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: Partida 1ª, Título I, Ley XIII).

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXXXIX SEGUNDO SEMESTRE NUMERO 2478

VOLUMEN I

SANTA FE DE BOGOTA D.C., COLOMBIA - AÑO 1995

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
INVENTARIO

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXXXIX - NUMERO 2478

SEGUNDO SEMESTRE DE 1995

SALA DE CASACION PENAL

Santafé de Bogotá D. C., Colombia - 1995

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1995

SALA PLENA

Doctores: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss - Presidente*
Ramón Zúñiga Valverde - Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA LABORAL

Doctores: *Rafael Méndez Arango - Presidente*
Laura Margarita Manotas G. - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores: *Rafael Mendez Arango*
Francisco Escobar Henríquez
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Germán Valdez Sánchez
Ramón Zúñiga Valverde

SALA CIVIL

Doctores *Nicolás Bechara Simancas - Presidente*
Lina María Torrez González - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores: *Francisco Javier Tamayo Jaramillo*
Carlos Esteban Jaramillo Scholss
Pedro Lafont Pianetta

Hétor Marín Naranjo
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra

SALA PENAL

Doctores *Nilson Pinilla Pinilla - Presidente*
Carlos Alberto Gordillo Lombana
Patricia Salasar Cuéllar - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores: *Ricardo Calvete Rangel*
Nilson Pinilla Pinilla
Fernando Arboleda Ripoll
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Dídino Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Jorge Córdoba Poveda
Juan Manuel Torres Fresneda
Jorge Enrique Valencia Martínez
Carlos Augusto Gálvez Argote

RELATORES

Doctoras: *Esperanza Inés Márquez Ortíz*
Sala Laboral

Liliana Polanía Alvarez
Sala Civil

Ayda Lucy López de Giraldo
Sala Penal

Beatriz Eugenia Cortéz Becerra
Tutelas

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL	DOCTORA LILIANA POLANÍA ALVAREZ
RELATORA SALA LABORAL	DOCTORA ESPERANZA INÉS MÁRQUEZ ORTIZ
RELATORA SALA PENAL	DOCTORA AYDA LUCY LÓPEZ DE GIRALDO
RELATORA TUTELAS	DOCTORA BEATRIZ EUGENIA CORTÉS BECERRA

TOMO CCXXXIX - SEGUNDO SEMESTRE - Número 2478

PRUEBA / DERECHO DE DEFENSA / DEFENSA TECNICA

Ningún acto irregular o violatorio para las garantías procesales se ofrece en la actuación de primer grado, porque en el curso de la audiencia pública se dio debido cumplimiento a los principios de inmediación, oralidad, publicidad, lealtad, contradicción e igualdad, sin que el solo hecho de consignar en unas grabaciones magnetofónicas las intervenciones orales de las partes pueda constituir defecto sustancial alguno, tratándose de un procedimiento válido y previsto en la ley, no sometido por su regulación especial, a la forzada transcripción que establece en lo civil el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

No solamente por la ausencia de defensa técnica se incurre en la vulneración del derecho del sindicado a estar asistido por un abogado. Del mismo modo se desconoce el derecho a la defensa cuando el juez ignora los planteamientos oportunos del apoderado, porque de nada sirve que los profesionales en representación del acusado permanezcan atentos al desarrollo del proceso, presenten alegaciones, aporten o soliciten pruebas o hagan uso de recursos, si el juzgador se niega a oírlos.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado por Acta No. 87

Proceso No. 8821

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado *Luis Manuel Arrieta Ramos* en contra de la sentencia del 18 de mayo de 1993 emanada del Tribunal Superior de Montería, decisión que revocó el fallo absolutorio del Juzgado Penal del Circuito de Sahagún y profirió condena a la pena principal de diez años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y al pago de cuatro mil gramos oro como indemnización de perjuicios, por el delito de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la mañana del 21 de noviembre de 1991, en inmediaciones del kiosco de Evelio Arrieta ubicado en el corregimiento de "El Guaimarito" del municipio de Sahagún, se suscitó un enfrentamiento entre *Luis Manuel Arrieta Ramos,* quien llegó conduciendo un vehículo y acompañado de su esposa y una hija, y el individuo Olibardo Mercado, quien armado de un machete atacó el automotor y terminó por recibir varios impactos de proyectil de arma de fuego disparados desde el interior por el conductor, su antagonista, ocasionándole heridas que produjeron su fallecimiento tres días más tarde.

Adelantó las primeras diligencias la Policía de Sahagún, y la investigación el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal radicado en esa ciudad, despacho éste que el 22 de noviembre de 1991 dictó auto cabeza de proceso y luego, mediante proveído del 20 de marzo de 1992 calificó su mérito con resolución acusatoria en contra de *Luis Manuel Arrieta Ramos,* decretando además la cesación de procedimiento en favor de Lucinda María Bedoya Salgado. Esta decisión fue confirmada en su integridad por el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal de Montería el 23 de julio de 1992, recién entrado en vigencia el Decreto 2700 de 1991.

De la etapa del juicio conocería el Juez Penal del Circuito de Sahagún, que en la diligencia de audiencia recepcionó los testimonios de Víctor Acosta Hoyos, Teófilo Alberto Peñate Alvarez y Quimio César Luna Palomino, coleccionándose las intervenciones de las partes en un registro

magnetofónico, para proferir finalmente el 12 de febrero de 1993 sentencia absolutoria "por falta de comprobación del cuerpo del delito".

Inconforme con esta decisión, el representante de la parte civil interpuso el recurso de apelación que permitió al Tribunal de Montería revocar la absolución y proferir la sentencia de condena de mayo 18 de 1993, impugnada ahora en casación por el defensor del sentenciado.

LA DEMANDA

El *primer cargo* del libelo se orienta a obtener la nulidad de la sentencia del Tribunal con asidero en la causal tercera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo la violación de las disposiciones contenidas en los preceptos 180-3, 180-4, 304-2, 304-3, 305, 307, 308, 449, 450, 451 y 452 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución, al no tener en cuenta la intervención de las partes en la audiencia pública, incurriendo de ese modo en irregularidad de carácter sustancial.

La sentencia se refirió exclusivamente al memorial allegado por el defensor con motivo de la calificación del sumario, sin consideración alguna sobre los argumentos de la audiencia contenidos en la grabación magnetofónica agregada sin trascripción mecanográfica, seguramente porque los magistrados no la escucharon, pero además porque omitieron incorporar en la providencia el resumen de los alegatos de las partes como ordenaba el artículo 180 del estatuto procesal.

La omitida trascripción de la audiencia en la forma prevista por el artículo 156 *ibidem*, era labor "estrictamente necesaria" para poder analizar los alegatos, de modo que la diligencia quedó incompleta y "prácticamente inexistente" a pesar de las constancias obrantes en el expediente sobre su grabación, que por haber pasado desapercibida para el juzgador generó la violación del derecho de defensa, pues sin audiencia no hay defensa.

El hecho de que el Tribunal no hubiera escuchado la grabación significa que las partes no fueron oídas como se lo garantizaba no solamente el artículo 451 del estatuto procesal, sino el sentido mismo y razón de ser de la audiencia definida como el "acto de oír los soberanos u otras autoridades a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa. Ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrecen a un interesado en juicio o en expediente...".

Como no existe trascripción de las casetes ni constancia de haber sido oídos, y tampoco referenciados en la sentencia, fuerza es concluir que existe un error grave que de acuerdo con los numerales 2 y 3 del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal genera nulidad por no tener en cuenta un acto procesal de suma trascendencia.

La irregularidad es sustancial y afecta el debido proceso porque la audiencia es "único medio para que la defensa venza en juicio" y las restantes partes soliciten una correcta administración de justicia. Siendo bastante con omitir alguna de esas intervenciones para afirmar la presencia de su irregular realización, sería imposible inaceptar que el vicio se torna en protuberante cuando lo ignorado es el discurso de la integridad de los intervinientes. Tal omisión hizo evidente el incumplimiento del artículo 449, *ibidem*, y por lo mismo la violación del debido proceso.

De idéntico modo, cuando se desconoce la intervención del defensor y del vocero en el momento culminante del proceso, el que se afecta es el derecho a la defensa que garantiza el artículo 29 constitucional estableciendo en favor del procesado el derecho de probar, controvertir los medios en su contra y asistirse de abogado.

Tampoco las pruebas de la audiencia fueron consideradas por el Tribunal, desconociendo en ello el artículo 180-4 del Código de Procedimiento penal que exigía "la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión", así que la sentencia se basó tan sólo en el recaudo del sumario, sin entrar a analizar los trascendentes testimonios recepcionados en la causa, que de haberlo sido variarían la decisión final.

Tal fue el caso de la declaración de Víctor Acosta Hoyos a quien le consta que un sujeto alto salió con una "rula" y golpeó el carro de Arrieta, momento en que sonaron dos disparos, porque su versión "contradice abiertamente a los testigos que fueron base para la condena", haciéndose obligado al *ad quem* el mencionarla, así fuese para afirmar que no le merecía credibilidad. Como de ese modo no se hizo, se ignoró el artículo 180 generando nulidad por violación del derecho de defensa y del principio de contradicción, afirmación que se dice apoyada en jurisprudencia de abril 18 de 1988 sobre ausencia de motivación de los fallos judiciales.

Tampoco constituía esa omisión una informalidad intrascendente si se estima que el acto procesal por excelencia era la audiencia, pues se trataba del escenario para controvertir la prueba y los argumentos-base de la sentencia. Además, la audiencia careció de la autenticidad necesaria para garantizar el fiel contenido de los casetes, que sólo habría permitido la trascripción suscrita por el Secretario.

Sin ella, la Secretaría estaría obligada a reproducir la audiencia cada vez que alguna de las partes deseara conocer los argumentos de las otras; actividad inefectiva de no contarse con una grabadora oficial. Por eso debió el Juzgado, o en su defecto el Tribunal, ordenar la trascripción y autenticación fidedigna que hubiera permitido ubicar las frases textuales

indispensables para refutar, citar folios, o inclusive recordar la propia intervención. Mas, como así no se hizo, se incurrió en violación del principio de publicidad consagrado por el artículo 252 del estatuto procesal, dando lugar a la nulidad prevista por el artículo 304-2 *ibidem* por "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso".

La audiencia es pieza fundamental sin la cual no hay proceso judicial. Por ello, cuando los argumentos de los sujetos procesales quedaron en el aire, se hizo evidente esta irregularidad como sustancial, pues la actuación no tiene vida jurídica si los fines de la audiencia se truncan por omisión de su trascripción, sin que el consentimiento del perjudicado pueda convalidar la actuación irregular, ni exista medio distinto de la nulidad para subsanarla.

El cargo remata solicitando que de conformidad con el artículo 225-3 del Código de Procedimiento Penal decrete la Sala la nulidad de la sentencia impugnada, ordene la libertad del procesado, el levantamiento de las medidas preventivas y la trascripción de la audiencia; para que el *ad quem*, luego de correr traslado para alegar, analice los argumentos de las partes y las pruebas practicadas en desarrollo de esa actuación, en cumplimiento del artículo 180, *ibidem*.

En un *segundo cargo* fundado en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal se acusa la sentencia como violatoria por vía indirecta de los preceptos sustanciales de los artículos 323 y 29-4 del Código Penal, el Primero por aplicación indebida y el segundo por falta de aplicación, debida a la ocurrencia de un error de hecho en la valoración probatoria.

En el expediente obran elementos demostrativos de la legítima defensa con que actuó el procesado al proteger su vida, la de su esposa y la de su hija, que de haber sido analizados por el Tribunal necesariamente hubieran conducido a una sentencia absolutoria. Se ignoraron los testimonios de José Joaquín Daniels Coronado, Orbier Oyola Ordosgoitía, Vianny Arrieta Bedoya (parcialmente), Jairo Ayus, José de la Rosa Mercado Ramos, Aníbal Oyola, de los agentes de la policía Alberto Valencia Muñoz y Fidencio Román Trujillo, las declaraciones de Víctor Acosta Hoyos, Teófilo Alberto Peñate Alvarez y Quimio César Luna Palomino, recepcionadas en la audiencia y las pruebas documentales aportadas por el defensor Alvaro Petro en esa diligencia. Además, pese a que algunos aspectos de estos testimonios fueron objeto de analisis, resultaron erróneamente interpretados.

Fue así como al interrogar a los testigos presenciales quién había atacado Primero, Víctor Acosta Hoyos respondio: "como que fue el señor Olibardo,

yo no le oí la voz a Luis...", y Teófilo Alberto Peñate Alvarez dijo que "el señor Mercado fue quien inició el ataque", pero para los testigos a quienes cree el Tribunal, fue el procesado quien revólver en mano llegó a provocar a la víctima.

Los testimonios rendidos en la audiencia merecen mayor credibilidad por haber estado sometidos al interrogatorio y la controversia de las partes, así que de haberlos estimado, no les hubiera atribuido el juzgador tanta certeza a las versiones de los acompañantes del occiso que contradicen la lógica elemental, pues no es posible creer que el procesado hubiera adivinado la presencia del occiso en ese sitio, tampoco que lo hubiera provocado sin bajarse del vehículo, por encima de su esposa y de su hija de 15 años, y menos asumido la actitud de un "super-héroe" para avanzar hacia el vehículo desde donde le apuntaban con un revólver.

Las versiones de Acosta y de Peñate encuentran respaldo en la del médico veterinario Quimio César Luna Palomino, cuando afirma que éste tuvo que atender muchos bovinos que según *Luis Arrieta* habían sido cortados por la familia Mercado. Por eso se hace ilógico pensar que a sabiendas de esa peligrosidad, el procesado hubiera provocado al occiso exponiendo a su hija y a su esposa.

Más verosímiles fueron las declaraciones rendidas en la audiencia que atribuyeron al intenso tráfico y a la presencia en la vía de una tractomula atravesada que mencionaron los agentes de la policía, el que *Arrieta* hubiera tenido que detener su vehículo, lo que permitió a Mercado lanzarse a romper el vidrio y la puerta, sin darle otra alternativa al agredido que la de disparar, lo que resulta comprensible frente al impacto mortal recibido en la axila, precisamente levantaba el brazo en la ruptura del vidrio. Los desperfectos causados al automotor y su origen fueron comprobados mediante la diligencia de inspección y las versiones de los policías que estuvieron en el lugar del hecho dos horas después de sucedido.

Si las versiones de los testigos de cargo fueran ciertas, tampoco el procesado hubiera esperado a que la víctima se aproximara a su vehículo, siéndole fácil dispararle antes, sin contar con que estos declarantes eran amigos íntimos del occiso y uno de ellos le colaboró en el ataque con un palo. Por el contrario, los testigos de la audiencia no tenían amistad íntima con el procesado ni interés afectivo o económico que permitiera pensar en su parcialidad.

El Tribunal no podía condenar sobre la base de los que consideró testigos contestes, porque apenas aportaban declaraciones prefabricadas; bastando su lectura para percibir que eran versiones calcadas, rendidas

con acuerdo sobre lo que debían referir. Es más: el *ad quem* había aceptado la legítima defensa cuando dijo que después de una larga discusión Mercado se lanzó contra Arrieta y éste disparó, pero inexplicablemente no la concedio.

En la sentencia acusada se refutan unos argumentos de la defensa referidos a un momento superado, pero no los expresados en la audiencia, de modo que se dejaron sin respuesta las intervenciones del vocero, del defensor y de la Fiscalía que abogaban por la absolución.

No es cierto que el procesado asumiera una postura ventajosa cuando al tiempo que provocaba a la víctima le apuntaba con revólver, como lo afirma el Tribunal al descontar la legítima defensa, pues de ser ello cierto hubiera disparado antes de que se produjeran a su vehículo los daños demostrados. Ello acredita que al procesado no le asistía la intención de matar, sino que se le impuso la necesidad de disparar en defensa de su vida y la de su familia.

