

cuando no, pese al acierto en la escogencia se yerra respecto del alcance o interpretación, pero sin discutir que los hechos son los mismos bajo la consideración de los jueces como del casacionista. / 2. Quien posee un estado civil pero carece de su prueba en el registro, tendrá que acreditarlo ante el juez competente mediante los elementos de acreditación irrefragables que la ley señala y autoriza, como ocurre con la posición notoria de hijo o de esposo, donde el sujeto en quien radica ese hecho relevante recibe el respectivo tratamiento social de la familia y la comunidad, pero carece del medio legalmente idóneo para demostrarlo. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 31 DE 1994. Decisión: No casa y declara extinguida la acción penal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Riaño Márquez, Martha Helena. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb. 151

PRUEBA

La prueba es conducente cuando por su particular relación con el hecho delictivo y/o la responsabilidad del procesado, puede servir al juez como elemento de convicción para formarse el juico de valor, positivo o negativo, respecto a éste o aquel aspecto. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Auto de segunda instancia. Fecha: OCTUBRE 31 DE 1994. Decisión: Revoca parcialmente auto y decreta práctica de prueba. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Sujetos: Redondo Jiménez, Luz del Rosario. Delito: Prevaricato por omisión 172

EXTRADICION / PRUEBA

Tanto la admisión como la orden de práctica de pruebas se hallan sometidas a los principios de legalidad, necesidad, libertad, oportunidad, publicidad, contradicción y conducencia que rigen en general para las actuaciones procesales, y en particular para el recaudo en materia penal, lo que deriva en la necesidad de su admisión cuando la aportación no lleve a la verdad sobre los hechos motivo del debate, o simplemente se intente la aducción o práctica de medios ilegales, prohibidos, ineficaces, impertinentes o superfluos. / En el ámbito específico del trámite de extradición, ese objeto de la prueba se concreta a los temas que los tratados públicos hagan relevantes, y en su defecto o complemento a los demás aspectos que determine el Código de Procedimiento Penal, a los cuales se circunscribirá el análisis de su viabilidad o rechazo. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Extradición. Fecha: NOVIEMBRE 01 DE 1994. Decisión: Deniega por improcedentes las pruebas. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Sujetos: De la Rosa de González, Edilia Isabel. González de Armas o Gorrondona, Héctor José. 180

Págs.

IMPUTABILIDAD

De comprobarse este especial estado, (inimputabilidad) el juicio de responsabilidad se impondría de todas maneras por su comportamiento típico y antijurídico, pues es indiscutible que una persona en tales condiciones está en capacidad de lesionar o poner en peligro mediante conducta típica, bienes jurídicos penalmente tutelados. Lo que no puede hacer es actuar con culpabilidad ya que necesita comprender en el momento del hecho, la antijuridicidad de su comportamiento y auto determinarse conforme a esta comprensión, que es bien diferente. / Para que el comportamiento de un procesado pueda ser ubicado dentro del marco de la inimputabilidad es preciso acreditar que al momento de realizar el hecho punible no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez sicológica o trastorno mental, situación que por sus significativas consecuencias punitivas debe ser plenamente comprobada sin que basten para su exacto y cabal reconocimiento simples afirmaciones, conjeturas o meras alusiones sobre su existencia. / El medio de convicción idóneo para su verificación es el examen psiquiátrico, inexcusable cuando en el expediente subsisten indicios reveladores de que el procesado pudo encontrarse al momento de realizar el injusto en estado de perturbación, desarreglo o alteración de la esfera emotiva de la personalidad, causados por factores patológicos permanentes o transitorios o por circunstancias ajenas a esos factores sin que la experticia signifique plena prueba, pues la última palabra corresponde emitirla al juzgador luego de confrontar esas conclusiones con los demás elementos probatorios arrimados al proceso. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 01 DE 1994. Decisión: Desestima la demanda y casa parcial y de oficio. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Sujetos: Vásquez Medina, Franklin Nicolás. Delitos: Homicidio, abandono del puesto. 190

COLISION DE COMPETENCIA / PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL

El Decreto en mención (2535 de 1993) no hace cosa diferente que reglamentar todo lo relativo con el control y comercio de armas, municiones, explosivos y sus accesorios, que es de monopolio del Estado, ámbito de aplicación que se menciona desde el artículo 1o., y no podía, como evidentemente no lo hace, derogar ni subrogar tipos penales. / De conformidad con el numeral 4o. del Artículo 71 del C. de P.P. el simple porte de armas de defensa personal es de conocimiento del Juzgado Penal del Circuito. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de colisión de competencias. Fecha: NOVIEMBRE 01 DE 1994. Decisión:

Págs.

Asigna competencia al Juzgado Penal del Circuito. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Sujetos: Ballesteros Grajales, Jhon Milver. Delitos: Homicidio, violación a la Ley 30/86, porte de armas de uso privativo de las F.M. 201

COLISION DE COMPETENCIA / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO, en general, se consuman en el lugar donde el agente se apropia indebidamente de lo bienes, es decir, donde entra a ejercer actos de señor y dueño sobre ellos, desconociendo el derecho de dominio de su legítimo propietario. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Auto de colisión de competencias. Fecha: NOVIEMBRE 01 DE 1994. Decisión: Dirime colisión asignando al Juez Penal Municipal. Procedencia: Juzgado 17 Penal Municipal. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Suárez Rueda, Carlos Julio. Delitos: Delito contra el patrimonio económico. 207

DETENCION DOMICILIARIA

Respecto de la detención domiciliaria baste decir que dicha medida es de aseguramiento y, como tal, eminentemente preventiva o provisional, de no recibo cuando, como en el presente caso, se ha proferido sentencia. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 02 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Sujetos: Pérez, Pedro Nel. Delitos: Hurto calificado y agravado. 212

NULIDAD / FALSA MOTIVACION / PRUEBA

1. No toda omisión de prueba genera nulidad. / 2. La falsa motivación no es causal de nulidad sino violación directa o indirecta de la ley, según el caso. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 03 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Bonilla Medina, Pedro. Delitos: Homicidio. 220

ACCION DE REVISION / PRUEBA FALSA

La acción de revisión constituye la última oportunidad que brinda el derecho para corregir los errores judiciales que se hayan podido cometer en las decisiones judiciales definitivas. Ello implica, por consiguiente, que la

Págs.

remoción de la cosa juzgada que genera una decisión precedida de la doble presunción de veracidad y acierto requiere de una técnica que ponga de relieve el error del proveído cuestionado y de una prueba demostrativa del mismo, en la forma señalada por la respectiva ley de procedimiento. Debe, pues, el actor tener el mayor cuidado en la selección de la causal y en la aducción de la prueba correspondiente, pues no se trata de presentar un alegato de instancia. / La causal quinta invocada (prueba falsa) exige como prueba demostrativa de la falsedad del medio en que se fundó el fallo atacado una "sentencia en firme", es decir, una prueba documental inequívoca. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Acción de revisión. Fecha: NOVIEMBRE 03 DE 1994. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Mora Vargas, Víctor Manuel. Delitos: Homicidio. 239

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DEFINICION DE LA SITUACION JURIDICA

Si de la situación de un vinculado que permanece en libertad se trata, ha de reconocerse que para la doctrina jurisprudencial no consagraba el precepto procesal penal del Decreto 050 de 1987 un mandato imperativo en tanto no existiera mérito para proferir medida de aseguramiento, hermenéutica que condujo a que el legislador supliera esa deficiencia disponiendo ahora en el artículo 438 del Decreto 2700 de 1991, que no podrá cerrarse siquiera la etapa de instrucción en tanto no se haya resuelto la situación provisional del sindicado. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de segunda instancia. Fecha: NOVIEMBRE 03 DE 1994. Decisión: Confirma el fallo absolutorio y expide copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Sujetos: Díaz, Gentil Iván. Delitos: Prevaricato por omisión. 244

RETROACTIVIDAD / RECURSO DE REPOSICION

La sustentación que hace el defensor con posterioridad a la decisión que recurre, no puede tener efectos retroactivos por virtud del principio de preclusión de los actos procesales, y dado que la decisión cuya reposición se persigue se ajustó a la realidad procesal existente cuando fue tomada, se impone mantenerla incólume. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Casación discrecional –Reposición–. Fecha: NOVIEMBRE 08 DE 1994. Decisión: No repone. Sujetos: Laverde González, José Francisco.... 256

PRUEBA / POLICIA JUDICIAL

Razón le asiste al Procurador Judicial ante el Tribunal Superior de Santiago Cali, al recurrir el fallo, cuando cuestiona la validéz de las diligencias de

Págs.

exposición recepcionada por miembros de la Policía Judicial, porque fueron practicadas sin la presencia de un defensor y cuando ya el juez había iniciado la correspondiente investigación y de esta manera, se desconoce las previsiones del artículo 334 del Código Procesal de 1987, vigente para la época en que fueron realizadas, puesto que la misma preceptiva procesal les confería capacidad oficiosa sólo durante la indagación preliminar y el numeral 6o. del artículo 334, los facultaba para la recepción de testimonios, pero previo ser juramentados. / Pero el concederle la razón al impugnante en relación con la aceptación de un falso juicio de legalidad, respecto a la prueba de versión libre y espontánea que fué irritualmente practicada, no quiere decir que se vaya a aceptar la prosperidad de la pretensión procesal, porque el Tribunal Superior de Cali para concluir en la culpabilidad dolosa de los procesados no se limitó a analizar la prueba ilegalmente practicada, sino que la concordó con las indagatorias rendidas por los procesados y sus posteriores intervenciones en el proceso incluída la de audiencia pública y la necropsia. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 08 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santiago de Cali. Sujetos: Libreros Cuéllar, Marco Antonio. Campo Potes, Alvaro. Delitos: Hurto calificado y agravado, homicidio agravado 259

CULPA / PRETERINTENCION

En la conducta culposa, el acto peligroso que genera el hecho antijurídico es voluntario y en el caso concreto de la imprudencia el agente prevé la posibilidad del resultado dañoso que su conducta puede generar; y en el caso de la conducta preterintencional, hay una verdadera intencionalidad de producir daño, concretamente lesiones, pero finalmente se produce un resultado mayor, esto es, la muerte de la persona que se quería lesionar. / Si se predica la existencia de una acto reflejo e inconsciente, jamás se puede pensar en la eventualidad de una conducta culposa o preterintencional. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 08 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Roa Rivera, José Antonio. Delitos: Homicidio, tentativa de homicidio, porte ilegal de armas. 275

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIA

Son armas de uso privativo de la fuerza pública, las pistolas calibre 9.652 mm. que no tengan las características de las armas que se consideran de defensa personal, esto es, la longitud del cañón, el funcionamiento o la