Igualmente equivocado el raciocinio con el que el Tribunal descarta la existencia del peligro inminente al sostener que si la "rula" entraba y salía del carro, como lo afirmó la hija del procesado, hubiera resultado lesionado *Arrieta Ramos*. Si por efecto de los machetazos resultaron rotos los vidrios, era porque las ventanas se hallaban cerradas, y ello impidio la causación de heridas. La versión de la menor no contradice la del indagado o la de su esposa y por contrario coordina con las de los testigos de la audiencia y las fotografías que demuestran la violencia ejercida en el vehículo, rastros que temerariamente considera la parte civil realizados *a posteriori*.

La tesis de la "simulación o pretexto de legítima defensa" que extracta de la doctrina el Tribunal para hablar de premeditación del hecho, es propia de delincuentes avezados, que no es la condición de *Luis Arrieta*. Si esa hubiese sido su intención, jamás se hubiera ido acompañado por su familia, sino tal vez de algunos de los trabajadores de su finca. Por el contrario. El acusado es hombre de conducta transparente, ejemplar padre de familia y ganadero que ha hecho su fortuna con esfuerzo, y que no acude a vías de hecho sino a las autoridades como lo muestran las copias de las denuncias que aportó su abogado en el proceso.

Los elementos de la defensa justa coinciden en el comportamiento de *Arrieta* quien se vio en la necesidad de defenderse ante la injusta agresión que en su contra desplegó la víctima, por lo que en el evento de no aceptar ese planteamiento principal, cuando menos y subsidiariamente debe reconocerse un exceso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Los dos cargos formulados en la demanda de casación hallan respaldo en el concepto del *señor* Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien solicita a la Corte casar la sentencia y decretar la nulidad por las razones expresadas en el Primero de ellos, o subsidiariamente proferir el fallo de reemplazo con reconocimiento del exceso en el ejercicio defensivo, cual es la última propuesta del censor.

El *cargo de nulidad,* estructurado sobre la violación de preceptos relacionados con la aducción de la prueba y la existencia de irregularidades sustanciales que vulneran el debido proceso persigue la invalidación de la sentencia por vulneración del derecho de defensa por parte del Tribunal al ignorar la audiencia pública de juzgamiento.

El medio técnico empleado para la incorporación del debate al expediente no fue el más frecuente, aunque sí está autorizado por la ley que en ese caso no exige la conversión a escrito de las grabaciones. Este recurso, sin embargo, vino a impedir en el caso revisado la apreciación completa de las alegaciones hechas en la audiencia como lo muestra el hecho de no constar "que el Tribunal hubiera escuchado los casetes previa la decisión de la alzada contra el fallo absolutorio, ni puede desprenderse de sus consideraciones que así lo haya hecho porque los argumentos esgrimidos como sustento de la condena no los refieren en manera alguna".

Después de reseñar la Delegada la actividad que consta en el acta, refiere que en la grabación se escuchan cuestionamientos a la deficiente investigación, como la falta de demostración del cuerpo del delito que impedía el proferimiento de resolución acusatoria; sobre la credibilidad de los testigos de cargo, y en relación con la posición asumida por el instructor que en el calificatorio rechazó la legítima defensa, porque el procesado no disparó a otra parte del cuerpo del occiso.

Este aspecto, según allí lo expresa la defensa, obedeció al temor del procesado "ante la agresión de que estaba siendo víctima, la imposibilidad de exigírsele jurídicamente que evitara el peligro de manera diversa y la no medición de los medios de defensa frente a las particulares condiciones en que ocurrieron los hechos".

También contienen las grabaciones planteamientos sobre la verdadera causa del deceso, la trayectoria de los proyectiles, el tratamiento médico-quirúrgico, la violación del principio de causalidad y el tema recurrente de la legítima defensa, pero esta vez con apoyo en la prueba de la audiencia.

Para el juzgado que presenció y dirigió el debate, ninguno de los argumentos era desconocido, pero como de todos seleccionó la tesis de la Fiscal sobre ausencia de demostración del cuerpo del delito, entrando a proferir sentencia favorable, no encontró necesario ocuparse *in extenso* de la causal de justificación que alegaron el vocero y la defensa. Luego si para el Tribunal eran rebatibles las razones del *a quo* porque sí se tenía la prueba plena del cuerpo del delito, se hacía imprescindible desvirtuar la alegación sobre legítima defensa, pero no sobre la proposición del superado momento precalificatorio, sino ante el complemento probatorio y los debates de la audiencia que implicaban una transcripción del desarrollo de esa vista, lo que en su decisión resulta omitido.

En efecto, para negar el Tribunal la prosperidad de las alegaciones sobre justificación "de conformidad con el material probatorio recaudado en autos", le bastó con resumir en la sentencia el memorial que agregara la defensa en el traslado precalificatorio, y responder que así no procedía la defensa justa, porque el provocador del incidente había sido el acusado cuando amenazó de muerte al ofendido apuntándole con un revólver, lo que le colocaba en ventajosa posición habilitante para asumir un riesgo. Luego y de manera súbita afirma la sentencia que la conducta de *Arrieta* "encuadra perfectamente dentro de los marcos de lo que la doctrina ha dado en llamar simulación o pretexto de legítima defensa", y sin más ya concluye revocando la absolución para entrar a tasar la pena adecuada.

En suma: cuando el *ad quem* desechó el motivo de absolución y entró a desestimar la causal de justificación, apenas sí refutó los alegatos precalificatorios, pero no los del debate público, desconociendo, además, los testimonios recaudados en esa última actuación.

Si el derecho a la defensa, tanto la que ejerce directamente el procesado como la que le brinda un abogado "constituye el presupuesto de legitimidad de cualquier actuación en la que el Estado someta a los ciudadanos a un proceso por causa de su comportamiento que se reputa delictivo", la intervención del abogado no puede ser considerada simple formalismo dentro de un proceso dialéctico donde se enfrentan los diversos criterios expresados por los sujetos procesales para que el juzgador a través de juicios valorativos arribe a conclusiones ciertas, pues corresponde a la defensa técnica presentar las pruebas favorables al procesado y, previo análisis de los elementos de convicción, plantear fórmulas de solución mediante proposiciones fundadas en la ciencia y el derecho, todo en procura de los intereses de su representado.

La intervención de la defensa técnica y el respeto del juzgador por sus planteamientos son fundamentales para que pueda hablarse del debido

proceso; por eso el examen no puede realizarse únicamente desde el punto de vista del juez, sino que es necesario considerar los argumentos de todos los sujetos procesales para aceptarlos o controvertirlos con razones válidas.

"Cuando el sentenciador deja de lado, esto es, menosprecia la intervención de la defensa bien porque sectoriza sus proposiciones, ora porque no se ocupa de los temas que ella ha introducido en el debate procesal, o ya porque sus intervenciones no son materia de estudio en la sentencia correspondiente, no queda duda de que se está produciendo una grave lesión de la garantía constitucional del derecho a la defensa, pues vale tanto no haber contado con la presencia del abogado defensor como el no ocuparse de sus planteamientos para aceptarlos o rebatirlos sobre la base del material probatorio recaudado y las normas jurídicas que lo respaldan".

Aun si la defensa mantiene la misma posición en todas las actuaciones, debe el juzgador analizar por separado cada una de las intervenciones porque puede suceder que, a pesar de su identidad a lo largo del proceso, los argumentos tomen mayor fuerza; de lo contrario la garantía constitucional sería un simple formalismo.

En el caso que ocupa la atención, el Tribunal no analizó los planteamientos de la audiencia, olvidando su deber de escuchar las intervenciones de los sujetos procesales para darles una respuesta adecuada, pero no es en el medio utilizado para conservarlas en donde radica la vulneración del derecho a la defensa (pues no le asiste razón al libelista cuando exige trascribir el texto de las intervenciones), sino la desatención de su contenido, pues la transcripción solo es obligatoria "cuando sea estrictamente necesario", y el empleo de los medios modernos de conservación de documentos puede acarrear un quebranto a las garantías fundamentales del procesado, pero no por su misma esencia sino por su utilización.

Lo que sucede es que el derecho a la defensa no queda satisfecho con la sola mención del instituto jurídico planteado por el defensor durante el proceso, sino que es necesaria la incorporación en la decisión del juez de todos los elementos de juicio relacionados con la realidad procesal (en especial las pruebas y los alegatos de la audiencia), por lo que aquí resulta evidente que el incumplimiento de tan elemental presupuesto privó al acto procesal de la vista pública del fin para el cual estaba concebido, valga decir, el de servir de escenario para la discusión probatoria y la defensa del procesado.

Por lo anotado, la Delegada se muestra partidaria de la prosperidad del cargo, solicitándole a la Sala que ante la imposibilidad de corregir la irregularidad advertida en esta sede, se opte por declarar la nulidad de la

sentencia de segundo grado y ordenar la devolución del expediente para que el *ad quem* reponga la decisión invalidada, incorporando en ella el análisis de las alegaciones defensivas.

Para el evento de resultar impróspera la nulidad, el Ministerio Público contesta sobre el *segundo cargo* pese a sus deficiencias técnicas, que verificados los fallos de instancia, se comprueba la ocurrencia de un error de hecho por parte del Tribunal al no tener en cuenta los testimonios recepcionados en la audiencia pública, así como de otros de cuantos integraban la instrucción y que relaciona el actor en la demanda y lo mismo que la prueba documental aportada en aquella diligencia.

Así, en tanto que el juzgado consideró innecesario adentrarse en el análisis de fondo de las demás pruebas recaudadas, "por no ser objeto de controversia en el fallo que ha de proferirse", el Tribunal estimó "...verdad inconcusa y que no admite... discusión alguna" la autoría de los disparos por parte del procesado, con sustento en las versiones de los testigos Argelio Arrieta Pérez y Gabriel Algarín Arrieta, mientras que la declaración de la menor Vianny Arrieta, hija del procesado, y las fotografías del vehículo, las consideró demostrativas de la agresión de la víctima en contra del automotor y no de la humanidad del procesado.

Tratando el tema de la legítima defensa vuelve sobre los testimonios de Argelio Arrieta, Gabriel Algarín, Vianny Arrieta, la indagatoria del acusado y la inspección sobre el vehículo para concluir que de acuerdo con las alegaciones previas a la calificación no se da la justificante alegada. Desde luego en aquella oportunidad se hizo un análisis pormenorizado de los medios de convicción hasta entonces aportados al proceso, mas no de las pruebas recaudadas en la audiencia, como fueron las versiones de Víctor Acosta Hoyos, Teófilo Alberto Peñate Alvarez y Quimio César Luna Palomino y de otras anteriores.

Surge, sin duda, la presencia de un error de hecho por falso juicio de existencia, como quiera que la sentencia ignoró la materialidad y contenido de algunos testimonios que por ser medios de convicción necesariamente tenían que evaluarse.

De los examinados, unos no fueron presenciales o perdieron credibilidad porque negaron al occiso el porte de un arma y ello se acredita con los restantes testimonios y las versiones de los indagados. Otros sirvieron apenas para corroborar la enemistad habida entre *Arrieta* y la familia del occiso, motivada por problemas de linderos y la posible autoría de frecuentes daños que el acusado les atribuye a los Mercado.

Las declaraciones de los agentes de la Policía que ante la noticia de lo ocurrido acudieron al lugar de los hechos, enteran sobre la presencia de un camión obstruyendo la vía, de evidencias físicas del enfrentamiento y del rumor sobre la agresión de la víctima cuando se acercó al vehículo en que viajaba *Arrieta* que se había detenido a esperar que el camión le diera paso.

Entre los testimonios omitidos, Víctor Acosta Hoyos dijo haber visto a un señor alto y con "rula", que después de discutir con *Arrieta* se abalanzó al carro y le dio unos machetazos, y "ahí mismo" se escucharon "salir unos disparos". El declarante advierte que no supo quién iniciaría la discusión, pero como no oyó la voz de *Luis Arrieta*, infiere que sería Olibardo Mercado, asegurando que no vio arma en poder del acusado al momento de la discusión.

Teófilo Alberto Peñate Alvarez afirmó la presencia de un hombre alto y muy preocupado, que cuando iba entrando el señor *Arrieta* se le botó contra el carro mientras le decía "hoy es el día Luis Arrieta que te vas a matar con...". El individuo tenía una "rula" en la mano con la que propinó unos machetazos al espejo y la puerta del vehículo, y cuando *Arrieta* cerró el vidrio y el señor se lo partió y metió la rula, escuchando de pronto unos disparos. Para el testigo la discusión la empezó el occiso.

Como se ve, las pruebas que ignoró el Tribunal cambiaban las evidencias, pues según estos testigos la agresión provino del occiso quien atacó con machete el automotor en que se desplazaban el acusado y su familia, al detenerse porque un camión le obstaculizaba el paso hacia su finca, lo que descarta la "simulación o pretexto de legítima defensa" predicada en la segunda instancia.

A continuación refuta la Delegada los presupuestos de provocación con amenaza de muerte, actitud desafiante, posición ventajosa, ausencia de agresión por parte de la víctima que atacó al vehículo y no la humanidad del acusado, ausencia de peligro inminente y propósito de *Arrieta Ramos* de matar y no de defenderse, con los que el *ad quem* desecha la legítima defensa y estructura su simulación.

Sin embargo, el concepto finaliza aceptando que la reacción del acusado sobrepasó sí los límites de proporcionalidad que demanda la agresión, sosteniendo la presencia de un exceso punible que permite la prosperidad del cargo subsidiario.

Consideraciones de la Corte

En la solicitud de nulidad sobre la cual reposa el cargo Primero de la demanda se afirma el desconocimiento del derecho de defensa, porque al

surtirse la segunda instancia omitió el Tribunal la consideración, análisis y respuesta de los planteamientos hechos por las partes en el debate público de la audiencia, con desconocimiento de los artículos 156, 180-4, 304-2-3, 449 y 451 del Código de Procedimiento Penal y desestimación absoluta de las pruebas allegadas en ese estadio procesal, todo lo cual concluyó en la subrogación del fallo absolutorio por uno de condena con violación de las garantías consagradas en el artículo 29 constitucional.

Como la génesis de la inconformidad apunta a la diligencia de audiencia, resulta imprescindible recordar que a ella —según reposa en el acta levantada para recoger los pormenores de lo sucedido – concurrieron en el local del Concejo Municipal de Sahagún el señor Juez Penal de ese Circuito, su Secretario, el acusado, su defensor, el Fiscal, el abogado designado para llevar la vocería del señor *Arrieta Ramos* y el apoderado de la parte civil.

En la primera sesión cumplida el 28 de enero de 1993, se dio lectura a la acusación y a otras piezas procesales solicitadas por las partes, se interrogó al acusado, y por separado a los testigos Víctor Acosta y Elkin Ramos, quienes coincidieron en afirmar que habían visto el desarrollo de los hechos y percibido que su promotor fue el occiso quien esperó nervioso al procesado con una "rula" en la mano, y al verle aparecer se le lanzó a su carro golpeando el vidrio de la ventana hasta romperlo, recibiendo como reacción unos disparos. Con los anteriores rindio su testimonio el doctor Quimio César Luna, el veterinario consultado para atender los semovientes del señor *Arrieta*, lesionados, según supo, por la familia de Oliverio Mercado.

Concluido este interrogatorio se decretó un receso de media hora y por disposición del presidente de la audiencia las intervenciones orales debían recogerse por el sistema de "audio-video", según lo autorizaba el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal. Con esa explicación, de allí en adelante el acta sólo anota que le fue concedido el uso de la palabra en su orden a la Fiscal quien terminó pidiendo la absolución del acusado por falta de certeza, al representante de la parte civil quien remató diciendo que "se debe apuntar a la sentencia condenatoria", y al vocero cuya solicitud de suspensión fue atendida para que el acto prosiguiera al día siguiente. Firman esa primera parte del acta el Juez, la Fiscal, el vocero, el defensor y el secretario, haciendo constar que el representante de la parte civil se ausentó cuando el último de los intervinientes iniciaba su discurso.

EL acta complementaria correspondiente a la sesión del 29 de enero dice que en el acto continuó con el uso de la palabra el vocero, cuya intervención seguiría registrándose bajo el sistema del "audio-video",

concluyendo luego de un receso con petición de copias para investigar a un testigo, y solicitud de absolución para el acusado quien actuó en legítima defensa. Se anota luego que la defensa reclamó tener en cuenta su memorial de folios 54 a 84, pero al continuar hizo el aporte en copia de unas denuncias formuladas por el enjuiciado en contra de Olibardo Mercado, rematando en ruego de absolución sobre la tesis principal de no hallarse probado el cuerpo del delito, y en subsidio la exoneración de responsabilidad por legítima defensa.

Tras el breve resumen que ofrece el acta y que suscriben los intervinientes procesales, no aparece la transcripción de las alegaciones, pero sin que ello sea indispensable, podría extrañarse cuando menos una certificación que indique en cuántas cintas fueron recogidas, de qué manera se identificó su contenido, y cuáles fueron el sistema o la técnica utilizados para grabar y conservar, información complementaria que en casos como el presente hubiera sido aconsejable para mayor seguridad del documento y su fácil acceso y manejo para fines procesales. En estas condiciones se produce el fallo absolutorio cuyo argumento centra en la insatisfactoria prueba del cuerpo del delito, apareciendo la referencia única pero bastante del envío con el expediente a la segunda instancia de una docena de casetes que contenían, se dice sin contradicción, las intervenciones de los sujetos procesales.

De la actuación así cumplida puede afirmar la Sala que ningún acto irregular o violatorio para las garantías procesales se ofrece en la actuación de primer grado, porque en el curso de la audiencia pública se dio debido cumplimiento a los principios de inmediación, oralidad, publicidad, lealtad, contradicción e igualdad, sin que el solo hecho de consignar en unas grabaciones magnetofónicas (que no sistema de audio-video como se había dispuesto por el Juez) las intervenciones orales de las partes pueda constituir defecto sustancial alguno, tratándose de un procedimiento válido y previsto en la ley, no sometido, por su regulación especial, a la forzada transcripción que establece en lo civil el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, y así el principio que rige en su esencia el procedimiento penal colombiano sea el de su impulso por escrito y en el idioma castellano como se indica en el artículo 157 del código vigente, tratándose de diligencias, el normador valida la utilización de medios técnicos para su recaudo y conservación, como aparecía ya en el inciso segundo del artículo 151 del Decreto 050 de 1987 y ahora de manera más expresa en el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal que auspiciando el sistema de audiovideo tan sólo impone su transcripción cuando ella resulte

"estrictamente necesaria", lo que parece ineludible, por vía de ejemplo, a falta de elementos técnicos que permitan su fácil reproducción y consulta siendo ella indispensable para fines procesales, o justificadamente imprescindible para el recto ejercicio de la defensa, cuando se afronte el riesgo de su pérdida o deterioro, etc.

Ha de admitirse, entonces, que cuando el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal da la autorización para tomar y conservar por estos medios técnicos una diligencia, para su validez bastará el cumplimiento de los requisitos consignados en el inciso quinto del artículo siguiente, valga decir que el deber de levantar un acta en donde consten fecha y hora del acto y sobre la cual suscriban "quienes tomaron parte en ella", exigencias reunidas en el caso del análisis, y con mayor razón cuando los testimonios recibidos en la vista quedaron consignados por escrito, igual que la versión final del acusado con la que hiciera uso de su derecho a la última palabra, lo que implica que si las partes todas habían asistido a la audiencia e intervenido en ella, no se hacía necesario reproducir en un escrito lo consignado en los casetes.

Por otra parte, y para contestar en ello algún reparo de la defensa, es de notar que así el juzgador esté obligado a resumir y contestar en su sentencia las alegaciones de la vista pública -art.180 del Código de Procedimiento Penal-, no por ello incurre en irregularidad si omite la pormenorización de aquel debate, cuando entre las varias propuestas escuchadas se inclina por reconocerle a alguna su operancia -como sucede aquí en el fallo de primera instancia- si al hacerlo se torna innecesario rebatir otros argumentos de aquélla derivados.

2. Vista, sin embargo, la actuación surtida ante el Tribunal, la situación se muestra diferente, pues sin que allí se repitiera el debate oral, la única manera que tenía la Sala de imponerse de cuanto en él había sucedido era la revisión del expediente, y en el caso concreto de las alegaciones de las partes, o bien la escucha de los casetes recibidos, o bien la lectura del acta sobre la cual se hubiese realizado su previa transcripción.

Esta gestión, que podría entenderse de rutina, se hacía imprescindible en el caso de examen, donde la decisión a optar no era de respaldo a la providencia apelada, pues, como queda dicho, de hallar probada la tipicidad de la conducta, tenía el Tribunal que valorar tanto las pruebas como las alegaciones atinentes con la autoría, la imputabilidad, la responsabilidad y aun la pena.

La referencia que sobre este aspecto consigna la sentencia, dice que "el defensor actual del procesado... durante su intervención en la audiencia

pública pide que al momento de fallar se tenga en cuenta el alegato de conclusión que corre a folios 54 al 86 del informativo, presentado por el doctor Eduardo González Flórez...", pasando a continuación y en su orden a sintetizar los argumentos de ese alegato y a expresar las razones por las que desestima la justificación en él solicitada, denegando credibilidad a la versión de la menor Vianny Arrieta, reprochando al procesado el haber hecho un tercer disparo después de herir a la víctima, y encuadrando su conducta en el fenómeno de la "simulación o pretexto de legítima defensa", para lo cual transcribe dos párrafos del tratadista Alfonso Reyes Echandía sobre el tema, previo a afirmar que queda "Descartada la legítima defensa alegada por el defensor del procesado en la audiencia pública...".

Como fácil puede verse, la Sala del Tribunal descarta los argumentos aducidos para la calificación del sumario, pero ni tiene en cuenta los del vocero ni los del defensor en el curso de la audiencia que, a pesar de referirse al mismo tema, versaban sobre elementos probatorios que ni el instructor ni las partes conocían cuando se declaró cerrada la instrucción. Allí las únicas personas distintas del sindicado y su familia, que se habían referido a los hechos, eran Argelio Arrieta Pérez y Gabriel Algarín Arrieta, versiones analizadas por el defensor en el alegato precalificatorio y fundamento del fallo de condena, como si a partir de aquel momento el proceso no hubiera sufrido modificaciones.

El inexplicable silencio del Tribunal no permitió saber qué incidencia podían tener los planteamientos defensivos expuestos en la audiencia, especialmente los del vocero procurando desvirtuar con base en la versión suministrada en ese acto por los testigos Víctor Acosta Hoyos y Teófilo Alberto Peñate Alvarez, la supuesta provocación del acusado mientras le apuntaba su revolver a la víctima; demostrar que el encuentro además de casual obedeció a la obstrucción del camino por un camión que obligó al procesado a detener la marcha del automotor en que viajaba, no como dicen los testigos de cargo que llegó preguntando por Olibardo; y que el ataque de Mercado sobre el vehículo fue sorpresivo y tan grave que su asistido no tuvo otra alternativa que la de repeler la agresión disparando, sin intención de matar.

Olvidó el *ad quem* que no solamente por la ausencia de defensa técnica se incurre en la vulneración del derecho del sindicado a estar asistido por un abogado. Del mismo modo se desconoce el derecho a la defensa cuando el juez ignora los planteamientos oportunos del apoderado, porque de nada sirve que los profesionales en representación del acusado permanezcan atentos al desarrollo del proceso, presenten alegaciones, aporten o soliciten pruebas o hagan uso de recursos, si el juzgador se niega a oírlos.

En tal sentido no puede ser la audiencia una formalidad de más, de contenido inocuo o contingente, cuyo debate pueda pasar inadvertido. Por el contrario, con ella se integra un hito procesal sustancial y trascendente, tanto por ser la oportunidad final de aportación y controversia probatoria, como por concederle al procesado la última ocasión para explicarse, pero además por concentrar para el conocimiento del juez la suma de los argumentos culminativos de los sujetos procesales y muy en especial de la defensa que allí agota integral y definitivamente en la instancia sus esfuerzos técnicos. Por eso se comprende que cuando el sentenciador relega al olvido esos planteamientos capitales, afecta irremediablemente el derecho de defensa y desconoce su preponderante raigambre superior (artículo 29 de la Carta Política), asomando su actuación a la fatalidad de la invalidación con la que insubsanablemente se sanciona en el artículo 304-3 la violación de esta garantía fundamental del juzgamiento.

Sin duda que el Tribunal, con una visión limitada del proceso, de espaldas a la realidad que le ofrecía la audiencia e ignorando la importancia que la confrontación final de argumentos representaba en la sentencia, emitió esta providencia vulnerando al acusado sus prerrogativas defensivas, y pasando de la sola desvirtuación formal del medio utilizado para conservación de las alegaciones al desconocimiento de los planteamientos de descargo, constitutivos de la razón de ser del acto oral de juzgamiento. Ello deriva en la necesidad de acoger de la demanda de casación el cargo Primero que sustenta, como los fundamentos que en su apoyo aporta la Procuraduría, haciendo próspera la nulidad de la sentencia de segunda instancia, pero sin que le sea posible a la Corte el emitir un fallo que la sustituya, porque de lo que aquí se trata no es de rectificar en ella un vicio, sino de expedir la decisión en su totalidad bajo el análisis íntegro de la prueba y del debate, y la respuesta de las alegaciones defensivas, lo que implica la fundamentación primera de una decisión que de otro modo privaría a quien resulte con ella inconforme de posibilitar su controversia.

Por lo expuesto, debe la Corte en cumplimiento de los artículos 220-3 y 305-3 del Código de Procedimiento Penal casar el fallo impugnado, decretando su nulidad para que el Tribunal reponga la actuación invalidada con sujeción a lo considerado, lo cual podrá implicar, solo de hallarlo estrictamente justificado y necesario, en cuanto nadie discute la autenticidad de las cintas allegadas, la transcripción de los casetes contentivos del debate oral.

Como obligada consecuencia de la anulación quedará sin efecto la revocación de la libertad provisional del procesado decretada por el

Tribunal, por cobrar vigencia la excarcelación otorgada al señor *Arrieta Ramos* por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, sentido en el cual se dará noticia a las autoridades de policía.

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

RESUELVE:

1. *Casar* el fallo condenatorio impugnado por el defensor del procesado *Luis Manuel Arrieta Ramos*, en el sentido de decretar su nulidad, para que regresando el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, se entre a hacer el pronunciamiento de segunda instancia que en derecho corresponda, con acato a las consideraciones contenidas en la presente decisión.

2. *Ofíciese* lo pertinente a las autoridades de Policía comunicando que continúa vigente la excarcelación concedida por el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún a favor del procesado *Luis Manuel Arrieta Ramos*.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, no firmó, *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

ACCION CIVIL -*Cuantía*

Es de observarse que aunque el trámite del recurso es diferente entre las especialidades civil y penal, como que en aquella el tribunal concede el recurso y la Corte decide si lo admite y solo entonces se presenta la demanda, mientras que en ésta a partir del estatuto vigente desde 1992 las alegaciones se presentan ante el tribunal una vez concedido el recurso, el asunto de la cuantía sí está condicionado a la actividad del tribunal, pues es éste el obligado a ordenar, "antes de resolver sobre la procedencia del recurso" el justiprecio de la cuantía para recurrir.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., julio seis de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 92

Proceso No. 10515

Resolverá la Corte lo que en derecho corresponda en relación con la demanda presentada *para impugnar el aspecto indemnizatorio,* por la defensa del coprocesado *Delio Arquímedes Palacios Casas,* en sustentación del recurso de casación concedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá contra la sentencia expedida por esa Corporación el *11 de noviembre de 1994* que lo condena por el delito de fraude a resolución judicial.

ANTECEDENTES

1. Juan de la Cruz Porras Pachón firmó el 9 de febrero de 1985 con *Delio Arquímedes Palacios Casas* un contrato de compraventa de un camión, adquiriendo mediante pagaré el compromiso de pagar el precio acordado en varias cuotas; pero como se vio en dificultades y se atrasó en los pagos el vendedor obtuvo que su hijo, Juan Porras Bermúdez, le firmara un pagaré y unas letras con los intereses incluidos, obligación ésta en la que también se atrasó, por lo que el acreedor endosó los títulos al abogado Humberto Ramírez Contreras, quien ante el Juzgado 24 Civil del Circuito

de Santafé de Bogotá presentó demanda ejecutiva contra Porras Bermúdez con solicitud de medidas cautelares de embargo y secuestro sobre el referido automotor, las que se llevaron a cabo el 7 de julio de 1987 cuando se hallaba en manos de Porras Pachón; mas como el apoderado del demandado advirtiera que el procedimiento seguido era equivocado, así lo reclamó ante el juzgado logrando que se revocase la providencia correspondiente y se levantaran las medidas.

La comunicación para ante el Departamento de Policía del 11o. Distrito de Chía se entregó al demandado y, aunque el Juzgado especificó que la entrega del bien debía hacerse a éste, la orden no se cumplió. Días más tarde, el 8 de febrero de 1988, aduciendo que el oficio entregado a Porras Bermúdez "al parecer" se había extraviado, el doctor Ramírez Contreras, apoderado del demandante solicita otro oficio comunicando el desembargo, a lo que el funcionario policial responde solicitando al Juzgado aclarar a quién debe efectuar la entrega.

El mismo abogado pide que se ordene esa entrega al propietario pero el juzgado lo que hace es disponer el desglose de unos documentos; por su parte, Porras Bermúdez solicita que esa entrega se haga a él como propietario, a lo que accede el despacho, pero contra el auto que así lo determinó recurrió el mencionado doctor Ramírez Contreras alegando que su cliente era el propietario inscrito y Porras Bermúdez apenas un poseedor. Ante esto, el juzgado oficia a la Policía ordenándole entregar el camión a "la persona en poder de quien fue encontrado el día de la aprehensión" -que, como se advirtió, era Porras Pachón-, pero ya desde el *26 de abril de 1988* el Jefe de la Sijin había dispuesto que se efectuase al *propietario inscrito,* que no era otro que el vendedor.

Por considerar ilícita la conducta de su acreedor y del abogado que a éste asesoró, Porras Pachón denunció los hechos precedentes, que motivaron la investigación.

2o.- *El fallo condenatorio de segunda instancia* .- Al conocer por apelación interpuesta *por los defensores* de los procesados, del fallo de la primera instancia en que se los condenaba por fraude procesal y fraude a resolución judicial -artículo 184 C. P.-, el Tribunal *revocó parcialmente* esa decisión en el sentido de absolverlos del Primero de los mencionados hechos punibles, pero les incrementó el monto de la obligación indemnizatoria, aspecto éste que motivó así el *ad quem:*

"En cuanto a los perjuicios de orden material se debe tener en cuenta que el Juzgado 14 Civil del Circuito ... ordenó la devolución del camión ... al demandado ... , o a quien lo tenía en el momento de la retención, .., pero

a pesar de ello, ... fue el procesado ... quien lo retiró fraudulentamente y lo ha venido poseyendo desde entonces, a fin de que las cosas vuelvan a su estado original se le ordenará que se lo restituyan a sus legítimos poseedores, tal como lo ordenó el Juez Civil y además, *que los dos procesados en forma solidaria indemnicen* los perjuicios causados con la ilicitud, los que se concretan *al valor del usufructo del referido camión, y que se señalan prudencialmente en el equivalente a medio gramo oro por cada día o fracción que transcurra desde la fecha en que lo retiraron de la Policía (26 de abril de 1986) hasta cuando se materialice el reintegro, sin sobrepasar el límite máximo de 4.000 gramos oro señalado en el art. 107 del C. P.". (Italica fuera de texto, fl. 114 cd. Tr.)*

(...)