Págs.

capacidad del proveedor que se señala en el artículo 11 del Decreto 2553 de 1993. / Lo que importa para tales efectos (clasificación de armas de uso privativo de las fuerzas armadas) es únicamente su calibre que el mismo legislador ha limitado a 9.652 mm., lo que resulta explicable, como quiera que éste tipo de armas son las que se utilizan, por su capacidad, para mantener el orden público, la seguridad y la convivencia ciudadana, o la estabilidad institucional del estado, en tanto que las de menor calibre, por su diseño son utilizadas para la defensa personal. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de colisión de competencias. Fecha: NOVIEMBRE 08 DE 1994. Decisión: Declara competencia al Juzgado Penal del Circuito de Valledupar. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Barranquilla. Sujetos: Mindiola, José Rafael. Delitos: Tentativa de homicidio, porte ilegal de armas. 288

SANA CRITICA / PRUEBA / INFORME TECNICO

El Código Procesal consagró la libertad probatoria y la libre y racional apreciación de los medios de convicción por los funcionarios jurisdiccionales y ello surge nítido de la preceptiva legal, porque de la liberalidad valorativa de los elementos de juicio se consagraba en el artículo 254 al establecer que "la responsabilidad o inocencia del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este código"; y la valoración por las reglas de la sana crítica según el artículo 253. / Con tales directrices legales no se podía pensar en la existencia de tarifa legal que le impusiera a los funcionarios jurisdiccionales la obligación de analizar determinado medio de convicción de conformidad con la previa y genérica valoración que el legislador le hubiese dado. / Es explicable que en el artículo 255 que regula la utilización de medios técnicos en la investigación, se recomienda a los funcionarios encargados de la represión –policías, instructores y falladores– que para la práctica de cualquier prueba podrán utilizar los medios técnicos adecuados, es decir que pueden recurrir a la fotografía, o a cualquier tipo de grabación audiosonora o electromagnética y que en caso de acudir a las mismas tales formas documentales deben ser apreciadas como lo que son: es decir como documentos, respecto de los cuales, igualmente, imperan las reglas de la sana crítica de conformidad con las previsiones de los artículos 279 y s. del código que se comenta. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 09 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santiago de Cali. Sujetos: García, Ramón Oscar. Delitos: Homicidio culposo. 294

LESIONES PERSONALES / TIPICIDAD

Que no se hubiera podido practicar un nuevo reconocimiento por física imposibilidad, no quiere ello decir que esta forma delictiva (lesiones

Págs.

culposas) vaya a quedar en la impunidad, porque finalmente el juez con base en la informción científica que posea tiene la facultad de realizar el proceso de adecuación típica y no se puede afirmar por tal circunstancia, que la ausencia de un examen de imposible práctica pudiera llegar a generar la impunidad de la delincuencia. / Bien se sabe que el proceso de adecuación típica en las lesiones se hace exclusivamente de conformidad con la incapacidad y las consecuencias que las mismas produzcan. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 09 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santiago de Cali. Sujetos: Goeta Sarria, Juan Emilio. Delitos: Homicidio, lesiones personales culposas. 307

TESTIMONIO SANA CRITICA

La retractación no es por sí misma causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 09 DE 1994. Decisión: No casa. Prrocedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Martínez Contreras, Jairo Iván. Macareno Cruz, Miguel Angel. Payarez Martínez, Luis Antonio. Delitos: Homicidio imperfecto, hurto calificado y agravado..... 328

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA / DERECHO DE DEFENSA / CASACION OFICIOSA

Es incuestionable que las denominadas circunstancias genéricas de agravación punitiva no trascienden en manera alguna la calificación dada a la conducta investigada. Su incidencia apenas tiene que ver con la discrecionalidad permitida en el artículo 61 del C.P. para partir por encima del mínimo señalado al momento de dosificar la pena correspondiente, operación que debe realizarse sólo en el momento de proferir el fallo, según lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte. Así las cosas, resulta improcedente la causal segunda de casación para remediar una irregularidad de tal naturaleza. / No escapa a la Corte que en la norma referida (art. 66 C.P.), existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como sería el caso del "motivo innoble o fútil"

Págs.

precisamente o "la preparación ponderada del hecho punible" o "el infortunio o peligro común", aspectos que pueden tener diferentes interpretaciones según la óptica con que se examinen y las circunstancias mismas que rodearon el hecho pudiendo ser objeto entonces de cuestionamiento en un momento determinado; de donde surge la necesidad de señalar claramente los presupuestos fácticos que las contiene o mencionarlos en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto, en el pliego de cargos o resolución de acusación en garantía del derecho de defensa para que pueda el procesado probatoriamente defenderse de esa imputación ya que de por sí su deducción le implica un incremento punitivo, así sea mínimo. / De la narración de los hechos que hiciera la Fiscalía en la resolución acusatoria no se desprende mención alguna de la clase de motivo que determinó la conducta del procesado; sólo vino a concretarse la fuctilidad del mismo en las sentencias de primera y segunda instancias con el argumento "que la simple crítica o llamada de atención verbal no se puede responder a tiros", sin que se puntualizara que entendió el juzgador por "simple crítica", ni en que consistió la llamada de atención verbal apreciaciones que si se hubiesen expresado claramente desde el pliego de cargos a lo mejor habrían dado bases para ser desvirtuadas probatoriamente. Como no ocurrió así y fue una de las varias circunstancias tenidas en cuenta en el fallo sin posibilidad de aclaración alguna a esta altura del proceso, evidentemente hay que concluir en que su deducción afectó el derecho de defensa y debe remediarse oficiosamente con apoyo en los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., con la disminución de la pena en la proporción justa y equitativa según las demás circunstancias tenidas en cuenta por los falladores y que no fueron objeto de cuestionamiento en la demanda. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBE 09 DE 1994. Decisión: Desestima la demanda y casa oficiosamente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Rubio Díaz, Héctor Helí. Delitos Lesiones personales, porte ilegal de armas de defensa pesonal. Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 337

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 09 DE 1994. Salvamento parcial de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 347

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

La competencia para conocer en segunda instancia del suceder procesal, con posterioridad a la ejecutoria del fallo anticipado (negativa de rebaja de

Págs.

pena y libertad condicional) a que se refiere el art. 37 del C. de P.P., hoy bajo la modificación introducida por el artículo 3o. de la Ley 81 de 1993, mientras se crean los jueces de ejecución de penas está a cargo de "los superiores jerárquicos de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia". Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Auto de colisión de competencias. Fecha: NOVIEMBE 09 DE 1994. Decisión: Asigna conocimiento en segunda instancia al Tribunal Nacional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Sujetos: López Morales, Pedro Martín. Delitos: Tentativa de extorsión. 348

FLAGRANCIA / CONFESION / REDENCION DE PENA

La flagrancia se da ante el sorprendimiento del infractor en el momento mismo de ejecución del suceder punible. / 2. Para que la diminuente de la confesión halle su repercusión benigna para el procesado, es menester que sea el fundamento del fallo de condena, pues si el esfuerzo del Estado le permitió sentar las bases de la determinación adversa en otras pruebas diferentes, no habrá causa que justifique un beneficio que tiene como política criminal el incentivo de una colaboración con la justicia que sin ese aporte trascendental del imputado no hubiera obtenido el esclarecimiento del delito ni la identificación y sanción del responsable. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Sujetos: Amaya Vargas, Cristóbal. Delitos: Tentativa de homicidio. 353

REFORMATIO IN PEJUS / LEGALIDAD DE LA PENA

Según el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, el Tribunal tenía limitada su función de examinar la sentencia condenatoria de primer grado, al no poder agravar la pena si el procesado era el único apelante. La razón era obvia. Si los otros sujetos procesales no manifestaron inconformidad alguna respecto del pronunciamiento judicial, no existía ninguna razón para que el fallo desconociera su aprobación tácita reformándolo incluso en su favor. Y es que si nadie está en desacuerdo con las sanciones impuestas, si las demás partes las consideraron justas y ponderadas, por ser fiel reflejo de la realidad procesal, queda sin pie cualquier fundamento para agravarlas. / Como quiera que el único descontento es el procesado, el reexamen necesariamente debe cumplirse mirando sus expectativas, por lo que cualquier reforma que deba hacerse indefectiblemente ha de cumplirse en su favor, salvo que sea un problema de legalidad de la pena. Tal es la esencia de la prohibición de la *reformatio in pejus*, consagrada en el artículo 217 del estatuto procedimental,

Págs.

principio que desarrolla en forma cabal el artículo 31 de la Carta, al fijar su entendimiento e inteligencia. / Varias precisiones, sin embago, merecen hacerse al texto del precepto constitucional. La primera es lo atinente con la pena. Esta ha de entenderse en su sentido amplio y lato, esto es, que debe estimarse la sanción en sí misma, individualmente considerada, y lo que pueda afectar en su duración o aplicación así como las consecuencias que de ella se puedan extraer, como sería el caso de revocar –sin razón jurídica ninguna– la condena de ejecución condicional o una diminuente, entre otros supuestos. / Ahora bien, es claro que el principio tiene plena aplicación siempre y cuando la imposición de la pena haya cumplido con la normatividad vigente para el caso y encuentre apoyo en la realidad procesal. Es decir, premisa fundamental de su ejercicio es que el principio de legalidad haya sido observado con la escrupulosidad del caso. Si ello no es así, si la pena impuesta es violatoria de la ley, es deber ineludible del fallador realizar la corrección necesaria. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Sujetos: Riveros Delgado, Luis Alfredo. Delitos: Homicidio, porte ilegal de armas de defensa personal. 362

PRUEBA

Tanto la admisión como el decreto de pruebas en el curso del proceso penal se hayan sometidos a los principios de legalidad, necesidad, libertad, oportunidad, publicidad, contradicción y conducencia, a través de los cuales se garantizan los derechos a la intimidad y a no autoincriminarse, el de igualdad de oportunidades, la imparcialidad y la lealtad en la búsqueda de la verdad como pilares del debido proceso y fundamentos del estado de derecho y la credibilidad en la justicia. / Dentro de esa estructura se comprende que la aportación de las pruebas cuente con oportunidades definidas y preclusivas que al mismo tiempo garanticen la oportunidad de su conocimiento y debate, como aseguren la imposibilidad de un sorprendimiento de los sujetos procesales. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de segunda instancia. Fecha: NOVIEMBRE 11 DE 1994. Decisión: Revoca la decisión motivo de la alzada. Procedencia: Tribunal Nacional. Sujetos: Sandoval Rincón, Jorge Edgar. Delitos: Prevaricato, infracción Ley 30/86 373