RESUELVE

"II.- *Revocar* la condena al pago de perjuicios morales y *Modificar* en la forma indicada en la parte motiva de este fallo lo relativo a la condena al pago de los perjuicios materiales." (fl.115).

3o.- Inconformes ambos defensores interpusieron oportunamente el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, pero sólo uno de ellos, el de Delio Arquímedes Palacio precisó que su disenso se concretaba al *tópico indemnizatorio* (fl.124 cd.Tr.), dando así posibilidad a la impugnación extraordinaria conforme al artículo 221 del C. de P.P..

4o.- Por auto del 24 de enero del presente año de 1995 (fls. 136-137) el Tribunal admitió el recurso premencionado y dispuso los traslados de ley, dentro de cuyo término el señor defensor presentó la demanda que ha sido remitida a la Corte para la tramitación propia de esta sede y que en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 226 y 221 del C. de P. P. se examina en su aspecto formal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 221 del C. de P. P. establece:

"*Cuantía para recurrir.*- Cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos".

Pues bien; esta norma desarrolla en materia de casación por el aspecto civil en el proceso penal el principio de integración de normas del artículo 21 del C. de P. P. e implica el gobierno del recurso tratándose del punto

indemnizatorio, y específicamente en lo relativo a las causales y la *cuantía*, por la normatividad adjetiva civil, debiendo por ende, acogerse a ella tanto el recurrente, como el funcionario ante quien se interpone la impugnación.

Para establecer la viabilidad del recurso en estos casos debe entonces tenerse presente lo que el citado estatuto procesal ordena para el Tribunal ante el que se interpone:

"Artículo 370.- Justiprecio del interés para recurrir y concesión del recurso.- Cuando sea necesario tener en cuenta el valor del interés para recurrir y éste no aparezca determinado, antes de resolver sobre la procedencia del recurso el tribunal dispondrá que aquél se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente. Si por culpa de éste no se practica el dictamen, se declarará desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia. El dictamen no es objetable. Denegado el recurso por el tribunal, el interesado podrá recurrir en queja ante la Corte.

Interpuesto el recurso en tiempo y por parte legitimada, el tribunal lo concederá en sala de decisión si fuere procedente, y dispondrá el envío del expediente a la Corte una vez ejecutoriado el auto que lo otorgue y efectuadas las diligencias para el cumplimiento de la sentencia.". *(destacado* fuera de texto).

Es de observarse que aunque el trámite del recurso es diferente entre las especialidades civil y penal, como que en aquélla el tribunal concede el recurso y la Corte decide si lo admite y solo entonces se presenta la demanda, mientras que en ésta a partir del estatuto vigente desde 1992 las alegaciones se presentan ante el tribunal una vez concedido el recurso, el asunto *de la cuantía* sí está condicionado a la actividad del tribunal, pues es éste el obligado *a ordenar, "antes de resolver sobre la procedencia del recurso" el justiprecio de la cuantía para recurrir.*

Por ello, el artículo 372 de la misma obra, que regula el trámite del recurso en la Corte puntualiza que:

"(...)

"No podrá declararse inadmisible el recurso por razón de la cuantía".

"(...).

En el caso que motiva la atención de la Sala se tiene que el tribunal omitió ordenar antes de resolver sobre la procedencia del recuso el justiprecio pericial de los perjuicios materiales, indispensable para establecer la cuantía para recurrir en casación; si como se infiere de la normatividad adjetiva vista, la cuantía para recurrir en casación debe venir

concretamente establecida por el tribunal que concede el recurso extraordinario, convirtiéndose esa decisión en ley para el recurso, como que a la Corte le es prohibido desconocerla, obtenida como ha sido conforme lo dispone la ley, debe convenirse que la concesión del recurso en el presente caso por el Tribunal, se hizo de manera sustancialmente irregular y que, por consiguiente, la actuación deviene *nula* a partir e inclusive del auto del 24 de enero de 1995 (fls. 134-137 cd. Tr.), como así se declarará y, se devolverá el proceso al Tribunal para que proceda de conformidad.

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

RESUELVE:

Declarar la nulidad de lo actuado en este proceso a partir e inclusive del auto proferido el 24 de enero de 1995, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá concedio el recurso de casación a nombre de Delio Arquímedes Palacios Casas y lo inadmitió a nombre de Humberto Ramírez Contreras. En firme, *devuélvase* el expediente a la oficina de origen para lo de su cargo, según lo puntualizado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO

No puede hablarse estrictamente de un acuerdo entre dos sujetos procesales pues ello implicaría que cada cual lleva su propuesta y que durante la discusión consiguiente ambas se unifican hasta llegarse a una solución común. Por el contrario, como bien lo expresa el nombre de la figura y lo señala con acierto la Delegada, de lo que aquí se trata es de finalizar por adelantado la actuación ante la admisión de responsabilidad hecha por el reo con base en los cargos presentados por el instructor

Por consiguiente, dado que únicamente la audiencia puede versar sobre los reproches expuestos por el fiscal, no hay lugar a deducir otros diferentes durante el curso de ésta, limitándose el procesado a rechazarlos o aceptarlos parcial o totalmente. De igual manera, y como es apenas obvio, los dichos cargos para alcanzar su plena legalidad han de tener respaldo en la realidad procesal.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., julio siete (7) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado Acta No. 46

Proceso No. 8436

VISTOS

El 14 de septiembre de 1992, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de esta ciudad condenó a *Jaime Enrique Quiroga Guerrero* o *Rafael Augusto Arenas Ariza* a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión como responsable del delito de falsedad material de particular en documento público, agravado por el uso. El Tribunal Superior de este Distrito Judicial confirmó la sentencia el dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Las Procuradoras Judiciales Novena (9ª) y Once (11) ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, como agentes del Ministerio Público en primera y en segunda instancia, interpusieron oportunamente el recurso

extraordinario de casación. Concedido por el *ad quem* allegaron la respectiva demanda, que la Sala estimó presentada únicamente por la Procuradora Once, por ser la funcionaria que intervino en segunda instancia, declarándola ajustada a las exigencias de ley.

El señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal, al rendir el concepto que la ley le impone, sugirió a esta sala rechazar el cargo, pero casar la sentencia en cuanto a la reducción de pena, de manera oficiosa.

Procede la Sala de Casación Penal a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

HECHOS

El tres (3) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992) una persona concurrió al Ministerio de Relaciones Exteriores con el fin de tramitar su pasaporte, presentando la cédula de ciudadanía 79.356.235 de Bogotá, expedida a nombre de Jaime Enrique Quiroga Guerrero, que resultó ser falsa.

El portador fue capturado y se descubrió que su verdadero nombre era el de Rafael Augusto Arenas Ariza, identificado con la cédula de ciudadanía 3.745.898 de Barranquilla.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado 127 de Instrucción Criminal de esta ciudad abrió proceso penal por auto del cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). Al día siguiente escuchó en indagatoria al sindicado *Jaime Enrique Quiroga Guerrero*, en contra de quien pocos días después decretó medida de aseguramiento por los delitos consagrados en los artículos 220, 222 y 226 del C. P. y dispuso adelantar la actuación por el trámite del procedimiento abreviado, en razón de que el procesado fue capturado en flagrancia.

Por el motivo expuesto, el proceso pasó a conocimiento del Juzgado 10 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá; sin embargo, al entrar a regir el Decreto 2700 de 1991, se remitió el expediente a la Fiscalía 206, también de esta ciudad, despacho ante el cual el defensor del procesado solicitó la terminación anticipada del proceso (art. 37 Dec. 2700/91).

Como consecuencia de la petición anterior, el cinco (5) de agosto del mismo año se concertó el acuerdo con el Fiscal 206 de esta ciudad, y el nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992) tuvo lugar la audiencia especial ante el Juez Décimo Penal del Circuito, en la cual la Fiscalía presentó resolución de acusación por los delitos de Falsedad

material de particular en documento privado (art. 220), agravada por el uso (art. 222) y Falsedad personal (art. 226). En el mismo proveído se aclaró que la medida de aseguramiento se dirigía contra *Jaime Enrique Quiroga Guerrero* o *Rafael Augusto Arenas Ariza*.

El *a quo*, en sentencia que dictó el catorce (14) de septiembre, condenó a *Jaime Enrique Quiroga Guerrero* o *Rafael Augusto Arenas Ariza*, después de deducir la sexta parte, en virtud de lo dispuesto por el artículo 37 del Estatuto Procesal, a purgar una pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, como responsable del delito de Falsedad material de particular en documento público, agravado por el uso.

Contra la decisión que se acaba de comentar, interpuso el recurso de apelación la Procuradora Novena Judicial y representante del Ministerio Público en la primera instancia, con el argumento de que en este caso se había violado el debido proceso. Consideró que dentro de la audiencia especial la Fiscal formuló irregularmente la resolución de acusación; y, además, que la sentencia de primer grado no respetó los términos del acuerdo celebrado entre sindicado y fiscal en lo relacionado con los delitos cometidos y la pena a imponer.

Al desatar esa impugnación, mediante pronunciamiento del dieciocho (18) de diciembre, también de mil novecientos noventa y dos (1992), el Tribunal no encontró motivos sustanciales para decretar las nulidades solicitadas y ratificó la decisión del *a quo* respecto de la tipificación de la conducta en el delito de Falsedad de documento público por particular, agravada por el uso, en tanto que descartó la Falsedad personal, ya subsumida precisamente en el uso. Por tanto, confirmó la sentencia impugnada.

LA DEMANDA

Ataca la sentencia del Tribunal al amparo de la causal Tercera por considerar que se dictó en un juicio viciado de nulidad. Estima que existen irregularidades que conducen a la nulidad en cuanto se pretermitieron los requisitos establecidos por el legislador para la tramitación de la terminación anticipada del proceso.

Luego de hacer un análisis sobre el trámite de esta novedosísima institución, el recurrente advierte:

"El acto procesal que en forma exclusiva posibilita la terminación anticipada del proceso mediante la sentencia correspondiente, lo constituye el acuerdo celebrado entre las partes y a él debe remitirse el juzgador como acto con fuerza vinculante para su determinación. El acuerdo es en esencia presupuesto inexcusable

de procedibilidad, se erige como esquema rector que debe orientar la conducta del juzgador y que sólo resulta posible desconocer cuando no se ignoren las bases sustanciales del mismo (cargos y pena), porque de lo contrario debe procederse a su improbación".

Y prosigue diciendo:

"La audiencia de terminación anticipada constituye un acto de disposición de las partes con titularidad sobre la acción penal, y ese acto de disposición no puede resultar desconocido, ignorado o traicionado en su contenido sustancial en el fallo dictado por el Juez del conocimiento, como que quien tiene la titularidad de la acción y ejecuta el acto de disposición de la misma, enmarca o delimita los parámetros a los que debe sujetarse el Juzgador".

Estima que si el procesado y la Fiscalía se ponen de acuerdo respecto a los delitos – en el caso examinado doble falsedad material de particular en documento público y personal – y de conformidad con ella acordaron la pena, aceptada por el defensor y el procesado, debía el juez del conocimiento, en el evento de compartir tal acuerdo, traducirlo en el fallo correspondiente.

De lo anterior deduce:

"Condenar al imputado Arenas Ariza apartándose en forma sustancial del criterio definido por la Fiscalía, sujeto procesal con capacidad de disposición frente a la acción penal, para modificar la imputación, la calificación jurídica de los hechos y considerar que en lugar de haberse perpetrado dos delitos se cometió solamente uno, constituye en tratándose de terminación anticipada del proceso y como consecuencia de la celebración de audiencia especial, actividad que le está vedada al Juzgador, circunstancia que puede predicarse igualmente cuando el funcionario se aparta ostensiblemente de la pena previamente acordada y determinada por las partes. La variación respecto de lo manifestado en la audiencia y traducido en el acuerdo, sólo es posible efectuarla dentro de ciertos límites cuando el Juzgador con su pronunciamiento no contraría en su contenido sustancial la voluntad de las partes".

Con base en lo expuesto se denuncia que en este caso los falladores desconocieron en forma sustancial lo aprobado por las partes, quebrantando la estructura del proceso y, por ende, provocando la nulidad consiguiente.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Luego de hacer una introducción de carácter metodológico y de advertir las dificultades interpretativas que ha generado la aplicación de la institución denominada "Terminación anticipada del proceso", estima que ésta no posee sino este exclusivo alcance. Aclara, entonces:

... tiene como característica una reducción punitiva, pero no de una disponibilidad de la acción penal por parte de estos sujetos procesales. Es por esto que se faculta al juez para que una vez terminada la audiencia especial determine si 'la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad con lo acordado por las partes, son correctas', lo cual deberá hacer previa constatación con la prueba existente en el proceso, pues por ello determina la ley que debe obrar en el plenario prueba suficiente.

Observa que si se entendiese que fiscal y procesado pueden negociar el objeto de la acción penal,

... resultaría incomprensible la función que se le señala al juez, en cuanto a determinar la corrección de la calificación jurídica del delito y la pena imponible, además de su confrontación probatoria, pues si se admitiere dicho 'acuerdo', estos deberes sobrarían o carecerían de explicación razonable en el texto de este artículo.

En tales circunstancias piensa que "el acuerdo" debe entenderse como admisión de los cargos y que no se ve otra posibilidad distinta ante la confrontación probatoria que debe hacer el juez, porque si estima que lo acordado carece de fundamento probatorio o la prueba lo lleva a conclusión distinta, debe improbar el acuerdo y esta facultad ratifica la posición de la Delegada porque si no carecería de razón de ser la facultad para improbar, toda vez que todo se remitiría a formalizar la negociación.

A su juicio, si los cargos aceptados en el acuerdo corresponden a lo probado, el juez no puede desconocerlo, pero si las pruebas demuestran objetos de imputación distintos a los formulados por el fiscal son incompletos el juez debe improbarlo.

Y si no se trata de un problema probatorio, sino uno de criterio jurídico como en el caso que se analiza, cree que si la decisión ha de ser favorable al procesado, bien puede el juez apartarse del mismo, porque si no habría de concluirse que la figura de la terminación anticipada del proceso deroga los principios generales que regulan la interpretación y aplicación del derecho penal.

De lo anterior concluye:

"Y es que frente a figuras como ésta, oportuno resulta tener en cuenta que, bien con la tesis de la aceptación de cargos o con las del 'acuerdo', ninguna de las dos puede autorizar en un Estado de Derecho la arbitrariedad y la vulneración de derechos y garantías, pues resultaría contradictorio admitir que a pesar de reconocer que el estado de derecho ha sido ideado precisamente para evitar estos extremos se admita al mismo tiempo, el desconocimiento de estos límites de orden formal pero con inescindibles efectos materiales. De ahí que la función del juez trascienda

lo formal y se concrete en una verdadera cortapisa a aquellos procederes cuando tenga que proferir la sentencia correspondiente".

Además, agrega, el principio de legalidad que rige la existencia de los delitos y de las penas no admitiría que la cesión estatal del acuerdo facultara para el desconocimiento de tan trascendentales derechos.

El colaborador del Ministerio Público recuerda que la fiscal imputó al procesado dos delitos en concurso, el de falsedad material de particular en documento público agravado por el uso y el de falsedad personal, que fueron aceptados por el procesado, pero que el juez aplicando el principio de consunción, consideró que el segundo delito quedaba subsumido en el Primero, proceder que en su opinión se ajusta a sus facultades y a la legalidad del proceso.

Prosigue el funcionario manifestando que al prever el artículo 37 una rebaja de una tercera parte y darse las exigencias normativas, es aplicable esta norma por favorabilidad, por lo que de la sexta parte concedida por el *ad quem* deberá pasarse a la rebaja de la tercera parte.

Finalmente sostiene:

"Pero si se considerare que resulta extrema esta propuesta, porque la nueva ley consagró la Audiencia especial en la que quedó como artículo 37A y que al haber hecho expresamente esta clase de petición el procesado, es este instituto el que le correspondería al pensarse en la aplicación del principio de favorabilidad, encuentra la delegada que aun en estas condiciones, también se impone la reducción de la pena en una tercera parte, pues importa observar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6º de este nuevo artículo, para estos casos se deberá reconocer 'un beneficio de rebaja de pena de una sexta parte a una tercera parte', pero como ningunos parámetros señala el texto legal para determinar cuándo es que se debe acudir a alguno de estos dos extremos de reducción y no podría admitirse que para su aplicación deba recurrirse a la gravedad del delito, a las circunstancias genéricas de agravación punitiva, por ejemplo, porque todos estos factores ya debieron ser tenidos en cuenta al fijar la pena que después se va a reducir como beneficio, lleva a la delegada a entender que ante la ausencia de regulación normativa al respecto debe acudirse a la rebaja más benéfica para el procesado, es decir, a una tercera parte de la pena a imponer, aclarando que estas alternativas son procedentes frente a la nueva ley, por cuanto la imputación del delito de falsedad personal resulta violador de las garantías fundamentales, que es el límite prohibitivo que contiene las nuevas normas al regular la función del juez cuando deba dictar sentencia".

Para terminar, el representante del Ministerio Público sugiere rechazar el cargo formulado y casar oficiosamente la sentencia de confomidad con su argumentación.

LA CORTE

1. *Una aclaración necesaria*

Sea lo Primero señalar que, en su momento, la Sala advirtió sobre la imposibilidad de ejercer la representación del Ministerio Público por dos agentes en un mismo proceso, y particularmente en el recurso extraordinario de casación. Se consideró como una irregularidad que la interposición del recurso se hubiera hecho por quien había actuado a nombre del Ministerio Público en la primera instancia. Esta falencia, sin embargo, no tenía la capacidad de afectar dicha aceptación del recurso pues la única demanda presentada se encontraba firmada por quien si tenía la calidad de sujeto recurrente. Por tal motivo la intervención de la primera se tuvo cómo inane, y por ende, sin capacidad alguna para afectar la continuación del trámite respectivo.

Diferente sería el caso si cada cual hubiese presentado un escrito de casación, atacando la situación del imputado desde diferentes ángulos. Aquí, de la colaboración se pasaría a la intervención propia de cada agente de la Procuraduría, rompiéndose con ello el equilibrio procesal.

Y es que si bien esta representante del Ministerio Público invadio la órbita de la segunda instancia, la irregularidad no pasó de la simple interposición del recurso que, se repite, estaba avalada por quien sí tenía calidad para hacerlo. Por tanto, esta intromisión en el trámite fue minúscula y, de suyo, incapaz de generar perjuicios, de tal magnitud que sólo la nulidad pueda remediar.

Agotado el tema y expuestas a cabalidad las razones que llevaron a la Corte a declarar como válida la actuación cumplida en el trámite del recurso extraordinario, pasa a estudiar y resolver el libelo en cuestión.

2. *La Demanda*

2.1 Inicialmente, y antes de entrar al estudio del fondo de la demanda, se tiene que el ámbito al que se contrae es al artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, antes de que fuera objeto de reforma por la Ley 81 de 1993, en el que se consagró por primera vez en la legislación colombiana la llamada "terminación anticipada del proceso", institución que por su misma novedad ha sido objeto de numerosas interpretaciones sobre los diversos temas que se desprenden de su aplicación.

En esta ocasión la polémica versa sobre los límites que ha de tener el fallo que se profiera luego de realizarse la audiencia especial.

Al respecto, conviene analizar el texto mismo del artículo para precisar dichos lindes. En el primer inciso se advierte que en la dicha audiencia:

"...el fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el sindicado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. Si el fiscal y el sindicado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible así lo declararán ante el juez, debiéndolo consignar por escrito dentro de la audiencia".

Luego, en el segundo se indica:

"Si el juez considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad con lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios".

2.2 Lo Primero que se advierte es que no puede hablarse estrictamente de un acuerdo entre dos sujetos procesales pues ello implicaría que cada cual lleva su propuesta y que durante la discusión consiguiente ambas se unifican hasta llegarse a una solución común. Por el contrario, como bien lo expresa el nombre de la figura y lo señala con acierto la delegada, de lo que aquí se trata es de finalizar por adelantado la actuación ante la admisión de responsabilidad hecha por el reo con base en los cargos presentados por el instructor.

Por consiguiente, dado que únicamente la audiencia puede versar sobre los reproches expuestos por el fiscal, no hay lugar a deducir otros diferentes durante el curso de ésta, limitándose el procesado a rechazarlos o aceptarlos parcial o totalmente. De igual manera, y como es apenas obvio, los dichos cargos para alcanzar su plena legalidad han de tener respaldo en la realidad procesal.

Sobre este último tema la Sala, en ocasión pretérita, así lo aclaró:

"...en la inicial redacción del artículo 37 del Decreto 2700 de 1993 se prevenía que el Fiscal en el caso de terminación anticipada del proceso, presentara los cargos surgidos 'de acuerdo con la investigación' y no especulativa ni graciosamente, lo que implica un ineludible ceñimiento a las pruebas, porque de igual manera la aprobación del juez sobre el acuerdo, debía consultar no tan sólo la voluntad libre de la Fiscalía y el procesado, sino ante todo la "prueba suficiente" *obrante en el plenario...". (Sent. de marzo 24 de 1994, M.P. doctor Torres Freneda).*

De lo anterior se desprende que el escrito que quede al finalizar la audiencia especial tiene las características de una verdadera resolución de acusación, aunque dotada de mayor rigidez que la ordinaria. La razón es obvia. Como quiera que aquélla ha sido elaborada por la Fiscalía con la

aquiescencia del procesado, la tarea del juez se limita a realizar sobre ella un control de legalidad.

En la terminación anticipada del proceso, no es necesario el juicio porque ya el procesado admitió su responsabilidad de acuerdo con los cargos elevados por el fiscal. Si acusador y acusado se muestran conformes, si no existe ninguna otra etapa que permita modificar el asunto, el juez como director del proceso, debe velar únicamente por establecer si la acusación aceptada por el imputado recoge la realidad procesal y se acoge a las leyes que rigen el asunto. De ser así debe aprobarla. De no serlo ha de improbarla.

Lo propio puede decirse de la pena imponible, aceptada por el inculpado. No puede el fallador –y aquí se encuentra la mayor novedad de esta *sui generis* resolución de acusación– aplicar una sanción mayor a la estipulada, pues la admisión de los cargos estuvo condicionada a ella e impone lo relativo a la pena que habrá de deducirse. Lo propio puede decirse de la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, salvo claro está, que una u otro contradigan o desobedezcan la legislación vigente.

2.3 De acuerdo con lo anterior se tiene que el fallo debe dictarse con fundamento en el escrito que recoge la acusación formal de la Fiscalía en todo lo que aceptó el procesado. No puede abarcar temas diferentes a lo allí consignado, pues el consentimiento del reo es el que permite ponerle punto final a la actuación anticipándose con relación a los términos ordinarios.

Sobre el particular se pronunció la Sala en su momento con ponencia del doctor Saavedra Rojas, el diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

"La lógica indica que la sentencia que deviene tras la audiencia especial de terminación anticipada del proceso, recoja tan sólo y decida sobre ellos, los puntos del acuerdo entre el Fiscal y el procesado".

Es por ello que la norma advierte perentoriamente.

"Si se considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad con lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios".

Como corolario de lo dicho, al juez no sólo le está prohibido tratar asuntos diferentes al acuerdo sino también reformarlo a su acomodo, trascendiendo los límites del acta en referencia. Si esto se permitiera, los cargos y su aceptación quedarían sujetos al arbitrio del juzgador. Sin

embargo, esto no es la intención de la figura. Aquí el fallador se limita a controlar la legalidad del convenio, deber que le corresponde como administrador de justicia. Nada más.

Es por esto que, en el evento de no compartir la voluntad del Fiscal y del procesado, únicamente le está permitido improbarlo. Otro juez y otro Fiscal acometerán el trámite de la actuación para resguardar la imparcialidad de la justicia al momento de fallar de nuevo.

Ello no quiere decir, como lo expresa la ponencia que no fue acogida, que se esté entendiendo la norma como un traslado de las facultades del juez al fiscal. Es cierto, como se afirma en dicho proyecto, que en el procedimiento acusatorio el juez es un árbitro de los intereses que defienden los sujetos procesales. El debe decidir a cuál de ellos le asiste la razón, examinando la realidad procesal y la normatividad vigente para el caso.

Pero esto sucede tan sólo en el proceso ordinario, donde la etapa de la causa se encuentra establecida para presentar una acusación formal y darle el necesario debate en la audiencia pública, dotando la controversia de los suficientes elementos de juicio para que decida el juez lo pertinente.

Cuando la polémica ha cedido el paso al consenso entre las partes respecto a las circunstancias del hecho punible, a la pena imponible y, si es del caso, a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, el rol asignado pierde su razón de ser pues ya no existe discusión alguna sobre la que haya que resolver.

Ahora, la función del juez, en desarrollo de la *potestas* que le ha sido asignada por el Estado, es la de establecer si los términos de la acusación formal aceptada por el sindicado se ciñe a la ley y a la realidad procesal, caso en el cual le impartirá su aprobación. En caso contrario ha de improbarla para que el proceso continúe su trámite normal.

No tiene una tercera opción, como se plantea en la ponencia rechazada, que le permita hacer los ajustes que considere convenientes. La razón es palmar. En el proceso ordinario, la acusación brinda las pautas para adelantar el juicio correspondiente. Depende de lo que en él se controvierta y se demuestre para que se produzcan las modificaciones necesarias dentro de las pautas dadas por la resolución de acusación. Pero si la situación permanece inalterable porque en el juicio no se presentaron nuevas pruebas ni nuevos elementos de discusión, no tiene por qué sufrir modificación alguna el pliego de cargos.

En el caso de la sentencia anticipada la situación es aplicable pues la acusación no tiene posibilidad alguna de sufrir alteraciones ante la

inexistencia de una etapa de controversia entre las partes que así lo permita. Simplemente se pone a consideración del juez su legalidad y nada más.

Ahora, debe recordarse que la audiencia en la que se pide la sentencia anticipada no se realiza sin la concurrencia del juez.

Este, como supremo director del proceso, es quien la preside y quien se encuentra obligado de hacerle ver al reo los alcances y las consecuencias que podrían derivarse de la aceptación de los cargos. Si sus palabras no son escuchadas, si pese a ello los resultados vulneran la ley o la realidad probatoria, tiene una herramienta fundamental que es la improbación.

Cualquier otra actuación judicial tendiente a aprobar pero modificando el escrito en referencia, implicaría imponer una decisión a espaldas de las partes, impidiendo su controversia.

La violación al debido proceso y si es el caso al derecho de defensa, son indudables, mereciendo tal interpretación el rechazo consiguiente.

2.4. En el caso de la especie, en la audiencia especial el fiscal adecuó la conducta del incriminado al artículo 220 de la Constitución Política en concordancia con el 222, en concurso material con el 226, ibídem. Tanto el Ministerio Público como el juez de la causa le hicieron saber que era incorrecta dicha calificación dado que la falsedad se encontraba subsumida dentro de los Primeros artículos, quedando reducido a un concurso aparente de tipos; sin embargo, la Fiscalía insistió en dejar tal y como estaba la calificación que había propuesto desde un comienzo, estableciendo una pena imponible de treinta y seis (36) meses de prisión y la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Al momento de fallar, el sentenciador no podía corregir la falencia que había advertido. Al hacerlo desbordó su competencia, signada, como ya se ha dicho y ahora se repite, al control de legalidad de lo estipulado en la audiencia especial. Por tanto, concita el rechazo consiguiente la admisión insólita de la validez del acta para, al propio tiempo, eliminar el concurso propuesto por el fiscal y aceptado por el reo.

De otra parte, según la legislación vigente en ese momento la sentencia aprobatoria del acuerdo sólo era recurrible por el Ministerio Público, de manera que el fiscal no podía impugnar.

Con la variación que el juez hizo al acuerdo en el fallo, impuso su criterio contra la expresa voluntad del fiscal y lo dejó sin recursos.

No importa que hubiese sido loable la intención, si de remediar un yerro se trataba, su obligación era improbar lo resuelto en la audiencia anticipada y esperar que los nuevos juez y fiscal acometieran la tarea consiguiente.

Así las cosas, se vulneró el orden jurídico, razón por la cual es imperiosa la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, a fin de que se corrija el entuerto advertido.

Prospera la demanda.

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 la sentencia impugnada, declarándose la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive, a fin de que se remedie la falencia referida de conformidad con lo expresado en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (Salvamento de voto), *Juan Manuel Torres Fresneda (No firmo), Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDAD / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / DEBIDO PROCESO

(Salvamento de Voto)

Con el tradicional respeto que profeso por el criterio de mis colegas, quiero dejar constancia de mi disentimiento a lo resuelto mayoritariamente por la Sala en el asunto de la referencia, pues, desde mi punto de vista, la decisión de la cual me aparto se adoptó sin tomar en consideración los principios rectores y las garantías fundamentales del procesado. Para ello, a los argumentos que puse a consideración de la Sala sumo algunos otros que, en mi sentir, refuerzan el planteamiento allí expuesto.

El fallo aprobado avaló a la censora en cuanto postuló una nulidad consistente en que el juez no respetó el acuerdo al que de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, llegaron la fiscal y el procesado en este caso, porque de los dos delitos que la acusadora le atribuyó al implicado, el juez descartó la existencia del que supuestamente constituía falsedad personal. De ahí que la Sala casara la providencia atacada para decretar la nulidad de toda la actuación, incluyendo la sentencia de primer grado y, con ello, implícitamente aceptó, como lo afirmó la impugnante, que la titularidad de la acción penal se encuentra en cabeza de la fiscalía y que el juez debe sujetarse a ese acto dispositivo en forma integral.

El fallo sólo le dejó como función al juez la de revisar si la acusación y la pena aceptadas por el procesado recogen la realidad procesal y se acogen a las leyes que rigen el asunto. Si se cumplen esos presupuestos, el juez sólo puede aprobar el acuerdo; de lo contrario debe improbarlo.

¿Qué ocurre con esa determinación? Que la jurisprudencia aquí creada acaba de modificar la estructura del proceso, porque convirtió al fiscal en juez y a éste le quitó las atribuciones propias de su cargo. Por gracia de la petición de una audiencia especial, el fiscal adquirió competencias que la ley no le ha dado: la de tasar penas, y la de calificar definitivamente los hechos punibles, siendo que el procedimiento sólo le permite efectuar calificaciones provisionales; todo en detrimento de esas mismas facultades

del juez de conocimiento. Así, el acusador quedó convertido en juez y el juez en un funcionario sin ningún poder decisorio sobre los extremos de la acción penal, que autoriza al fiscal a asumir sus propias funciones, con el único deber de elaborar materialmente y firmar el texto de la decisión que hubieran concertado el procesado y el fiscal, con el cumplimiento de un mínimo de requisitos.

Sobre este tema resulta válido el aporte conceptual que hace el colaborador de la Sala cuando expresa que "Si se entendiese que fiscal y procesado pueden negociar el objeto de la acción penal, resultaría incomprensible la función que se le señala al juez, en cuanto a determinar la corrección de la calificación jurídica del delito y la pena imponible, además de su confrontación probatoria..." y todo quedaría reducido a una formalización de la negociación.