ACCION DE REVISION / COMPETENCIA / TRIBUNAL NACIONAL

Cierto es que en el artículo 69 que regula dentro del mismo estatuto la competencia del Tribunal Nacional, no se incluyó un numeral que hubiese adscrito a esa corporación el conocimiento de la acción de revisión cuando

Págs.

se trate de sentencias, cesaciones de procedimiento o preclusiones adoptadas por los juzgados regionales. Mas, esa omisión no autoriza a sostener que estas providencias se quedaron sin acción de revisión, ni a recurrir a disposiciones sustituidas para pretender que el conocimiento sigue siendo de la Corte, como tampoco a inferir una competencia por analogía cuando ella ha de estar señalada por el legislador de modo expreso, porque de la interpretación sistemática que se viene elaborando surge inequívocamente que las sentencias de los jueces regionales son susceptibles de esta acción extraordinaria, que de ellas no conocen ni la Corte ni los Tribunales de Distrito por cuanto ni a aquella ni a éstos les ha sido asignada dicha competencia, pero que adjudicadas en cambio en el inciso final del artículo 235 del Código de Procedimiento Penal atribuciones en ese ámbito al Tribunal Nacional, y señalándole el procedimiento, surge de allí una competencia residual que tanto se acomoda con los principios bajo los cuales se distribuyen los demás asuntos entre la Corte y los Tribunales de Distrito, como con la especial materia adscrita a ese Tribunal único y los juzgados regionales que se le subordinan jerárquicamente. / Es verdad que el artículo 1o. de la Ley 15 de 1992 dispuso que para los delitos de competencia de los jueces regionales y el Tribunal Nacional se aplicarían las normas especiales de procedimiento y sustanciales de conformidad con el artículo 5o. transitorio del Decreto 2700 de 1991. / Mas, como este Decreto se había derogado lo atinente a la competencia exclusiva de la Corte para conocer de la acción de revisión no resulta posible que por esa sola evocación vinieran a revivir disposiciones abrogadas. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Acción de revisión. Fecha: NOVIEMBRE 11 DE 1994. Decisión: Se abstiene de conocer por falta de competencia. Procedencia: Tribunal Nacional. Sujetos: Díaz de Mosquera, Nury Nohemy. No recurrente Mosquera Díaz, Jairo Arturo. Delitos: Violación a la Ley 30/86. 384

DELITO POLITICO

Exorbitado resulta pretender que el mero hecho de pertenecer los procesados a una organización delictiva, confiere el distintivo de combate. / Dado que esa condición, indispensable para la aplicación de los beneficios consagrados en el Título III de la Primera Parte de la Ley 104 de 1993, no cobró entidad, ninguno de los beneficios para el que está siendo procesado previstos en la Ley 104 de 1993 "Por el cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia..." podrá ser reconocido en este caso, por vedarlo expresamente esa normatividad en el tercer inciso de su artículo 48: / "No se aplicará lo dispuesto en este Título con relación a delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie". / Cuando estando en curso el proceso medie solicitud de beneficios especiales como los aquí referidos, lo correcto es

Págs.

suspender la actuación en los términos del parágrafo del artículo 56 de la Ley 104/93, y no pedir las copias del proceso al juzgado, como erradamente lo hizo el Tribunal. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Recurso de apelación. Fecha: NOVIEMBRE 11 DE 1994. Decisión: Confirmar el auto recurrido. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Sujetos: Ballesteros Morales, Carlos Alberto. Delitos: Coautores de homicio agravado y porte ilegal de armas de defensa personal. 390

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA

Si bien es cierto que los impedimentos se han instituido para garantizar dentro del proceso la operancia del principio de imparcialidad, permitiéndole a su vez a la justicia mantener frente a la comunidad su respeto y credibilidad, también resulta verdadero que no todo escrúpulo, incomodidad o inquietud espiritual del juzgador basta para separarle del conocimiento de un determinado asunto, porque es de la exclusiva iniciativa del legislador el señalamiento taxativo de las causales y motivos bajo las cuales esa separación opera. / La única opinión capaz de distanciar al funcionario de la definición de un proceso es aquella que se vierte por fuera de sus funciones oficiales, pues dentro del anotado principio de taxatividad los actos emitidos bajo la órbita propia del juez o magistrado solamente le marginan en el evento de haber dictado la decisión de cuya revisión se trata, y en el de los agentes del Ministerio Público el de haber emitido concepto sobre esa misma providencia sometida luego a revisión de instancia, sentido definido dentro de la causal 4a. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal expresamente remitida a ese supuesto dentro de las diferentes hipótesis posibles (haber proferido la decisión, haber participado en su adopción, o ser cónyuge o pariente de quien la produjo. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de impedimento. Fecha: NOVIEMBRE 11 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Sujetos: Castro León, Luis Ernesto. Chaparro Ortiz, Efraín. Delitos: Homicidio agravado..... 396

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / DERECHO DE DEFENSA / DEMANDA DE CASACION / TERMINO / NULIDAD / PRUEBA / COMPETENCIA / CONTRAVENCION / INDAGACION PRELIMINAR / INSPECCION DE POLICIA

Cuando se alega error en la denominación jurídica es deber del impugnante indicar cual es entonces la denominación que corresponde. / 2. Esta Corporación entiende que en ejercicio del derecho de defensa, es válido presentar cuanto argumento considere conveniente el representante de los

Págs.

intereses del procesado, pero lo que no es permitido, es inventar en forma malintencionada la prueba, en un claro intento de obtener un resultado favorable, alterando la realidad procesal. / 3. La autonomía que rige a las causales de casación permite que se puedan formular cargos excluyentes, pero siempre que se presenten por separado, de manera que al interior de cada censura no es procedente mezclar diversos motivos de inconformidad, porque esto conduce a que finalmente no exista claridad sobre la verdadera pretensión del impugnante. 4. El simple hecho de que se hubiere sobrepasado el término previsto para la indagación preliminar no da lugar a la nulidad. / El hecho de que una prueba sea nula no invalida la actuación, simplemente ella no puede ser tenida en cuenta en la decisión. Para que sea viable decretar la nulidad del proceso es necesario demostrar la existencia de un error que afecte su estructura formal la garantía de los sujetos procesales. / El hecho de que las pruebas que sirven de fundamento a una sentencia se hayan recaudado durante la indagación preliminar, no significa que resulte afectado el derecho a la defensa, pues es la propia ley la que establece que uno de los fines de ese período el obtener pruebas sobre los autores y partícipes del punible, de manera que ellas pueden ser apreciadas en el fallo y de ningún modo se pueden calificar como obtenidas a espaldas de los procesados. / 5. La ley 23 de 1991 vigente a partir del 21 de marzo del mismo año, estableció en su artículo 1o. numeral 14, que se asignan a los Inspectores Penales de Policía, o a los Inspectores de Policía donde aquellos no existan y en su defecto a los Alcaldes el conocimiento de algunas contravenciones especiales, dentro de las que se encuentra la de estafa cuya cuantía no exceda de diez salarios mínimos legales. / Acorde con la normatividad de la ley 23 de 1991, nos encontramos ante una contravención especial, (estafa cuya cuantía no excede de diez salarios mínimos legales) de competencia de los Inspectores Penales de policía, que de acuerdo con el artículo 18 del Decreto 800 de 1991 obligaba al rompimiento de la unidad procesal, razón por la cual debe esta Sala decretar nulidad parcial del proceso en relación con este hecho, que debe ser investigado y juzgado por las autoridades mencionadas y de conformidad con el respectivo procedimiento, debiendo compulsarse copias de lo actuado. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 16 DE 1994. Decisión: Desestima demandas, casa parcial de oficio, reduce pena, compulsa copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Raffan Sanabria, Luis Alberto. Devia Jiménez, Cesar Julio. Luna Serna, Luis Fernando. Delitos: Homicidio, hurto calificado y agravado, falsedad en documento privado, secuestro, tentativa de estafa..... 400

PREVARICATO

El prevaricato es un delito contra la Administración pública, y por tanto basta con el daño causado a ésta, o con la posibilidad de ocasionarlo, para

Págs.

afirmar la antijuridicidad de la conducta, calificativo que no desaparece por la circunstancia de que eventualmente el hecho pueda no haber producido perjuicio "en los sujetos procesales". Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de segunda instancia. Fecha: NOVIEMBRE 16 DE 1994. Decisión: Revoca y condena, otorga condena de ejecución condicional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santiago de Cali. Sujetos: Franco García, Gerardo Antonio. Delitos: Prevaricato. 431

ALLANAMIENTO

Una orden judicial de allanamiento, expedida con todas las de la ley, para un determinado efecto, no priva a la autoridad que lo realiza de descubrir actuaciones ilícitas propias de ese inicial cometido, afines al mismo o completamente extrañas a ese propósito, surgiendo como diligencia plenamente válida todo lo que al respecto se haga y los logros que surjan en ese plano al descubrir una acción ilícita. Y esto se dice no solo porque el asentimiento a ese acceso no puede darse con condicionamientos, v.gr., la restricción de no revisar sino algunas zonas de la habitación, no interrogar a nadie, revisar solo las cosas pero no personas, etc., pues la autoridad no puede tener esta veda cuando la actuación se ciñe a los dictados de la ley pertinente reguladora de la misma. / La Corte ha puntualizado, que mal haría la autoridad pesquisidora que, en procura de averiguación de actividades de narcotráfico, se contuviera ante la evidencia de un secuestro, un homicidio, una bien organizada empresa de falsificación de moneda, documentos etc. Y viceversa. Es que ya todo esto, si no se quiere entender la amplitud de la proyección del allanamiento, se vuelca hacia el ámbito de la flagrancia, situación en la cual la autoridad puede prescindir del requisito de la autorización del morador o de la orden escrita del funcionario judicial. Además, sería recortar de manera aberrante el radio de acción de la autoridad, en desmedro de las garantías constitucionales que cuentan para la sociedad, a la vez que se dipensaría insólito e indebido tratamiento de privilegio a la delincuencia, la cual, no se niega, goza de protecciones jurídicas pero en espacio propio y con una reglamentación muy conocida y bien evaluada en su contenido y alcance. Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 17 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Sujetos: Pabón Obando, María Elvira. Delitos: Violación a la Ley 30/86. 447

DICTAMEN MEDICO / NULIDAD

Pese a no existir dentro del actual ordenamiento procesal penal norma instrumental como la contenida en el artículo 411 del Decreto 409 de 1971,

Págs.

no se remite a dudas que dentro de una investigación integral que busca ante todo la primacia de la verdad material (art. 333 y 334 del C. de P.P. vigente), la pericia siquiátrica resulta prueba inexcusable cuando en el expediente aparecen datos o pruebas serias y atendibles que pregonan que el sindicado se hallaba al momento de realizar el hecho punible en estado de trastorno mental que le impedía comprender la ilicitud de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión. / La pretermisión de dicha experticia, en las condiciones indicadas, podría concluir a la nulidad de la actuación en aras de preservar los derechos del inculpado y las formas del debido proceso, vulnerados por la falta de prueba técnica o científica demostrativa del estado de sanidad mental del acusado. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 17 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buaramanga. Sujetos: Arias Franco, José. Delitos: Homicidio. 458

ACCION DE REVISION / HECHO NUEVO / PRUEBA FALSA

Dos causales de la acción de revisión, (prueba falsa y hechos y pruebas nuevas) cada cual exigente en su presentación como en su demostración, como quiera que solamente la contundencia de lo que apenas pudo conocerse luego de dictado el fallo hace posible desquiciar el instituto de la cosa juzgada, ante la contingencia razonable de la inocencia del acusado. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Acción de revisión. Fecha: NOVIEMBRE 17 DE 1994. Decisión: Niega revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Sujetos: Meneses Guerrón, Luis Jaime. Delitos: Homicidio. 465

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

En los últimos tiempos, con suficiencia se ha profundizado sobre manera acerca de los requisitos que deben reunirse para otorgar la condena de ejecución condicional. Del concepto estrecho que primó en los primeros tiempos, en el que la negativa a concederla era la regla y en donde bastaba alegar la necesidad de tratamiento penitenciario para impedir su disfrute, se pasó a un criterio más amplio dándole al derecho a la libertad la prioridad que se merecía como fundamental. / Para evitar decisiones irreflexivas que no se encontraran apoyadas en un estudio serio y concreto de la situación, la Corte consideró conveniente la motivación de rigor cuando la decisión a tomar fuera de rechazo. Así se podía observar si en verdad se estudiaron y sopesaron los requisitos de ley y, por ende, si la providencia proferida era ponderada y justa, a más de que brindaba la oportunidad al afectado de recurrir a una instancia superior en procura de obtener el beneficio. / Empero, no se ha venido exigiendo la simple fundamentación. La

Págs.

Sala ha dicho en varias oportunidades que, aparte del silencio mismo, también la falencia podría presentarse cuando el juzgador expresaba razones que no encontraban fundamento en la realidad procesal o cuando su nimiedad impedía explicar o justificar su decisión. Así las cosas, el tema ha sido tratado en muchas ocasiones con la profundidad y detenimiento del caso con el fin de superar equívocos o impedir que la concesión del subrogado se niegue o se otorgue sin la suficiente meditación. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.Casación discrecional. Fecha: NOVIEMBRE 21 DE 1994. Decisión: Declara improcedente la casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Sujetos: Pinchao, Ricardo Antonio. Bustamante, Nedy del Carmen. Delitos: Violación a la Ley 30/86. 481

DETENCION DOMICILIARIA

"La detención domiciliaria obliga al acusado a permanecer en el interior de su morada, pues tan solo se trata de una modalidad menos gravosa de detención, que de todas maneras implica restricciones para su libertad, por lo que se deben adoptar las previsiones necesarias por parte del Inśtituto Nacional Penitenciario en guarda de su cabal cumplimiento". Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Casación –Libertad–. Fecha: NOVIEMBRE 22 DE 1994. Decisión: Otorga libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogota. Sujetos: Ramírez Dusan, Guillermo León. Delitos: Concusión: Salvamento de voto del Doctor Nilson Pinilla Pinilla. 488

DETENCION DOMICILIARIA (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Casación –Libertad–. Fecha: NOVIEMBRE 22 DE 1994. Sujetos: Recurrente Ramírez Dusan, Guillermo León. Salvamento de voto del Doctor Nilson Pinilla Pinilla. 491

DESISTIMIENTO / DEFENSOR / DERECHO DE DEFENSA / DEMANDA DE CASACION / ACCION DE REVISION

El artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, establece que no se podrá desistir del recurso extraordinario de casación y de la acción de revisión, cuando el expediente ya se encuentre al despacho para decidir. / 2. Lo que interesa acá es que el procesado tenga una defensa adecuada tendiente a garantizar que sus derechos inalienables no se vean afectados o limitados; por lo tanto, si éste decide revocar el poder a su defensor, es su manifestación la que prevalece y ella deja sin posibilidad de seguir actuando al profesional del derecho que lo representa. Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo

Págs.

Mejía Escobar. Auto de casación. Fecha: NOVIEMBRE 22 DE 1994. Decisión: Acepta el desistimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santiago de Cali. Sujetos: Martínez Villaquiran, Osiris Alba. Delitos: Violación al artículo 360 de C.P. 496

CASACION DISCRECIONAL

Tratándose de una admisión discrecional y por vía de excepción, fácil es colegir la necesidad de que el interesado demuestre ante la Corte el vacío doctrinal o el agravio inferido que dentro de las causales legales taxativas auspiciarían el recurso extraordinario –ello sin perjuicio del deber de presentar formal demanda, en caso de admitirse su recurso–, porque a la Corte ni le obliga ni le compete entrar a escudriñar oficiosamente los procesos, sólo porque así se le insinúe con una invocación general y desmotivada. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Casación discrecional. Fecha: NOVIEMBRE 22 DE 1994. Decisión: Declara inadmisible el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Sujetos: Muñoz Patiño, Gilma Nubia. Delitos: Prevaricato por acción. 501

CAMBIO DE RADICACION / DEFENSOR

Si bien es cierto, el instituto del cambio de radicación permite que excepcionalmente un proceso pueda desligarse de los factores territorial y funcional de competencia que lo rigen; también lo es que esa posibilidad se halla reservada única y exclusivamente para aquellos casos en los que se compruebe la existencia de "circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal", según lo establece de modo taxativo el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal. / Las eventualidades así previstas no se pueden fundar en simples suposiciones o conjeturas surgidas de la personal apreciación del solicitante, sino en pruebas inequívocas, tan eficaces que no permitan poner en duda su existencia, pues tal será la forma de preservar el principio constitucional de juzgamiento por el juez o tribunal competente y, a la vez, mantener un mecanismo que permita superar la probable incidencia de situaciones perturbadoras de los derechos y garantías amparados con el cambio de radicación. / 2. Si bien es cierto que el legislador prefiere la libertad del procesado en la designación del abogado que ha de defenderle, no puede menos de reconocerse que ante las dificultades que aquel aborde para lograr su representación en quien la hubiese deseado, ha previsto el legislador los medios y concedido los aportes presupuestales a cargo del Estado con miras a proveer al imputado pobre o que no desee

Págs.

designar abogado, un representante a cargo de la defensoría pública. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Cambio de radicación. Fecha: NOVIEMBRE 22 DE 1994. Decisión: Deniega el cambio de radicación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buga. Sujetos: Marín Orozo de Rayo, Rubiela. Delitos: Falsedad, peculado. 507

ACCION DE REVISION

Si bien es cierto que en el trámite de la acción de revisión en el capítulo IX del C. de P.P. no existe previsión normativa específica que determine los requisitos que debe reunir la solicitud de pruebas, esta circunstancia no excusa al demandante de atender los principios generales que informan la materia, en punto a su aducción, pues si no se enuncia lo que se pretende acreditar con ellas y la relación que tienen con el núcleo del thema probandum, por su indefinición, fatalmente serán objeto de rechazo como lo manda el artículo 250 ibídem, mucho más cuanto que, no tratándose de revivir debates probatorios ya superados, lo que es extraño a la revisión, la precisión se torna aún más exigente. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Acción de revisión. Fecha: NOVIEMBRE 23 DE 1994. Decisión: Niega la práctica de la diligencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Sujetos: Rodríguez Carmona, Guido. Delitos: Homicidio, tentativa de homicidio. . 514

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD / REFORMATIO IN PEJUS

Es deber del casacionista que acude a la causal tercera demostrar, como en todas las demás, los vicios que afectan el fallo y la consecuencia que ello acarrea. No basta, pues, con predicar vicios in procedendo, sino que es menester comprobar la violación de los aspectos esenciales del rito debido y la incidencia de los mismos en el fallo acusado. / 2. Las previsiones de la Carta Política y del Código de Procedimiento Penal sobre la prohibición de agravación en perjuicio del procesado cuando es único recurrente sólo se refieren a las sentencias, jamás a los autos interlocutorios así contengan estos la resolución acusatoria. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 23 DE 1994. Decisión: Desestima demanda y casa de oficio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Sujetos: Cárdenas Rincón, Joselín. Delitos: Homicidio. Salvamento de voto del doctor Ricardo Calvete Rangel. 518

APELACION (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 23 DE 1994. Salva-mento de voto del doctor Ricardo Calvete Rangel. 528

Págs.

DELITO POLITICO / INDULTO

La ley 104 de 1993, fue expedida para lograr la convivencia pacífica y la eficacia de la justicia, determinando, en uno de sus artículos preliminares, que su objeto es "dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del estado social y democrático de derecho y garantizar la plenitud de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política". / Se explica allí que las pautas para su aplicación se deberán regir por los principios de proporcionalidad y necesariedad y en el contenido de su alcance, el intérprete deberá ceñirse a su tenor literal sin que so pretexto de desentrañar su espíritu puedan usarse facultades no conferidas expresamente. / Bajo los anteriores presupuestos y remitiéndonos a lo normado en el artículo 48 de la citada ley se expresa claramente que: / "El gobierno nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales colombianos que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando a su criterio, el grupo guerrillero del cual forme parte el solicitante haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. / "También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales colombianos que, por fuera de las organizaciones guerrilleras de las cuales formen parte o hayan formado parte, así lo soliciten, si a criterio del gobierno nacional demuestran su voluntad de incorporarse a la vida civil. / "No se aplicará lo dispuesto en este título con relación a delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de indefensión o barbarie". / A su turno el artículo 56 reza: / "Se podrán conceder también, según proceda de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen, hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título, y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada". / Y por su parte el artículo 60 expresa: / "Los beneficios que en éste título se consagran no comprenden la responsabilidad que los favorecidos tengan respecto de particulares". / En este orden de ideas, y haciendo una interpretación sistemática de las normas preliminares y de los artículos transcritos, surge claro que, en tratándose de delitos políticos o conexos con estos, es dable la aplicación de los beneficios allí consagrados siempre que se dé cumplimiento al trámite formal que para el efecto se demanda, y además, cuando de la conducta desplegada por el procesado se determine que ella es propia de este tipo de infracciones, que por sus propias características resulta imposible asemejarla a comportamientos constitutivos de delitos comunes y que, como en el caso del homicidio la misma ley hace salvedad expresa, en el sentido de que no sea cometido fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en