Y, efectivamente, lo que fue instituido como beneficio para lograr una rebaja de pena y una celeridad en la administración de justicia, ha quedado instituido por el fallo que no comparto, en un mecanismo cuyo alcance llega hasta despojar al juez de sus atribuciones legales.

Es mi opinión que, el acuerdo no establece parámetros infranqueables para el juez, puesto que la función de éste va más allá de la simple ratificación de un convenio.

Leída la preceptiva cuyo alcance discute la recurrente, se advierte que el fiscal debe formular unos cargos y su acuerdo con el procesado debe versar sobre las circunstancias del hecho punible y la pena imponible", lo que obliga a una calificación jurídica de los hechos; y que el juez, a su vez, debe evaluar el sustento probatorio y la legalidad de esa calificación jurídica. Así las cosas, se podría decir que tanto el fiscal como el juez cumplen igual función, pero cada uno dentro de su campo de acción, pues el fiscal lo hace como acto culminante de la investigación y el juez en desarrollo de su deber de poner punto final al proceso. Lo que sucede es que por razón del trámite especial y acelerado confluyen casi que simultáneamente una y otra facultad; pero ello no implica que las condiciones de acusador y juzgador se fusionen en ninguno de los dos funcionarios, pues cada uno mantiene su autoridad y autonomía dentro del ámbito habitual de sus atribuciones.

Por otra parte, en materia sancionatoria, el ordenamiento legal transcrito habla de la pena "imponible" y la pena "indicada" en el acuerdo, términos que no traducen una tasación punitiva concreta, sino una probabilidad o aproximación de pena, esto es, el señalamiento de los factores que pueden tomarse en cuenta al realizar esa labor; de lo contrario, el legislador hubiera

utilizado expresiones que dieran a entender claramente la atribución del fiscal de dosificar sanciones, tales como "la pena que se debe imponer" o "la pena tasada".

En este campo, el juez recibe indicaciones, pautas mínimas que no puede sobrepasar, de tal modo que las atribuciones que le son propias se ven un tanto restringidas, mas no suprimidas. Luego, nada se opone a que, en cumplimiento de su función juzgadora, profiera una sentencia que elimine, por ejemplo, una circunstancia agravante o que adicione una atenuante que impliquen una tasación punitiva inferior a la acordada por el fiscal y el procesado.

Por lo demás, "aprobar", de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tiene las acepciones de calificar o dar por bueno, y de asentir a doctrinas u opiniones. A su vez, "asentir" significa admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes. Así las cosas, el sentido literal de la preceptiva comentada, dentro del contexto del tema que desarrolla, traduce que el juez dicta sentencia con base en el acuerdo entre el procesado y el fiscal, cuando lo considera bueno o conveniente; pero de ninguna manera se puede entender que el acuerdo es una camisa de fuerza para el juez.

Todo ello significa que las partes al celebrar el acuerdo señalan unos límites genéricos; y al juez, para impartir la respectiva aprobación, le corresponde revisar las probabilidades de cumplimiento de las cláusulas respectivas, sin perjuicio de que en la sentencia efectúe los ajustes legales correspondientes; lo contrario significa que el acuerdo es un adelanto de los términos concretos a los cuales debe someterse el fallo.

Sobre la autoridad y competencia que mantiene el juez en el trámite especial que contemplaba el estatuto procesal penal de 1991, ya la Sala se pronunció el 24 de marzo de 1994, siendo ponente el Magistrado Juan Manuel Torres Fresneda, con ocasión de un recurso de apelación interpuesto contra el auto que improbó un acuerdo de esta índole. Se dijo entonces:

"... debe expresar la Corte su respaldo hacia las razones con las que el Tribunal improbó el acuerdo, afirmando ahora que sin tratarse de imponer sobre el criterio del Fiscal el subjetivo íntimo del juez, ni de ignorar las bondades que el instituto del artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 o bien ahora de los artículos 37 y 37A modificados e innovados por la Ley 81 de 1993, *la intervención del ente juzgador debe asistirse de la suficiente conciencia y claridad en cuanto es de su exclusiva incumbencia la declaración final de responsabilidad del procesado, lo mismo que la graduación de las penas*

con ceñimiento a las pruebas y a la legalidad, pues lejos de sugerir ventajas no escritas, los preceptos que se invocan para el trámite especial son claros en advertir y restringir los beneficios para el procesado a una precisa reducción de pena, mas no al otorgamiento de perdón ni a la concesión de gracias no contempladas expresamente en la ley, tampoco al ofrecimiento de interpretaciones acomodaticias de preceptos legales que aparentando abonos o ventajas extralegales, tan sólo muestran un interés por inducir a arreglos que en últimas no podría aprobar el juez". (el *destacado* no es textual).

El juez, al aprobar el acuerdo que protagonizaron el fiscal y el procesado en este asunto, dio cumplimiento a su atribución jurisdiccional, acertando a delimitar la conducta juzgada al tipo penal que se adecuaba, al descartar un inexistente concurso delictual, que por tanto era aparente, el cual resolvió acudiendo al principio de la consunción, sin que ello dé pauta alguna para enrostrarle una traición a aquel convenio. Y en tal proceder no advierto irregularidad alguna de la cual se pueda estructurar una causal de nulidad.

El fallo fue dictado "con fundamento en el escrito que recoge la acusación formal de la Fiscalía en todo lo que aceptó el procesado", pues el juez no trató ni abarcó temas o asuntos diferentes al acuerdo.

No se trata de una tercera opción, como lo pregona la decisión mayoritaria, puesto que no hay una modificación del escrito de acuerdo. No es más que el escueto ejercicio de la facultad de administrar justicia. De lo contrario, ¿qué explicación tiene que un juez pueda sentenciar eliminando, agravantes, sumando atenuantes o, inclusive, absolviendo a un encausado sea porque la conducta es atípica o porque actuó dentro de una causal de exclusión de antijuridicidad o de culpabilidad ? Es que acaso, esa potestad se podría tener por eliminada cuando participa de un trámite de terminación anticipada? Indudablemente que no.

Siguiendo los parámetros del fallo que casa, el juez, sencillamente ha debido improbar el acuerdo; punto que no encuentro razonable puesto que la calificación jurídica de los hechos, al ubicarlos dentro del título de los delitos contra la fe pública y en el capítulo de la falsedad en documentos, fue correcta, luego el juez no tenía motivo para improbar el convenio.

Ahora bien, si al tratar sobre la "pena imponible" el fiscal y el procesado señalaron unos topes punitivos, no veo con qué argumento se le puede impedir a un juez que reduzca ese quantum sancionatorio, si ello redunda en provecho del sentenciado. Cosa distinta sería si el acuerdo extralimita

por exceso o por defecto la pena señalada por la ley para la específica conducta punible por la cual se responsabiliza el implicado, porque en esa situación, obviamente, la pena no sería correcta y al juez no le quedaría otra opción que improbar el acuerdo; pero esas circunstancias no se han dado en este caso.

Considero un deber moral y profesional resaltar que, desde mi punto de vista, en esta oportunidad la Sala llegó al extremo de rendir culto a la ritualidad, dejando de lado los principios rectores, las garantías constitucionales y los objetivos que justifican la existencia de las instituciones estatales.

Sustento tal afirmación en el hecho de que el artículo 228 de la Constitución Nacional obliga a los jueces a darle prevalencia al derecho sustancial en sus decisiones. Principio que ratifica el artículo 9o. del Código de Procedimiento Penal cuando ordena que "En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferencialmente su efectividad".

La aplicación de esta preceptiva, por tener el carácter de norma rectora, es prevalente sobre cualquier otra disposición y debió ser utilizada como fundamento de la interpretación efectuada por la Sala en el fallo que no comparto.

La interpretación del artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 debió dirigirse hacia la protección de los derechos y garantías del procesado y no a la defensa de esquemas rituales, haciéndoles perder totalmente el sentido de su existencia y la filosofía política que inspiró su inclusión en la normatividad nacional.

El fallo mayoritario perdio de vista que las formas procesales fueron instituidas principalmente como garantía en favor del sindicado; como marco del ejercicio judicial para prevenir desbordamientos y excesos de la potestad del Estado. Esa es la esencia de la filosofía política sobre la cual descansan los sistemas procesales y la razón para que el principio del debido proceso se haya garantizado desde la Constitución.

Siendo ello así, no comparto que una decisión del más alto tribunal del país acuda a la institución de la nulidad acogiendo formalismos, so pretexto de garantizar la intangibilidad del proceso, cuando el resultado de esa determinación implica exactamente lo contrario: que se quebrantó la estructura del proceso; todo en detrimento del procesado, quien ahora no sólo verá prolongada su situación sub iudice, sino que, corre el riesgo de perder el beneficio de la rebaja de pena al cual se había hecho acreedor

por haber solicitado la terminación anticipada del proceso, en la muy probable hipótesis que el juez de conocimiento, apoyado en la sentencia de casación, impruebe el acuerdo.

Fecha, *ut supra.*

Edgar Saavedra Rojas.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / DEMANDA DE CASACION.

En la incongruencia se acepta que la calificación fue correcta pero desconocida en la sentencia, mientras que el error en la denominación jurídica lo que se pretende es demostrar que no se podía dictar sentencia con base en la calificación dada porque es errónea.

Pero aún más, la censura así presentada conllevaría dos decisiones antagónicas; la nulidad implicaría que la Corte remitiera el proceso a las instancias para que la fiscalía procediera nuevamente a su calificación; en tanto que la incongruencia obligaría a esta Sala a proferir una sentencia de sustitución, en la que se ajustaría el fallo a los cargos imputados en el llamamiento a juicio.

El error en la denominación jurídica no puede ser demandado por la causal primera, como quiera que de ser aceptada la decisión sería dictar un fallo de reemplazo, el cual resultaría incongruente con la resolución de acusación. Por esta razón reiteradamente se ha dicho que se debe acudir únicamente a la causal tercera, ya que esa falla afecta el debido proceso, irregularidad prevista en el numeral 2o del artículo 304 del estatuto procesal.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., julio doce de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calevete Rangel*

Aprobado Acta No. 96

Proceso No. 8720

VISTOS

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de *Jesús María Henao Botero,* contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del

Circuito de Marinilla, en la que se condenó a *Jesús María Henao Botero* y *Francisco Javier Castrillón,* al hallarlos penalmente responsables del delito de Homicidio en grado de tentativa en concurso con el de porte ilegal de armas, imponiéndoles una pena de ocho (8) años y cinco (5) meses de prisión, pero con las siguientes modificaciones: absolvió a *Henao Botero* del delito de porte ilegal de armas, imponiéndole una pena de ocho (8) años. Igualmente ordenó que se compulsaran copias para que se investigue el posible ilícito de Hurto calificado y agravado en que pudieron incurrir los acriminados.

I. Hechos y actuación procesal

Antes del medio día del viernes 7 de febrero de 1992, el ciudadano *Héctor de Jesús Muñoz Quiceno* acudio a la residencia de *Jesús María Henao Botero,* ubicada en el municipio de Marinilla (Antioquia), con el fin de concretar un negocio que habían iniciado días antes respecto a un carrito acondicionado para fritar y vender papa.

Henao Botero, quien era el eventual vendedor, le manifestó a *Muñoz Quiceno* que el carro lo tenía un compañero que ya se había ido a trabajar, pero que podían encontrase a las ocho de la noche en Rionegro para ir a verlo. Los dos acudieron a la cita convenida, y luego de tomarse una cerveza abordaron un taxi que los condujo hasta cerca a la fábrica "Ciatex", en la autopista a Marinilla, lugar en el que se bajaron, y *Jesús María Henao* se dispuso a orinar pidiéndole a su acompañante que continuara caminando, pero al hacerlo surgió de la maleza *Francisco Javier Castrillón Henao,* quien sin mediar palabra disparó contra *Héctor de Jesús Muñoz* un arma de fuego denominada changón, marca Remington de doble cañón, dando en el rostro de la víctima, quien cayó a sus pies. Luego de sustraerle la suma de dieciséis mil pesos ($16.000) que portaba en el bolsillo de la camisa, el agresor cargó nuevamente el arma, pero el herido al ver esto huyó del lugar pidiendo auxilio el cual le fue prestado por unos señores que lo llevaron al hospital en donde le salvaron la vida.

Informada telefónicamente la policía de lo ocurrido, se trasladaron al lugar de los hechos y observaron a los individuos *Jesús María Henao Botero* y *Francisco Javier Castrillón,* quienes se desplazaban a pie por la autopista, pero el último de los nombrados al ver la autoridad arrojó a un rastrojo el arma que portaba, la cual fue inmediatamente encontrada y se efectuó la captura.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal, despacho que vinculó mediante indagatoria a los detenidos, a quienes les definió la situación jurídica con detención preventiva en contra

de *Francisco Javier Castrillón Henao* por porte ilegal de armas de defensa personal, y absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en favor de *Jesús María Henao Botero.*

Esta providencia fue modificada posteriormente, en el sentido de cobijar a los dos indagados con detención preventiva por los delitos de homicidio tentado y porte ilegal de armas de defensa personal.

Cerrada la investigación se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los dos procesados, como presuntos autores de los delitos por los cuales se ordenó su detención.

Al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Marinilla le correspondio el trámite de la causa, despacho que una, vez realizada la diligencia de audiencia pública, profirió sentencia en la que condenó a *Jesús María Henao Botero* y *Francisco Javier Castrillón Henao* como autores de los ilícitos de Homicidio en la modalidad de tentativa y porte iegal de armas, imponiéndoles una pena de ocho (8) años y cinco (5) meses de prisión a cada uno.

Apelada esta decisión el Tribunal Superior de Antioquia absolvió a *Jesús María Henao Botero* por el delito de porte iegal de armas, y en consecuencia le redujo la pena a ocho (8) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

II. DEMANDA

Causal Primera

Primer cargo

Estima el actor que la sentencia de segunda instancia es violatoria de una norma de derecho sustancial, por haber incurrido el fallador en error de derecho, consistente en que la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia sentenció a su defendido por el delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, cuando de conformidad con la misma versión. del ofendido *Héctor de Jesús Muñoz Quiceno* se presentó fue un delito de lesiones personales.

El error de derecho que conllevó la violación de los artículos 331 y 332 del Código Penal, también vulneró el 247 del Código de Procedimiento Penal que prohíbe dictar sentencias condenatorias cuando no obra en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y a la responsabilidad del procesado.

Igualmente se incurrió en error de derecho desde la resolución de acusación, en lo que antes se denominaba *error en la calificación.*

El yerro se presenta al haber condenado a su defendido por el delito de Homicidio agravado en la modalidad de tentativa, argumentándose que el hecho se cometió para "facilitar o consumar otro hecho punible", el cual no se acreditó, y por el contrario la sentencia fue adicionada ordenándose compulsar copias para investigar los ilícitos de hurto agravado y calificado en que pudieron incurrir los imputados.

Segundo Cargo

Se presenta error de hecho, en atención a que el Tribunal no aplicó en forma correcta el artículo 294 del C. P. P., en relación con los criterios para apreciar los testimonios.

En la sentencia impugnada se desestimaron los testimonios del conductor del taxi Manuel Salvador Giraldo Suárez y de su acompañante Jorge Humberto Morales García, quienes sin ningún ánimo vindicativo o de animadversión son contestes en afirmar que escucharon en la noche de los hechos cuando el taxista dejaba tres pasajeros embriagados en el estadero *"La Parrilla"*, oyeron un disparo y observaron a un sujeto que caía al piso y a otras dos personas que huían para abordar mas adelante un vehículo "Simca" en el que se alejaron con dirección a Medellín; por el contrario se le dio entera credibilidad al testimonio del ofendido, sin darse explicaciones por qué se acepta esta versión y no las reseñadas anteriormente.