Págs.

estado de indefensión. / Para que proceda la extinción de la acción y de la pena en caso de delitos políticos, no solo basta haber formado parte de algún grupo insurgente que manifestó su deseo de incorporarse a la vida civil, sino que también el hecho punible cometido sea de aquellos considerados como delito político o conexos con estos, sin que sea dable, para su aplicación, interpretación diferente a la expresamente consignada en la ley. Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto de segunda instancia. Fecha: NOVIEMBRE 25 DE 1994. Decisión: Confirma decisión negando cesación de procedimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín.Sujetos: Silva Delgado, Ramón Antonio. Delitos: Homicidio simple, porte ilegal de armas de defensa personal 530

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION / SANA CRITICA

Lo que la doctrina por parte alguna enseña es que el error de HECHO recoja también el falso juicio de CONVICCION, pues cuando de este se trata se habla es de el error de derecho, habiéndose precisado ya suficientemente, que, hoy por hoy, al desaparecer de nuestro procedimiento legal la tarifa legal, para darle paso al sistema de la persuasión racional, que no prefija valor a la prueba, este error tampoco se da, desde luego, y así hay que precisarlo, el error de DERECHO también cobija el falso juicio de LEGALIDAD, o sea, vicio en la aducción o incorporación de la prueba. Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 28 DE 1994. Decisión: Casa parcial por pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Rojas Riaño, Guillermo Barreto Díaz, Oscar Jaime. Barreto Díaz, José Gabriel. Delitos: Homicidio. Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 541

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE CONVICCION (ACLARACION DE VOTO)

No consulta la realidad el predicar tajantemente que con el advenimiento del referido sistema de la persuación racional "...este error tampoco se da... " (error de derecho, falso juicio de convicción). Aún subsisten, sin embargo, rezagos de la tarifa legal. Valgan algunos ejemplos: / Lo primero tiene que ver con la duda insalvable. Aparte de los casos en los que puede presentarse una violación directa de la ley (la reconoció pero no la aplicó) o indirecta por error de hecho (no fue posible que surgiera la duda por haberse omitido, supuesto distorsionado la prueba) es posible también que se dé en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción. En su presencia, según la normatividad, debe aplicarse el indubio pro reo, lo que indica que unas

Págs.

pruebas que no son suficientes para dictar la sentencia absolutoria, basta que creen la duda insalvable para que adquieran la categoría de plena prueba. / También existe un segundo ejemplo de pruebas tarifadas. Según el inciso segundo del artículo 247 del C. de P.P., en los procesos de que conocen los jueces regionales, las declaraciones de testigos ocultos son insuficientes para dictar sentencia condenatoria. Por consiguiente solo en conjunción con otras pruebas es posible dictar sentencia condenatoria. Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduado Mejía Escobar. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 28 DE 1994. Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 554

FUERO

En tratándose de imputado aforado, juzgable en única instancia por esta colegiatura, su individualización debe ser plena, pues entrañaría un contrasentido asignarle fuero constitucional a persona indeterminada. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Unica instancia. Fecha: NOVIEMBRE 29 DE 1994. Decisión: Se abstiene de asumir el conocimiento. Sujetos: Procesado miembros de la Comisión de Acusaciones. 557

TERMINO / RECURSO DE CASACION

El artículo 223 del Código de Procedimiento Penal establece que "El recurso de casación podrá interponerse, por escrito, dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia". Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de casación. Fecha: NOVIEMBRE 29 DE 1994. Decisión: Declara nulidad de lo actuado. Procedencia: Tribunal Nacional. Sujetos: Portela Lombo, Joaquín. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Salvamento de voto del doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. 561

RECURSO DE CASACION (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de casación. Fecha: NOVIEMBRE 29 DE 1994. Sujetos: Portela Lombo, Joaquín. Salvamento de voto del doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. 564

DEMANDA DE CASACION

"Causal" es la expresión asignada en la ley para los motivos que ella estima pueden producir el quebrantamiento de una sentencia de segunda instancia; y que en el lenguaje que se ha ido conformando en torno a esta vía

Págs.

extraordinaria, a cada acusación de violación legal que se dirige contra la sentencia atacada se le denomina cargo, reproche, censura. Por tanto, es antitécnico, e impropio denominar "causal", lo que es cargo o censura. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de casación. Fecha: NOVIEMBRE 29 DE 1994. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Sujetos: Asprilla Torres, Isaac de Jesús. Lasprilla Benavides, Juan Carlos. Recurrente Lasprilla Benavides, Efraín Enrique. Delitos: Homicidio, lesiones personales. 565

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / JUEZ DE CIRCUITO / NARCOTRAFICO

Para el Juez Penal del Circuito la conducta que se reprocha se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986 y que por tratarse de laboratorio el conocimiento reside en el Juez Regional, éste sostiene que el tipo penal violado es el que contiene el artículo 33 de la misma Ley. / Las normas que han llevado a tales funcionarios a tener diferente parecer sobre un mismo aspecto fáctico, son del siguiente tenor en lo pertinente: / "Art. 33 El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto para uso personal, introduzca al país, así sea de tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, ELABORE, venda ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y...". / "Art. 34. El que destine ilícitamente, bien mueble, inmueble, para que en él se elabore, almacene, transporte, venda o use alguna de las drogas a que se refiere el artículo 32 y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años y...". / Los artículos transcritos, si bien se identifican porque constituyen tipos compuestos, también es cierto que conservan su autonomía propia porque mientras que el objeto material en el primero está referido a las conductas alternativas relacionadas con la "droga que produzca dependencia", en el segundo la acción la orienta la DESTINACION DEL BIEN mueble o inmueble donde se realizan las conductas tocantes con la droga y que constituirían una forma de objeto material accesorio. Dicho de otro modo, en salvaguardia del principio de legalidad del delito y de las penas sólo puede considerarse autor en el último caso a quien realiza la conducta consistente en DESTINAR bien mueble o inmueble para los fines indicados, como quien suministra un vehículo o una bodega a ese propósito. Si con el solo hecho de hacer tal destinación se incurre en ese punible, síguese consecuencialmente que si el agente al propio tiempo realiza otro de los comportamientos que tocan con la droga que produce dependencia, se estará ante un concurso de delitos por constituir acciones individualmente consideradas como punibles. / El numeral 2o. del artículo 71 de la Ley procedimental penal evidentemente fija la competencia

Págs.

en los Jueces Regionales para conocer de los procesos por los delitos previstos en el artículo 34 citado cuando se trate de laboratorios. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de colisión de competencias. Fecha: NOVIEMBRE 29 DE 1994. Decisión: Declara competencia al Juzgado Primero Penal del Circuito de Leticia. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Guzmán, Carlos Julio. Delitos: Violación a la Ley 30/86. 574

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

Al indicar el legislador bajo el numeral 2. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que en materia penal la casación procede "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación", parte ante todo del principio de que ésta pieza procesal se constituye en la base y fundamento sobre el cual ha de girar el debate de la causa y la defensa, pero a la vez consagra como garantía que por ningún motivo podrá llegar a ser absuelto o condenado el acusado, si no es por los mismos hechos y bajo la denominación que les fue dada al concretar ese pliego de acusatorio. / Lo anterior implica, de una parte, que la resolución acusatoria no pueda ser un pronunciamiento informal equívoco o anfibológico, debiendo guardar en sí la debida coherencia, como la necesidad de que en el fallo se resuelvan cada uno de los aspectos en que radica el fondo del asunto, sin desviación del derrotero que ha marcado el auto acusatorio. / 2. Las circunstancias genéricas de agravación punitiva no demandan una inserción expresa como tales en el pliego acusatorio, pues por voluntad legal se trata de factores ha considerar tan solo en el momento y por el juez encargado de tasar la pena, siendo, por lo mismo, suficiente su enunciación meramente fáctica dentro de la resolución de acusación. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 30 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Sujetos: Yara Zamudio José Gustavo. Delitos: Violación a la Ley 30/86, Porte ilegal de armas. Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 581

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: NOVIEMBRE 30 DE 1994. Sujetos: Yara Zamudio, José Gustavo. Salvamento parcial de voto: Jorge Enrique Valencia Martínez. ... 594

Págs.

PECULADO / CONGRESISTA

En tanto no se modifique la regulación de la franquicia postal prevista en el Decreto 0258 de 1958, tampoco un reparo de tal índole (denuncia penal) resulta acogible, dada la ausencia de limitantes o condiciones para su ejercicio. / Frente al propósito de la ley 58 de 1985 encaminado a concederles iguales beneficios a todos los candidatos aspirantes al favor del voto popular, los principios de moralidad, equidad, transparencia e imparcialidad en que se basa ese ordenamiento quebrarían al permitir que durante etapas preelectorales, los congresistas-candidatos tuviesen con su franquicia parlamentaria una ventaja en el empleo gratuito de los correos para divulgación de su aspiración, desdibujando la finalidad buscada por la ley electoral, que según lo señaló la Cámara de Representantes en la ponencia para primer debate, tenía inspiración el "...logro de bases igualitarias para todos los partidos y grupos", eliminando "privilegios, que por odiosos e injustos atentan contra la libre competencia democrática y tuercen la libertad popular...". Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Unica instancia. Fecha: NOVIEMBRE 30 DE 1994. Decisión: Se inhibe. Sujetos: Cepeda Saravia, Efraín. 596

CULPA / CONTRAVENCION

Debe de entenderse que no por calificarse una forma viciosa de conducción de un vehículo como contravención, ya por ello se le despoja del elemento riesgoso a la culpa que ella comporta en la estimación de lo sucedido. Así, por ejemplo, no es lo mismo que las placas de un vehículo impidan distinguir sus números o letras con facilidad y precisión, porque este apartamiento de reglas que le obligan a comportamiento distinto no cabe estimarlo como propio a un devenir culposo en el cual la integridad física o la vida sufran menoscabo o pérdida. Y otro tanto se podría decir del tardío pago de impuestos o del deterioro de la calcomanía que atestigua su cumplimiento. Pero muy distinto es que se lleven las llantas lisas y el suceso se presente en terreno resbaladizo (lluvia, lodo etc.) y se pregone que no hubo, al momento de una colisión o de un volcamiento, la suficiente adherencia al terreno para aminorar su marcha; y, otro tanto cabe comentar cuando las luces son defectuosas y el hecho se presenta de noche, al punto que una dificultada velocidad posibilitó el suceso; o que a la probabilidad de maniobras inesperadas o riesgosas por deficiencia de los frenos, seguramente están más expuestos los que viajan en la parte descubierta de la carrocería, que en el interior de ésta y gozando de sillas bien ajustadas, con cinturones etc.. Esos factores contravencionales muestran su intenso papel de elemento contribuyente en el evento dañoso y en la culpa, si de los mismos se puede predicar un conocimiento en el procesado, quien ajeno a todo ello afrontó una conducción en estas circunstancias. Magistrado ponente: Doctor Carlos

Págs.

Eduardo Mejía Escobar. Sentencia de casación. Fecha: DICIEMBRE 01 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Arboleda Herrera, Luis Alfonso. Delitos: Homicidio culposo, lesiones personales culposas. 602

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / CONFESION / FLAGRANCIA / REBAJA DE PENA

La violación de la ley sustancial puede presentarse por vía directa, caso en el cual se produce sin consideraciones intermedias entre el raciocinio del juez y la norma indebida, bien sea porque fué dejada de aplicar, o porque se aplicó de manera indebida, o porque habiéndose aplicado la correcta fue interpretada erróneamente. En este evento se deben aceptar los hechos y las pruebas tal como las plasmó el Tribunal, toda vez que el yerro recae exclusivamente sobre la norma. / Para que la no aplicación de la rebaja de la pena por confesión se pueda atacar por violación directa, es necesario que en la sentencia se haya reconocido que existió confesión desde la primera versión que las circunstancias que rodearon la captura no son constitutivas de flagrancia, y que dicha confesión sea tenida en cuenta como fundamento de la decisión, de manera que el error del fallador se limite a la falta de aplicación del artículo 299 del estatuto procesal. / De acuerdo con el artículo 299 del Código de Procesamiento Penal la rebaja de pena no es procedente en casos de flagrancia. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: DICIEMBRE 01 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Maya Díaz, Oscar Fernando. Delitos: Homicidio culposo. 610

NULIDAD / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / COLISION DE COMPETENCIA

Como la ha reiterado la jurisprudencia, las nulidades solo pueden ser declaradas por el funcionario competente. / 2. El Fiscal Regional, una vez realizada el acta de sentencia anticipada pierde la competencia y solamente le corresponde al juez de conocimiento tomar las decisiones pertinentes después de esta diligencia (audiencia de terminación anticipada), como lo establece la ley 81 de 1993, artículo 3o. cuando dice: "las diligencias se remitirán al juez competente que, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales...". Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de colisión de competencias. Fecha: DICIEMBRE 05 DE 1994. Decisión: Declara competencia al Juez 14 Penal del Circuito. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Cali. Sujetos:

Págs.

Himcapie Ocampo, José Benor o Benhur. Delitos: Hurto, porte ilegal de armas. 623

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

De conformidad con lo previsto en el numeral 2 del art. 51 de la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y carcelario), corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad conocer "De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena", es decir, cuando el fallo ha quedado ejecutoriado, que es cuando hace tránsito a cosa juzgada. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Casación –Libertad–. Fecha: DICIEMBRE 05 DE 1994. Decisión: Se abstiene de resolver solicitud. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Vélez Murillo, Guillermo. Delitos: Homicidio. 629

APERTURA DE INVESTIGACION / INDAGATORIA

Sin transgredir las reglas del debido proceso, cómo podría entenderse que oír en indagatoria al imputado es una actuación atinada, si previamente no se ha ordenado la apertura de instrucción?. / Cuando el artículo 334 de la Ley 5 de 1992 ordena que el "denunciado" será citado para que comparezca a rendir indagatoria, es porque la misma norma prevé que ya hubo apertura de la "investigación" y que el proceso se encuentra en su etapa sumaria o instructiva. / Por consiguiente, mientras no existe formal investigación penal, la que se inicia con resolución de apertura de instrucción, a ella no podrá vincularse a persona alguna en calidad de sindicado. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Unica instancia. Fecha: DICIEMBRE 06 DE 1994. Decisión: No repone. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Sujetos: Rojas Jiménez, Héctor Helí. 632

PRESCRIPCION

Siendo la prescripción una causal objetiva de improseguibilidad de la acción penal, el funcionario que tenga a su conocimiento el proceso sólo tiene competencia para declararla y consecuencialmente, disponer la cesación del respectivo procedimiento. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: DICIEMBRE 06 DE 1994. Decisión: Casa parcial y declara prescrita la acción. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Sujetos: Blanco Díaz, Ulises. Gulfo Martínez, Nhora del Rosario. Delitos: Estafa. 637

Págs.

PRESCRIPCION

El artículo 84 del C.P. preceptúa que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, comenzando a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años. Por su parte, el artículo 85 de la misma obra señala que, entratándose del juzgamiento de varios delitos, la prescripción de las acciones se cumplirá en forma independiente para cada cual. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: DICIEMBRE 06 DE 1994. Decisión: Casa parcial declarando extinguida la acción penal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Sujetos: Zúñiga Guerra, Fernando Jairo. Suárez Builes, Jaime Arturo. Delitos: Hurto, homicidio... 647

IMPUTABILIDAD/ MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Tratándose de inimputables, su liberación o la sustitución de las medidas de seguridad dependen de factores diferentes -siempre y cuando no rebasen el tiempo máximo previsto como pena-, atañaderos con la recuperación de su normalidad o el logro de unas condiciones de equilibrio que tornen factible su reintegración a la comunidad, sin riesgos graves para el afectado ni para su entorno (artículos 95, 98, 99 y concordantes del C.P.). Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Casación –Libertad–. Fecha: DICIEMBRE 07 DE 1994. Decisión: Deniega la suspensión o sustitución de la medida de seguridad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Moreno Moreno, Belisario. Delitos: Homicidio imperfecto. 660

CASACION DISCRECIONAL

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal en su inciso tercero, otorga a la Sala Penal de la Corte, competencia para que, de manera excepcional, determine sobre la viabilidad o no del recurso extraordinario de casación para aquellos casos en que la impugnación no se sujeta a los requisitos legales previstos en el inciso primero de la citada norma. / Significa lo anterior que cuando los requisitos relativos a la autoridad judicial que emitió el fallo o al quantum de la pena no se satisfagan, es la Corte la que debe decidir sobre su admisibilidad pues, en estos casos, se trata de motivos específicos que le imprimen esa característica de excepcionalidad y discrecionalidad, esto es, la necesidad de desarrollar su propia jurisprudencia o hacer efectivo algún derecho fundamental. Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Recurso de hecho. Fecha: DICIEMBRE 12 DE 1994. Decisión: Decreta la nulidad. Sujetos: Orjuela Sánchez, Carlos Alberto. Delitos: Peculado. 663

Págs.

CASACION DISCRECIONAL

La Corte reiteradamente a sostenido que para que sea admisible la casación discrecional, es necesario que el recurrente anticipadamente exponga las razones por las cuales estima que la Corporación debe intervenir en el caso concreto para crear o desarrollar la jurisprudencia o intentar demostrar qué garantía fundamental le fue desconocida o resultó vulnerada al acusado durante el rito procesal que impliquen su restablecimiento. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Casación discrecional. Fecha: DICIEMBRE 12 DE 1994. Decisión: Inadmite el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Sujetos: Arroyave Mejía, Jorge Eduardo. Delitos: Abandono del puesto. 667

DETENCION DOMICILIARIA

El artículo 53 de la ley 81 de 1993, atribuye competencia al funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se le atribuye bajo el presupuesto del análisis de las pruebas de responsabilidad que obran en el proceso, competencia que la Corte sólo tiene en los casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Casación –Libertad–. Fecha: DICIEMBRE 12 DE 1994. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Sujetos: Báez Saavedra, William. Delitos: Estafa, falsedad en documento público, concierto para delinquir, falsedad de sellos oficiales. 670

CASACIÒN OFICIOSA / RESOLUCION DE ACUSACION / TRANSITO DE LEGISLACION

Al abordar el tema de la facultad oficiosa que le cabe a la Corte ello no indica que el casacionista quede revelado de presentar sus propios razonamientos. Por el contrario, dado que esta causal -como las demás- posee su propia naturaleza y alcances, del mismo modo exige una adecuada presentación y unos fundamentos sólidos para ser considerada como materia de estudio y reflexión por esta Colegiatura. / 2. La resolución de acusación se encuentra sujeta a los recursos ordinarios, a través de los cuales es posible

Págs.

revisar la actuación y, si es el caso, efectuar el correctivo necesario. / "Como regla general, es bien sabido que la ley procedimental no se aplica a las actuaciones procesales cumplidas antes de su vigencia y por lo mismo, que los efectos inherentes a la norma imperante para dicha época subsisten independientemente del tránsito legislativo, sin que sea dable afirmar que su aplicación se pueda poner en duda por las consecuencias que la nueva normatividad traiga consigo, en la medida en que es un principio general en materia de sucesión de leyes el que éstas deban regir para el futuro". Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: DICIEMBRE 12 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Vergara Capillo, Ramiro Moisés. Melo Rodríguez, Stella. Delitos: Estafa. 674

CAMBIO DE RADICACION

Es apenas elemental que una disposición tan importante como el cambio de radicación de un proceso, debe ordenarse sobre comprobaciones serias, sólidas y no sobre meras enunciaciones, sin el más ligero fundamento. Y sabido es que la carga de la prueba dentro de este especial trámite corre por cuenta del peticionario del cambio de radicación. El Código de Procedimiento Penal, en su Libro 1o, Título 2o, Capítulo V, que es donde trata de este fenómeno jurídico, por parte alguna indica que, en su trámite, exista un período probatorio, en tanto que ordena que "La solicitud debe ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda". / La responsabilidad pues de probar recae en cabeza de quien demanda el cambio de radicación, y, no probando sus asertos, es apenas obvio que éste no puede aspirar a que le prospere su solicitud, pues el riesgo por lo indemostrado es todo suyo. Sobre simples supuestos de hecho, carentes de toda comprobación, es imposible viabilizar una decisión tan importante. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Cambio de radicación. Fecha: DICIEMBRE 12 DE 1994. Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito. Ciudad: Arauca. Sujetos: Rincón Bedoya, Jorge Alberto. Delitos: Homicidio. 705

IMPEDIMENTO / HABER ACTUADO COMO FISCAL

La ley 81 de 1993, en su artículo 15 consagró una nueva causal de impedimento, la 11, consiste en "Que el Juez haya actuado como fiscal", "actuación" que ha de entenderse en cualesquiera de las dos etapas del proceso por cuanto ninguna distinción al respecto hizo el legislador. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de impedimento. Fecha: DICIEMBRE 13 DE 1994. Decisión: Acepta el impedimento.