Finalmente, después de traer a colación algunos conceptos doctrinarios sobre la forma de valoración del testimonio del ofendido, solicita a esta Corporación que nuevamente haga una valoración de la versión de Héctor de Jesús Muñoz Quiceno, solicitando que se case el fallo y se dicte el que deba reemplazarlo.

Causal Tercera

Cargo único

Acude el libelista en forma subsidiaria a la causal tercera, al estimar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, "puesto que desde la resolución acusatoria, se incurrió en error en la calificación del hecho punible, ya que se les profirió esta providencia vocatoria a juicio, como presuntos autores responsables a los sindicados *Jesús María Henao Botero* y *Francisco Javier Castrillón Henao* por los delitos de homicidio tentado y porte ilegal de armas; y, sin embargo, se les condenó en primera instancia por el delito de *homicidio agravado y porte ilegal de armas*, confirmándose en segunda instancia la sentencia respecto al primer delito en relación a mi representado *Jesús María Henao Botero*, existiendo no solamente falta de

consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación (causal segunda contenida en el art. 220 numeral 2o. del C. P. P.), sino también en que se le dio una denominación inadecuada al primer cargo formulado, incurriendo en error en la calificación, puesto que e,ésta debía ser por el delito de lesiones personales, conforme a los arts. 331 y ss. del Código Penal y no por la adecuación atípica de homicidio agravado en la modalidad de tentativa. Obsérvese que en el vocatorio a juicio, hoy resolución acusatoria aparece este cargo como "homicidio tentado". Por ello, si el fallador de segunda instancia no advirtió la errónea calificación, considero, con apoyo y jurisprudencia de esa respetable corporación, que esa calificación puede ser demandada en casación acudiendo a la causal tercera, *o puede ser decretado oficiosamente por la Corte, como tal lo solicito.*"

Finalmente estima que se acredita el error en la calificación, puesto que aún en el evento de aceptar la coautoría o complicidad de su representado en los hechos, lo sería como cómplice del ilícito de lesiones personales y no del de homicidio agravado en la modalidad antes señalada, por cuanto en el plenario quedó establecido con la declaración de Muñoz Quiceno, que fue un solo disparo, versión que al confrontarse con la de los agentes, quienes manifestaron que el arma se encontraba cargada con dos municiones, y con la afirmación de la víctima de que cayó a los pies del agresor, quien luego de sustraerle los dieciséis mil pesos ($16.000.) volvió a cargar el arma, permite inferir que el heridor no tuvo la intención de acabar con la vida del ofendido.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice que el escrito presentado por el defensor del procesado se asimila a un alegato propio de las instancias, por lo que sugiere a la Sala no casar el fallo atacado de conformidad con los planteamientos que a continuación se exponen:

1o. Sobre el reproche propuesto al amparo de la causal tercera el delegado manifiesta, que el actor cree que cumple con su debida enunciación y desarrollo limitándose a señalar que hubo una errónea calificación jurídica del proceso, en atención a que la tipificación correcta no era la de tentativa de homicidio sino la de lesiones personales, sin hacer ninguna consideración adicional que demuestre que existió dicho error.

Además, equivocadamente el actor involucra un planteamiento extraño al problema de la calificación, como lo es la falta de consonancia entre la sentencia y los cargos formulados en la resolución de acusación, siendo esta falla más reprochable en la medida en que el propio libelista acepta que esta circunstancia debe ser alegada por vía de la causal segunda de casación.

Las dos situaciones son diversas, al punto que la técnica de casación impone una vía de impugnación distinta en cada caso y consecuencialmente una formulación independiente.

La falta de consonancia comporta la causal segunda de casación, que implica la excepcional posibilidad de que pese a que se trata de un error *in procedendo*, la Corte deba proferir fallo sustitutivo; por su parte la errada calificación, no obstante configurar un error *in iudicando*, constituye una irregularidad que afecta el debido proceso y por ende forzosamente debe alegarse acudiendo a la causal tercera de casación.

El diverso contenido de los dos motivos impide su formulación simultánea, pues si se afirma que el proceso fue calificado en forma equivocada, no se puede alegar igualmente que existió inconsonancia entre los cargos y el fallo, porque esto último implicaría aceptar que el tipo objetivo fue acertadamente escogido.

También destaca el Ministerio Público, que el actor considera que la Corte oficiosamente puede decretar la nulidad, como si a la alta Corporación le correspondiera suplir las deficiencias del censor en la presentación del libelo.

A lo anterior agrega que nada tiene que ver el error en la calificación del hecho punible, entendido este concepto como la equivocada escogencia del tipo objetivo, con el fenómeno de la participación en el hecho típico, que sólo se refiere al grado de intervención de varias personas dentro de un hecho delictivo, tema extraño respecto a la censura enunciada por el recurrente.

Finalmente señala que no hay discusión sobre la acertada calificación dada por el juez de instrucción, avalada por los juzgadores al responder en las instancias las alegaciones que sobre el particular hiciera la defensa.

2o. Respecto al primer cargo formulado por la causal primera, la delegada anota:

La doctrina ha definido que el error de derecho como motivo de casación se puede presentar por falso juicio de legalidad o por falso juicio de convicción. La primera hipótesis se presenta cuando el juzgador aprecia una prueba en cuya práctica se han desconocido la reglas que rigen su recepción o incorporación al proceso; la segunda, cuando se acoge una prueba otorgándole un valor que la ley no le asigna, o se desconoce el que ella le atribuyó.

Estas precisiones sirven para significar que el actor, salvo una lacónica alusión a este tipo de error, no precisa el sentido del yerro en el caso concreto,

limitándose a señalar que el delito cometido por su defendido fue el de lesiones personales y no el de homicidio bajo la modalidad de tentativa, alegación que como se ve nada tiene que ver con el yerro alegado.

Fácilmente se advierte que estos mismos argumentos fueron los esbozados al invocar la causal tercera de casación, "como si la posibilidad de plantear cargos excluyentes que prevé el Decreto 2700 de 1991 en su ar-tículo 225, igualmente autorizara a modificar la vía de ataque correcta que, acorde con el tema objeto de impugnación, debe ser aducida".

Desde luego si el actor entiende que el error en la calificación jurídica debe hacerse por vía de la nulidad, no se comprende cómo argumenta que esta misma situación constituye un error de derecho.

3o. En lo atinente al segundo ataque por la causal primera, dice el Procurador Delegado que la formulación del reproche no es acertada, toda vez que, si bien alega la existencia de un error de hecho, no escogé ni precisa ninguna de las hipótesis que admite esta vía, esto es, los falsos juicios de existencia o de identidad, y en cambio en forma vaga hace consistir el error en que el sentenciador "no aplicó o apreció correctamente el art. 294 del C. de P. P., en relación con los criterios para la apreciación del testimonio, su valoración, los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido", refiriéndose en forma indiscriminada a los testimonios de Manuel Salvador Giraldo Suárez y Jorge Humberto Morales García, y el contraste que éstos ofrecen en relación con lo afirmado por el ofendido.

El cargo como se presenta se desvía hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, en la medida en que es la circunstancia de haber desechado el juzgador los testimonios de los deponentes al contrastar sus versiones con las demás pruebas -especialmente la versión delofendido-, con lo cual muestra su inconformidad el defensor, evidenciándose así más una crítica acerca del valor otorgado a las pruebas en las instancias que el presunto error de hecho propuesto.

Así, el censor desarrolla un supuesto error de hecho bajo los derroteros propios del error de derecho, confusión que le lleva a manifestar que la mas justa valoración del testimonio del ofendido lo deja "al más connotado autorizado y versado análisis, evaluación y valoración y apreciación (sic) ... por parte de la H. Sala Penal de la H.C.S. de Justicia", creyendo que a la Corte le corresponde hacer una tercera instancia al proceso, demostrando desconocimiento de esta excepcional vía de impugnación.

IV. Consideraciones de la Sala

1o. Respetando el principio de prioridad la Sala se ocupará inicialmente del cargo de nulidad, ya que de prosperar sería innecesario todo análisis

sobre la presunta violación de la ley sustancial. Precisamente por esta razón es que no resulta acertado el orden en que formula los reparos el libelista.

Entrando al estudio de la censura se observa que el defensor se refiere de manera simultánea a dos temas completamente diferentes, como quiera que una cosa es el error en la denominación jurídica y otra la incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia.

Inicialmente manifiesta que se presentó error en la calificación del hecho punible, ya que se llamó a responder a los procesados por homicidio en la modalidad de tentativa, cuando realmente se configuró un ilícito de lesiones personales; y a renglón seguido sostiene que existe una incongruencia entre el pliego de cargos y los fallos de instancia, porque la acusación fue como autores de homicidio tentado y porte ilegal de armas, y se les condenó por homicidio agravado y porte ilegal de armas, dejando en segunda instancia para *Henao Botero* únicamente el homicidio agravado.

Naturalmente con esto se vulnera el principio de no contradicción, porque en la incongruencia se acepta que la calificación fue correcta pero desconocida en la sentencia, mientras que en el error en la denominación jurídica lo que se pretende es demostrar que no se podía dictar sentencia con base en la calificación dada porque es errónea.

Pero aún más, la censura así presentada conllevaría dos decisiones antagónicas; la nulidad implicaría que la Corte remitiera el proceso a las instancias para que la fiscalía procediera nuevamente a su calificación; en tanto que la incongruencia obligaría a esta Sala a proferir una sentencia de sustitución, en la que se ajustaría el fallo a los cargos imputados en el llamamiento a juicio.

Al margen de lo anterior, suficiente para desestimar el reproche, es oportuno destacar que sobre la supuesta incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo no existe ni siquiera un mínimo intento de demostración, lo cual debe ser porque esa afirmación no corresponde a la verdad procesal, ya que es muy claro que el enjuiciamiento fue por tentativa de homicidio agravado, y por ese punible se profirió la condena.

En cuanto a la presunta errónea calificación lo único que se argumenta es que los autores no actuaron con intención de matar, porque no fue sino un solo tiro, y no obstante que la víctima cayó a los pies del agresor, no le volvió a disparar y sólo tiempo después procedio a cargar el arma.

Olvida el impugnante que si bien fue un solo disparo, éste fue propinado en la cara de *Muñoz Quiceno*, y que si no pudieron rematarlo fue porque él huyó del lugar cuando se dio cuenta que el sujeto que portaba el arma la estaba cargando nuevamente. A este respecto el juzgado en el fallo consignó:

"...En efecto, no fue la voluntad de los procesados la que dio pie al desistimiento del ataque, sino la vitalidad de la víctima quien en un esfuerzo por sobrevivir reaccionó oportunamente para evadirse del lugar fatídico y desaparecer a los ojos y al alcance de sus agresores, cuando precisamente logró observar que Castrillón Henao no sólo extraía otro proyectil de su vestimenta, sino que accionaba el arma con el ánimo de volverla a cargar, y no era tal la benignidad de los victimarios predicada por el ilustre defensor, cuando ni siquiera optaron por abandonar el lugar de los hechos teniendo a mano sus domicilios y más bien permanecieron en sus alrededores con el arma cargada y por un tiempo apreciable, en espera quizás de que apareciera nuevamente su víctima para rematarla y lograr de esta manera la completa impunidad de sus comportamientos. No otra cosa puede deducirse teniendo en cuenta el transcurso del tiempo entre la realización del hecho y la captura".

Y párrafos mas adelante agregó:

"No se puede hablar tampoco para ahuyentar la acción homicida sobre la inexistencia de heridas mortales en la víctima, porque de hecho, frente a la tentativa de homicidio no se exige en forma alguna que las heridas sean de tal carácter, toda vez que no es éste el fundamento de la adecuación típica. Las lesiones, aún de carácter leve pueden en muchos casos revelar la intención homicida del sujeto agente de la conducta desdoblada. Máxime en los hechos que son materia de este expediente, no cabe duda alguna que el disparo a una de las partes vitales del cuerpo -la cara y sus alrededores- *no nos está demostrando una simple intención de lesionar, como lo aduce la defensa, porque además del sitio vital donde impactó el disparo se hallan fielmente probadas las otras circunstancias que hacen aparecer la acción como un hecho punible contra la vida,* que se vio frustrado, como ya se adujo, no sólo por la rápida evasión de la víctima sino por el pronto auxilio que le prestó el ciudadano Félix Antonio Arbeláez Gómez y la rápida atención médica que le ofrecieron en el hospital regional de Rionegro" (destaca la Sala).

Haciendo más confusa la alegación, en lugar de exponer mejores razones en apoyo de la tesis de las lesiones personales, desvía la atención hacia un campo ajeno al reproche, consistente en aseverar que no está probado que el ofendido llevara los dieciséis mil pesos que dice le fueron hurtados, hecho que sirve de fundamento a la causal de agravación imputada.

Y como era de esperarse, ante la total confusión del ataque la petición no podía ser clara, de manera que la presenta así: " ... de conformidad con el art. 305 del C. de P. P., o bien por *declaratoria de oficio,* se proceda *a casar*

la sentencia de segunda instancia, de fecha, origen y naturaleza indicados; o en su defecto se profiera sentencia complementaria".

La demanda no puede tener por objeto una petición de nulidad de oficio, ni una sentencia complementaria, de la que ni siquiera dice en qué sentido, sino que debe existir una perfecta coherencia entre el cargo, la demostración y la petición, exigencia que sin duda desconoce el recurrente.

El cargo no prospera.

2o. En el primer reparo por causal primera arguye el actor la existencia de un error de derecho, consistente en haber condenado a su defendido por tentativa de homicidio agravado, cuando según lo acreditado en el proceso con la versión del ofendido, se trató fue del delito de lesiones personales.

Cita como normas violadas los artículos 331, 332 y 324 numeral 2o. del Código Penal, así como el 247 del Código de Procedimiento Penal, y reitera que ello se debe a que la prueba ameritaba la comisión de unas lesiones personales y no de homicidio agravado en la modalidad de tentativa.

No hay ninguna duda de que el planteamiento que el actor hace en esta censura es el del error en la denominación jurídica ya respondido, sólo que amparado ahora en la causal primera de casación por la vía de la violación indirecta.

La formulación del ataque en esos términos no tiene posibilidad alguna de aceptación, ya que el error en la denominación jurídica no puede ser demandado por la causal primera, como quiera que, de ser aceptado, la decisión sería dictar un fallo de reemplazo, el cual resultaría incongruente con la resolución de acusación. Por esta razón reiteradamente se ha dicho que se debe acudir únicamente a la causal tercera, ya que esa falla afecta el debido proceso, irregularidad prevista como motivo de nulidad en el numeral 2o. del artículo 304 del estatuto procesal.

La razón expuesta es suficiente para concluir en la desestimación del cargo.

3o. El segundo reproche formulado invocando la causal primera lo hace consistir el actor en un presunto error de hecho, pero no especifica si se refiere a un falso juicio de existencia o a un falso juicio de identidad, ni la norma sustancial que estima violada. Se limita a afirmar que no se aplicó o apreció correctamente el artículo 294 del Procedimiento Penal, en relación con los criterios para la valoración del testimonio, como son las reglas de la sana crítica.

La inconformidad consiste en que se desestimaron las declaraciones de *Manuel Salvador Giraldo* y *Humberto Morales*, y en cambio se le dio credibilidad a la versión del ofendido, lo cual es cierto, pero con la simple afirmación no se demuestra que por haber obrado así se incurrió en algún error, o que de esa manera se desconocieron las reglas de la sana crítica. Además, ninguna mención hace el defensor de los indicios que comprometen la situación de su representado, como el de presencia en el lugar de los hechos, y el haberles encontrado el arma con la que se hirió gravemente a *Héctor de Jesús Muñoz*, pruebas a las cuales ha debido referirse si pretendía quitarle la base probatoria al fallo.