Págs.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Sujetos: Durango Gómez, Ovidio de Jesús. Delitos: Prevaricato por acción. 710

DEMANDA DE CASACION

El numeral tercero del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal es categórico al exigir como requisito de la demanda de casación "La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas". Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Demanda de casación. Fecha: DICIEMBRE 14 DE 1994. Decisión: Rechaza in límine. Sujetos: Angarita Rada, Alfredo Alfonso. Campos Torres, Eduardo Enrique. 713

INJURIA

Si dentro de la misma Constitución se incentivan mecanismos de participación ciudadana, no limitados a la sola selección de los gobernantes mediante el voto popular, sino extensivos a la definición de obras y en particular a la exigencia de responsabilidades a los funcionarios de representación popular que incumplan sus promesas preelectorales, mucho menos reprochable se muestra una actividad crítica a la gestión del alcalde (responsable ante la Constitución y ante la ley tanto política, administrativa y hasta penalmente como cualquier otro funcionario), si en ella no se emplean términos denigrantes u ofensivos de su patrimonio moral. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Unica instancia. Fecha: DICIEMBRE 14 DE 1994. Decisión: Se inhibe de abrir investigación penal. Sujetos: Garavito Hernández, Rodrigo. 720

DEFENSOR / INEXISTENCIA / DEMANDA DE CASACION / PERJUICIOS

Frente a la posición del Tribunal concordante con la del no recurrente en el sentido de que la presencia del representante de la sociedad convalida la ausencia del defensor, se debe aclarar que es una conclusión absurda y peligrosa para el respeto que se debe tener por las garantías de los acusados. Por ese camino se llega al desconocimiento de la defensa técnica, y a confundir las funciones que corresponden a cada uno de los sujetos procesales, de tal manera que el Ministerio Público podría también suplir la no presencia del fiscal en los casos en que la ley exige como obligatoria. / El artículo 161 del estatuto procesal vigente no deja duda sobre su mandato: "se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor", de donde se desprende que pretender justificar la inasistencia

Págs.

del abogado encargado de la defensa con el argumento de que para eso estaba el agente del Ministerio Público, es una interpretación que desborda no solo lo estrictamente jurídico sino también lo razonable. / En consecuencia, un reconocimiento en fila de personas de esta naturaleza debe ser tenido como inexistente, sin que pueda ser valorado en la sentencia. / 2. El estatuto actualmente vigente no exige que el error planteado se califique como de hecho o de derecho, pero debe indicarse en qué consiste la inconformidad para así mismo saber a que debe apuntar su fundamentación. 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 debe ser otra que su desestimación. / 3. De acuerdo con lo previsto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, la condena al pago de perjuicios en concreto es "si a ello hubiere lugar, y como es obvio, si no existe la prueba necesaria no se puede condenar". Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: DICIEMBRE 14 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Sujetos: Leyva Dagoberto. Delitos: Homicidio. 726

DICTAMEN PERICIAL

El dictamen pericial no constituye por sí solo la plena prueba, ni es elemento de convicción exclusivo. Como lo señala el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal, el dictamen debe apreciarse libremente por el Juez, teniendo en cuenta la firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y "los demás elementos probatorios que obren en el proceso". Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: DICIEMBRE 14 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Florencia. Sujetos: Cabrera Trujillo, Raúl. Delitos: Homicidio, lesiones personales. . 744

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / DEMANDA DE CASACION / IN DUBIO PRO REO

Si el juzgador admite que el proceso arroja dudas al encontrar que las pruebas recaudadas eran insuficientes para predicar la certeza sobre la responsabilidad penal del imputado y a pesar de ello condena, es obvio que se presenta una violación directa de la ley sustancial. En cambio cuando en el desarrollo argumental de la sentencia se desecha la duda por no aceptarse su existencia, la violación a la ley se da en forma indirecta , pues es claro que el yerro se produjo al examinar, sopesar y evaluar el acervo probatorio. Por consiguiente, dependiendo de la clase de falso juicio que produjo el tropiezo,

Págs.

deberá especificarse si se trata de un error de hecho o de derecho. / Si el ad quem al revisar el fallo vulnera la ley sustancial a través de cualquiera de los varios motivos de casación debe la demanda enseñar y demostrar la clase de error cometido, su trascendencia en el fallo, el grave perjuicio cometido en contra del sujeto procesal que representa y, por tanto, la necesidad de reparar el agravio por medio de la casación de la sentencia. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación: Fecha: DICIEMBRE 14 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Sujetos: Ocaña Eraso, Jorge Eliécer. Delitos: Homicidio. 759

TERRORISMO / COLISION DE COMPETENCIA

No se puede llegar hasta el extremo de pretender que por existir una finalidad directa, esa circunstancia excluya como también previstos y queridos por el autor, aquellos resultados vinculados de manera necesaria o eventual con lo directamente perseguido por él. / Si la conducta terrorista, a la luz del artículo 1o del Decreto 180 de 1988, consiste en provocar o mantener "en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos...", cómo no inferir el propósito terrorista del comportamiento de un sujeto, que mediante la promesa de recibir a cambio una cantidad de dinero, se comprometió a colocar y hacer explotar tres kilos de dinamita en un sector residencial de la ciudad capital, en el lugar que previamente le indicaron. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto colisión de competencias. Fecha: DICIEMBRE 14 DE 1994. Decisión: Dirime asignando competencia al Juzgado Regional de Bogotá. Procedencia: Juzgado 69 Penal del Circuito. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Carrión Vargas, Luis Vicente. Delitos: Terrorismo. Salvamento de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 769

TERRORISMO (SALVAMENTO DE VOTO)

He entendido siempre que el delito de terrorismo se construye a través de una clara concepción finalista: la amenaza de la seguridad general o la alteración del orden público. El Decreto legislativo 180 de 1988 reclama en la conducta del agente propósitos desestabilizadores de las instituciones democráticas, caracterizándose por una específica finalidad que lo personaliza: la terrorista. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de colisión de competencias. Fecha: DICIEMBRE 14 DE 1994. Sujetos: Carrion Vargas, Luis Vicente. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 778

Págs.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL/ COLISION DE COMPETENCIA

El arma de autos (pistola "Star", 9mm., con proveedor apto para alojar 15 proyectiles, con energía cinética de 365 libras pie y con un proyectil de los 11 que se decomisaron con blindaje de punta hueca, es de uso personal por la sola circunstacia de que su calibre es inferior a 9.652 mm.). / Sin vacilaciones, pues, nada importan las otras características de la pistola decomisada, así ellas en legislaciones anteriores constituyen factor suficiente para tenerlas como de uso privativo de la fuerza pública. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de colisión de competencias. Fecha: DICIEMBRE 15 DE 1994. Decisión: Declara competencia al Juzgado Penal del Circuito de Medellín. Procedencia: Tribunal Nacional. Sujetos: Cano Gómez, Fabián de Jesús. Delitos: Porte ilegal de armas de uso privativo de las F.M. 782

CONCURSO DE DELITOS / LEGALIDAD DE LA PENA

Dentro del principio superior de la legalidad de los delitos y la sanción, de ineludible aplicación en toda actuación procesal penal, cuenta indefectiblemente el artículo 26 del Código Penal, según el cual, en los casos de concurso de infracciones el procesado "quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto". / "Aún se advierte la existencia de modalidades diversas donde la disparidad de las penas o las variables entre los mínimos y los máximos ofrecen dificultades para su aplicación. Uno de ellos se da cuando una infracción tiene prevista pena privativa de la libertad, mientras la otra implica una sanción de multa, caso en el cual "se tasa la pena privativa de la libertad para el delito concurrente que tiene prevista y, sin hacerle ningún incremento, se impone además la multa señalada como sanción para el otro ilícito". / Pero hay todavía otros eventos donde uno de los delitos tiene previsto un mínimo de la pena inferior al de la segunda infracción, pero su máximo se eleva por encima de ésta. / Es innegable que para estos casos la selección de la sanción continuará ceñida bajo las reglas del artículo 26 del Código Penal, pero que para darle una debida aplicación a ese precepto, ni el mínimo a imponer podría estar debajo del señalado en alguna de las infracciones concurrentes, ni el máximo supeditarse al inferior entre los dos, porque tanto en el primero de los casos como en el segundo, se desconocerían los incrementos por defecto, entrando el juzgador a distanciarse de las previsiones y fines perseguidos por el legislador, llegando indebidamente a sustituirlo. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: DICIEMBRE 15 DE 1994. Decisión: Desestima las demandas y casa parcial y oficiosamente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Jiménez González, Alfonso. Delitos: Falsedad, estafa 788

Págs.

AUTO CALIFICATORIO

Durante el trámite del proceso penal existen decisiones que contienen en sí mismas relevante importancia, y por ello la ley impone que deban estar precedidas de algunas condiciones específicas para su pronunciamiento. Es el caso de la providencia que califica el mérito del sumario, la cual como se sabe, no solo debe estar precedida de auto de sustanciación debidamente notificado, sino que también es necesario que hayan transcurrido los términos legales para que las partes presenten sus alegatos de conclusión y que el funcionario que disponga el cierre de investigación y en consecuencia la calificación del mérito del sumario, concurran todos los factores determinantes de la competencia. Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia de casación: DICIEMBRE 16 DE 1994. Decisión: Casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Sujetos: Romero Constante, Pedro Julio. Delitos: Secuestro extorsivo. Aclaración de voto del doctor Nilson Pinilla Pinilla. 808

ACLARACION DE VOTO

Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia de casación. Fecha: DICIEMBRE 16 DE 1994. Aclaración de voto del Doctor Nilson Pinilla Pinilla. 819

VIOLACION AL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

El solo hecho de ostentar la investidura de congresista y de pertenecer simultáneamente a un movimiento de carácter político y ser uno de sus directivos, no adecua el comportamiento a la incompatibilidad que establece el numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución Nacional, pues la ley 5a. de 1992 que reglamentó el postulado constitucional, en el numeral 9o. del artículo 283, autoriza a los miembros del Congreso Nacional para participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley. / La misma ley 5a. de 1992 contempla en el artículo 281 que por incompatibilidades se debe entender todos aquellos actos que no pueden realizar o ejecutar los congresistas durante el período del ejercicio de la función; normatividad que se encuentra vigente y que no riñe con el postulado constitucional, pues la Corte Constitucional al realizar el control constitucional la encontró ajustada a la Carta Política en pronunciamiento que lleva fecha del 4 de febrero de 1993. / Tampoco se debe olvidar que la actividad legislativa es eminentemente política, pues sus integrantes como representantes en el congreso de sus electores están para hacer las leyes de acuerdo a las circunstancias sociales, económicas y políticas de la comunidad que

Págs.

representan, y conforme a los soportes ideológicos de la agrupación a que pertenecen. / Entendidas así las cosas, los Congresistas pueden pertenecer en calidad de directivos de partidos o movimientos políticos que tengan personería jurídica de acuerdo con la ley; y al Partido Liberal Colombiano se le reconoció mediante resolución número 4 del 28 de enero de 1986, emanada del Consejo Nacional Electoral, la cual se encuentra vigente. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Unica instancia. Fecha: DICIEMBRE 16 DE 1994. Decisión: Se abstiene de iniciar instrucción penal. Sujetos: Angel, Juan Guillermo Córdoba de Castro, Piedad. Benedetti, Alvaro. Espinosa Vera, Yolima. 824

COLISION DE COMPETENCIA

Uno de los pilares del principio constitucional del debido proceso lo constituye el del juez natural, conforme al cual, es a él y privativamente a quien corresponde adoptar las determinaciones que competen dentro de cada proceso, de manera independiente y dentro de los límites de competencia que solo el legislador le puede atribuir, como en tal sentido emana de los artículos 29 de la Constitución y 1o. del Código de Procedimiento Penal, reglas cuya inobservancia genera las consecuencias indicadas en el artículo 304.1 ibídem. / Sabido es que una ley sobreviniente modifica los factores determinantes en la atribución de competencia, sin que en ese texto normativo aparezcan condicionamientos ni excepciones, la re-adjudicación funcional opera a partir de la vigencia del nuevo precepto, pues tal es la voluntad expresa que el legislador consagra respecto de las normas de procedimiento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de colisión de competencias. Fecha: DICIEMBRE 16 DE 1994. Decisión: Asigna conocimiento al Tribunal Superior de Medellín. Procedencia: Tribunal Nacional. Sujetos: Muñoz, Hugo de Jesús. Cano Osorio, Heriberto. Delitos: Secuestro 832

IMPEDIMENTO / HABER DICTADO PROVIDENCIA / PARENTESCO

Se ha señalado, por esta Corporación, que en los dos supuestos que atiende el artículo 103-6 del C. de P.P. (a. Haber dictado la providencia de cuya revisión se trata; b. Ser pariente dentro de los grados que allí se señalan del inferior que dictó la providencia que se va a revisar), debe existir una providencia objeto de examen, bien sea por consulta o por interposición de un recurso. / Se ha dicho que resulta desatinado aplicar retroactivamente las regulaciones del sistema acusatorio, para establecer una causal de separación, pues como se ha reiterado por la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, los Magistrados no se convirtieron en Fiscales, ni son acusadores en el juicio, ni pasaron a ser sujetos procesales. Cumplieron,

Págs.

simplemente, en vigencia anterior unas atribuciones legales de instrucción pero en su misma condición de Magistrados, y obedeciendo a la filosofía procedimental que entonces imperaba. Lo indudable es también que los impedimentos y recusaciones son de enumeración legal taxativa, precisamente por tener que ver con el fenómeno de la competencia que, como bien se sabe, dimana de la ley, siendo atribuida expresamente, del mismo modo que sus excepciones y sin que en manera alguna valgan analogías. Luego, si la norma en comento para nada se refiere a quien obra como funcionario de primera instancia, sobran las argumentaciones sobre otras materias para pretender así construir unas circunstancias que, siendo ajenas, forzadamente se buscan enmarcar dentro de la causal 6a. del artículo 103 del C. de Procedimiento Penal. / Ahora, la causal de impedimento que consagra el numeral 11 del artículo 103, esta referida a que el juez haya actuado como Fiscal, mas no como funcionario de instrucción. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de impedimento. Fecha: DICIEMBRE 19 DE 1994. Decisión: Declara que le asiste razón. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Sujetos: Mendoza Villa, Alvaro. 838

COLISION DE COMPETENCIA/JUEZ REGIONAL/ PORTE ILEGAL DE ARMAS

El artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993, al precisar la competencia en primera instancia de los Jueces Regionales dispone, en su numeral 4o, que conocen "de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal". / En dicho último caso, la competencia para el juzgamiento es de los Juzgados Penales del Circuito. / Quien cumple la actividad de transportar, que, en su más conocida acepción es llevar cosas o personas de un lugar a otro, puede utilizar cualquier medio para hacerlo, incluído el mismo cuerpo humano, y la cantidad o calidad de los elementos que se movilizan, si bien, en determinados casos, pueden llegar a ser, por sí solos, factores determinantes para estructurar la acción de transportar, como cuando se sorprende al sujeto con grandes cantidades o con elementos sofisticados, en otros habrá que acudir a criterios distintos, verbigracia al propósito del agente, para poder concretar la acción delictiva. Tanto es sujeto activo de la conducta quien moviliza grandes o pequeñas cantidades en uno o varios desplazamientos, cualquiera sea el medio de que se valga para lograr su cometido, como quien lo hace por unidades, si la motivación de su proceder es el traslado de los objetos de un sitio a otro. / La conducta se presenta más clara cuando se actúa por cuenta de otro, bajo cualquier promesa, pues en esta hipótesis el comprometido asume funciones inequívocas de transportador, como quiera que cumple un recorrido con el propósito de poner en sitio distinto los elementos o mercancía recibidos.Magistrado ponente: Doctor Guillermo

Págs.

Duque Ruiz. Auto de colisión de competencias. Fecha: DICIEMBRE 19 DE 1994. Decisión: Declara competencia a la justicia regional. Procedencia: Juzgado Noveno Penal del Circuito. Ciudad: Neiva. Sujetos: Sánchez Losada, Norma Constanza. Delitos: Porte ilegal de armas. 843

INDICE ALFABETICO DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR

SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

A

ACCION DE REVISION. 83, 239, 384, 465, 496, 514
ACLARACION DE VOTO. 819
ALLANAMIENTO. 447
APELACION (SALVAMENTO DE VOTO). 528
APERTURA DE INVESTIGACION. 632
AUTO CALIFICATORIO. 808

C

CAMBIO DE RADICACION. 133, 507, 705
CASACION DISCRECIONAL. 50, 126, 501, 663, 667
CASACION OFICIOSA. 337, 674
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA. 337, 581
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). 347, 594
COLISION DE COMPETENCIA. 7, 54, 76, 121, 141, 201, 207, 288, 348, 574, 623, 769, 782, 832, 843
COMPETENCIA. 62, 68, 384, 400
CONCURSO DE DELITOS. 788
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. 481
CONFESION. 353, 610
CONGRESISTA. 596
CONTRAVENCION. 400, 602
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 62
CULPA. 275, 602

D

DEFENSOR. 496, 507, 726

DEFINICION DE LA SITUACION JURIDICA. 244
DELITO POLITICO. 390, 530
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO. 207
DEMANDA DE CASACION. 62, 400, 496, 518, 565, 713, 726, 759
DERECHO DE DEFENSA. 337, 400, 496
DESISTIMIENTO. 496
DETENCION DOMICILIARIA. 212, 488, 670
DETENCION DOMICILIARIA (SALVAMENTO DE VOTO). 491
DICTAMEN MEDICO. 458
DICTAMEN PERICIAL. 744

E

ERROR DE HECHO. 541
ERROR DE HECHO (ACLARACIÓN DE VOTO). 554
ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. 400
EXTRADICION. 180

F

FALSA MOTIVACION. 220
FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO. 37
FALSEDAD MATERIAL DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO. 151
FALSO JUICIO DE CONVICCION. 541
FALSO JUICIO DE CONVICCION (ACLARACIÓN DE VOTO). 554
FISCAL GENERAL DE LA NACION. 68
FISCAL REGIONAL. 141
FISCALIA. 54
FLAGRANCIA. 353, 610
FUERO. 557

H

HABEAS CORPUS. 105
HABER ACTUADO COMO FISCAL. 710
HABER DICTADO PROVIDENCIA. 396, 838
HECHO NUEVO. 465

I

IMPEDIMENTO. 396, 710, 838
IMPUTABILIDAD. 190, 660
IN DUBIO PRO REO. 759
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. 581
INDAGACION PRELIMINAR. 400
INDAGATORIA. 632
INDULTO. 530
INEXISTENCIA. 726
INFORME TECNICO. 294
INJURIA. 720
INSPECCION DE POLICIA. 400
IRA E INTENSO DOLOR. 17, 27

J

JUEZ. 37
JUEZ DE CIRCUITO. 121, 674
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS. 348, 629
JUEZ REGIONAL. 76, 141, 574, 843
JURISDICCION DISCIPLINARIA. 62

L

LEGALIDAD DE LA PENA. 362, 788
LESIONES PERSONALES. 307
LIBERTAD INMEDIATA POR CAPTURA ILEGAL. 105
LIBERTAD PROVISIONAL. 7

M

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. 244, 660

N

NARCOTRAFICO. 574
NULIDAD. 68, 105, 220, 400, 458, 518, 623

P

PARENTESCO. 838
PECULADO. 596
PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE. 10
PERJUICIOS. 726
POLICIA JUDICIAL. 259
PORTE ILEGAL DE ARMAS. 121, 843
PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL. 201, 288, 782
PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. 76, 201, 288
PRESCRIPCION. 637, 647
PRETERINTENCION. 275
PREVARICATO. 431
PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 86
PRUEBA. 86, 172, 180, 220, 259, 294, 373, 400
PRUEBA FALSA. 239, 465

R

REBAJA DE PENA. 610
RECURSO DE CASACION. 561
RECURSO DE CASACION (SALVAMENTO DE VOTO). 564
RECURSO DE HECHO. 139
RECURSO DE REPOSICION. 256
RECUSACION. 133
REDENCION DE PENA. 353
REFORMATIO IN PEJUS. 86, 362, 518
REGIMEN DISCIPLINARIO. 83
RESOLUCION DE ACUSACION. 674
RETROACTIVIDAD. 256

S

SANA CRITICA. 17, 86, 294, 328, 541

T

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO. 623

TERMINO. 139, 400, 561
TERRORISMO. 769
TERRORISMO (SALVAMENTO DE VOTO). 778
TESTIMONIO. 17, 328
TIPICIDAD. 307
TRANSITO DE LEGISLACION. 674
TRIBUNAL NACIONAL. 384

V

VIOLACION AL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. 824
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. 151, 610, 759

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO
Y CARCELARIO "INPEC"

Esta obra se terminó de imprimir en el Taller de Artes Gráficas de la Penitenciaría Central de Colombia en el mes de febrero de 1996.

Santafé de Bogotá, D. C.