En lugar de demostrar el error de hecho aducido, lo que hace el casacionista es dedicarse a mencionar distintos aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la apreciación del testimonio, pero sin relacionarlos con el caso en estudio, hasta el punto de que finaliza el desarrollo del tema diciendo que deja en manos de la Sala Penal de la Corte el análisis, evaluación y valoración de ese medio de prueba.

Todo indica que el impugnante desconoce que el recurso extraordinario de casación es para demostrar la existencia de un error que afecte la legalidad del fallo, y no para limitarse a oponer el criterio personal sobre la valoración probatoria al que ha tenido el sentenciador de instancia, pues en ese aspecto la decisión tiene carácter definitivo y a la Corte no le corresponde entrar a terciar sobre un punto que ya está superado.

Del estudio del proceso se desprende, que en realidad no resultaba una tarea fácil demostrar que el fallador violó las reglas de la sana crítica al apreciar los testimonios de *Manuel Salvador Giraldo* y *Jorge Humberto Morales*, pues, no sólo no ofrecen ninguna credibilidad, sino que es evidente que mintieron, razón por la cual el Juez de Instrucción Criminal que calificó el sumario ordenó compulsar copias para que los investigaran por falso testimonio.

Así las cosas, ante la falta de demostración del cargo y su trascendencia, es forzoso concluir que debe ser desestimado.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Enrique Arboleda R., Ricardo Calvete Rangel, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NULIDÀD/ CASACION OFICIOSA

A pesar de las limitaciones a la oficiosidad existentes, no debe ignorarse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 del C. P. P., *la Corte tiene el deber de declarar cualquier nulidad que advierta en el proceso, así ésta no hubiere sido alegada o su formulación resultare defectuosa.*

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., doce (12) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 96 (12-07-95)

Proceso No. 8898.

VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Raúl Eduardo Puentes González,* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, fechada 24 de junio de 1993, mediante la cual lo condenó a la pena principal de catorce (14) años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio simple, homicidio tentado y porte ilegal de armas, en concurso.

HECHOS

El Tribunal los consignó en estos términos:

"Por las constancias del proceso se sabe que en la madrugada del domingo 10 de noviembre de 1991, con motivo de la discusión de dos señoras, se terminó el festejo de los dos años de vida cumplidos por la hija del hoy interfecto *Norbey Martínez López,* llevado a efecto en el barrio Ambalá de esta ciudad.

"Consecuencialmente, los asistentes a ese festín, invitados e intrusos, procedieron a abandonar la casa donde se realizó. En efecto, los concurrentes Mary Gódoy Sánchez y Mireya Oss.a, se dirigieron a conseguir un taxi, habiendo sido gentilmente acompañadas por el hoy extinto Norbey Martínez López, y cumplido por éste el objetivo que lo animó a ir con ellas, se regresó

para su residencia que quedaba contigua a la casa donde se celebró la fiesta de la cual había sido anfitrión, con tan mala suerte que al cruzarse con seis personas que habían estado departiendo allí, por un motivo baladí que no estuvieron en capacidad de concretar los testificantes de ese grupo de individuos, se trenzaron en lucha a mano limpia la víctima mencionada y el justiciable Raúl Eduardo Puentes González, logrando éste dominarlo, razón por la cual, otro muchacho de nombre Alexander Vanegas Garzón, quien también transitaba por allí e impulsado por la amistad que lo ligaba al agredido, optó por intervenir, a fin de separarlos, porque lo estaba golpeando en el suelo, y quitándose el cinturón para abrir campo, obviamente porque los compañeros del homicida los circundaban; pero éste inmediatamente extrajo de la parte trasera de la pretina del pantalón un arma de fuego, los amenazó y luego sonó un disparo que hizo blanco en el brazo izquierdo del finado, por lo que resolvió abalanzarse a ver si lo podía desarmar, pero se lo impidio al propinarle dos balazos, una en la región abdominal y el otro en el tórax. En seguida el incriminado emprendio la huida, porque el sobreviviente de ese fatal atentado se encaminó a pedir auxilio a la policía, con el objeto de que fuera aprehendido, pero ya había desaparecido del lugar teatro de los acontecimientos."

ACTUACIÓN PROCESAL

La Delegada presenta la siguiente sinopsis de ella:

"Teniendo como base el levantamiento del cadáver de Martínez López, la indagación preliminar estuvo a cargo del Juzgado 26 de Instrucción Criminal, remitiendo a Alexander Vanegas Garzón a Medicina Legal y escuchando el testimonio de Norma Constanza Herrera Mosquera y Carlos Alberto Saavedra Herrera.

Abierta formalmente la investigación fue oído en indagatoria Puentes González, resolviéndose su situación jurídica con auto del 20 de noviembre de 1991, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio, lesiones personales e infracción al Decreto 3664 de 1986.

Clausurada la investigación después de recaudarse abundante prueba testimonial, el mérito probatorio se calificó con auto del 6 de marzo de 1992, profiriéndose resolución acusatoria en contra del inculpado por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué al desatar la apelación propuesta contra esta decisión, la confirmó en su integridad.

Celebrado el rito oral, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué profirió sentencia de primera instancia el 12 de marzo de 1993, condenando

a Puentes González de conformidad con los cargos a él imputados y negando las peticiones de la defensa en lo concerniente al reconocimiento de la legítima defensa, el exceso de esta excluyente, como también que se estuviera en presencia de un delito preterintencional y la ira igualmente deprecada; decisión que fue en lo fundamental confirmada por el *ad quem* acorde con lo reseñado precedentemente".

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Aunque no lo dice en forma expresa, debe entenderse que el actor acusa la sentencia del Tribunal con amparo en la causal primera de casación, según se desprende del siguiente enunciado que se lee en el libelo: "Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial".

Pues bien, ateniéndose al aspecto formal del escrito puede interpretarse que el actor está formulando dos cargos distintos, ambos con apoyo en dicha causal primera de casación:

- El Primero, donde señala como normas violadas los artículos 296 a 299 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 61 del Código Penal.

- Y el segundo, donde indica como normas violadas los artículos 38 y 325 del Código Penal.

En sustento del Primero, expresa el censor su desacuerdo con la dosificación punitiva realizada por el sentenciador, toda vez que, en su opinión, no tuvo en cuenta la rebaja que le correspondía a su prohijado por virtud de la confesión que válidamente hizo desde la indagatoria. Agrega que a pesar de no haber sido tenida en cuenta por el juzgador dicha confesión para efectos de aplicar la rebaja de una tercera parte consagrada en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, sí fue tomada como base fundamental para determinar la responsabilidad del sindicado.

Concluye que por haber sido ignorados los criterios para fijar la pena, señalados en el artículo 61 del Código Penal, existe razón suficiente para que se revoque el fallo impugnado, a efecto de reducirle la pena impuesta al procesado.

Respecto del segundo cargo, manifiesta el recurrente su desacuerdo con la calificación jurídica dada a los hechos por el sentenciador, toda vez que, en su criterio, no se cumplen los requisitos para configurar los delitos de homicidio voluntario y tentativa de homicidio, por los que finalmente se condenó a su representado.

Expone que tal como sucedieron los hechos, fácilmente se concluye que la intención de Raúl Eduardo Puentes no fue la de causar la muerte a

ninguno de los ofendidos, ya que inicialmente disparó al suelo con el simple propósito de asustarlos y sólo cuando se enteró de que uno de sus contendientes tenía un cuchillo, se asustó y disparó pero sin intención de causarles la muerte.

Conforme con lo dicho estima el censor que a su defendido solamente podían atribuírsele los delitos de homicidio preterintencional y lesiones personales con incapacidad de 20 días y sin secuelas, por lo que merecía una pena considerablemente más benigna que la impuesta.

Finaliza la demanda solicitando a la Corte aceptar como debidamente probados los cargos propuestos y casar el fallo impugnado dictando en su lugar el que deba reemplazarlo, así como analizar cualquier posible nulidad existente en el proceso.

CONCEPTO DE LA DELEGADA Y CONSIDERACIONES DE LA SALA

Evidentemente tiene razón el señor Agente del Ministerio Público al conceptuar que la demanda en estudio carece de las más elementales exigencias técnicas propias de este recurso extraordinario.

En efecto, omitió el recurrente indicar con claridad y precisión la causal aducida y los fundamentos de ella, tal como lo exige el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal. Y aunque del enunciado subrayado en el libelo pudiera inferirse que se trata de la causal primera de casación, faltaría por establecer la modalidad de la censura, vale decir, si la violación de la ley que se endilga a la sentencia del Tribunal ocurrió por vía directa o indirecta y en cualquier caso, el motivo y sentido de la misma.

Tal falencia es de suyo grave y determina el fracaso de la demanda, pues la omisión en determinar tan vitales aspectos deja a la Corte sin posibilidad de realizar el análisis técnico-jurídico deseado sobre la sentencia impugnada, en virtud del principio de limitación de la oficiosidad que rige en sede de casación.

Por manera que, acogiendo el concepto de la Delegada, se impone la desestimación de ambos cargos por su deficiente formulación.

No obstante, la Sala estima necesario hacer una breve referencia sobre los dos cuestionamientos del recurrente al fallo del Tribunal, los que de antemano se advierte carecen de fundamento, según lo explicó ampliamente el señor Procurador Delegado:

El primer reparo tiene que ver con la dosificación punitiva, que a juicio del censor fue errada por haberse omitido la reducción de pena por confesión prevista en el artículo 299 del C. de P.P.

Al respecto, baste decir que en este caso no había lugar a la rebaja punitiva que se reclama, debido a que tal medio de prueba no fue el pilar de la condena, sino que simplemente corroboró la responsabilidad del sindicado que ya se encontraba demostrada con los precisos y contundentes testimonios que tempranamente fueron vertidos al proceso, destacándose la fundamental declaración del lesionado Vanegas Garzón, quien escapara de la muerte, y las versiones rendidas por los testigos: Norma Constanza Herrera Mosquera, Carlos Alberto Saavedra Herrera, Argenis Herrera Mosquera y Omar Fernando Pedraza Herrera.

El segundo cuestionamiento tiene relación con la adecuación típica, no compartida por el censor para quien la conducta de su representado debió encuadrarse en los tipos de homicidio preterintencional y lesiones personales, tras afirmar que el procesado no tuvo intención de matar.

Respecto al elemento intencional debe recordarse el serio y acertado análisis realizado por el Tribunal en el fallo atacado, del cual concluye que negar la intención homicida en este caso significaría estrellarse contra la lógica "...ya que fácilmente no es de recibo que se dispare por dos veces contra una persona haciéndole blanco en el tórax y en el abdomen, es decir, le ocasione dos heridas severas, y que, al proceder de esta manera, lo haga sin intención de matar. Este argumento se derrumba y destruye con su sola presentación, por lo que esta tesis estuvo bien rechazada por el *a quo*...". Y en otro aparte del análisis agrega: "...además, confluyen a demostrar la intención homicida la pistola utilizada como instrumento vulnerante y de suyo idóneo para causar la muerte, como ocurrió con Norbey Martínez López, los disparos fueron múltiples (2), la zona anatómica elegida como blanco reviste condiciones de letalidad, habiéndose llegado en el *iter criminis* hasta los actos inequívocos de consumación, y que si el objetivo criminoso no fue obtenido (respecto del lesionado Alexander Vanegas Garzón), esa imperfección se debió a circunstancias extrañas a la voluntad del justiciable Puentes González, las que se concretan en la oportuna y eficaz atención médica que le fue prestada al herido...".

Por manera que la censura dirigida contra la adecuación típica carece de fundamento real y serio y, al igual que la anterior, no puede prosperar.

Finalmente, sobra y, por tanto, no es de recibo la petición del actor en el sentido de que se estudie cualquier posible nulidad del proceso, toda vez que a pesar de las limitaciones a la oficiosidad existentes en sede de casación, no debe ignorarse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 del C. P. P., la Corte tiene el deber de declarar cualquier nulidad que advierta en el proceso, así ésta no hubiere sido alegada o su formulación resultare defectuosa.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,* oído el concepto del *señor* Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con éste,

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cúmplase y devuélvase,

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION / AUTO CALIFICATORIO

De conceder razón a este segundo planteamiento, (que la colisión pueda plantearse siempre que medie una resolución acusatoria) fácil resultaría concluir en que la Corte no podría terciar en esta clase de conflictos, pues si su promoción tiene como obligado presupuesto el proferimiento de una resolución de acusación que ubica el caso bajo el conocimiento de los jueces, ineludiblemente bastaría con evocarla junto con su intangibilidad para inhibir cualquier análisis sobre los factores determinantes del conocimiento.

Por el contrario, es indudable que uno de los principios fundamentales anejos al debido proceso se refiere al adelantamiento del proceso por el juez natural y competente, al punto de que la causal primera de nulidad prevista en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal apunta justamente a la "falta de competencia del funcionario judicial".

Siendo ello así, necio resultaría pretender que luego de descubrir su propia incompetencia, tuviera un funcionario que proseguir indefectiblemente con el adelantamiento de un determinado asunto, sólo por la necesidad de obedecer un auto calificatorio en firme, inferencia que se opondría por lo demás a los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal cuando en su orden autorizan al funcionario para que decrete la nulidad cuando la advierta, y a las partes para que la invoquen "hasta el término de traslado común para preparar la audiencia", porque de lo contrario quedaría supeditada al recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia. – Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 96

Proceso 10629

VISTOS

De plano se pronunciará la Sala sobre el aparente conflicto negativo de competencia que enfrenta a un Juez Regional de Medellín con el Juzgado

Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos respecto del conocimiento del proceso seguido en contra de *Henry León Mesa Herrera,* quien se halla acusado como infractor de los artículos 1o. del Decreto 1194 de 1989 y 32 de la Ley 40 de 1993.

ANTECEDENTES

1o. Con fundamento en la denuncia instaurada por Francisco Antonio Restrepo Arango ante el Comando del Distrito número Uno Sección de Policía Judicial, y las declaraciones de Víctor Enrique Vásquez Arboleda y Rubén Darío González Ardila, la Fiscalía General de la Nación Unidad Antiextorsión y Secuestro de Yarumal dispuso la apertura de instrucción penal el 26 de noviembre de 1993, vinculando mediante indagatoria a *Henry León Mesa Herrera,* cuya situación jurídica provisional se definió el Primero de diciembre siguiente con medida de aseguramiento de detención por infracción al artículo 1o. del Decreto 1194 de 1989 convetido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 artículo 6o., en concurso con el artículo 355 del Código Penal.

El 14 de junio de 1994 la Fiscalía Regional de Medellín dispuso el cierre de la investigación, pero tres días después *Mesa Herrera* solicitó que se le profiriera sentencia anticipada reconociéndole el derecho a la excarcelación, petición esta última aceptada el 5 de agosto, si bien no llegó a hacerse efectiva.

Previo concepto de la Procuraduría Judicial de Medellín, la Fiscalía Regional de esa ciudad el 24 de agosto de 1994, profirió en contra de *Henry León Mesa Herrera* resolución de acusación por violación a los artículos 1o. del Decreto 1194 de 1989, elevado a legislación permanente por el artículo 6o. del Decreto 2266 de 1991 en concurso con el artículo 32 de la Ley 40 de 1993, al tiempo que revocó su excarcelación, decisión que una vez ejecutoriada llevó el expediente a un juzgado regional, donde el 28 de septiembre se avoca el conocimiento, se dispone la apertura del juicio a pruebas y la ampliación de indagatoria para fines de la sentencia anticipada, diligencia dentro de la cual el acusado solicita que se le designe defensor de oficio y reitera su petición de fallo anticipado.

2o. El 14 de diciembre de 1994 en curso la ampliación de indagatoria, el señor Procurador Judicial en lo Penal solicitó la nulidad de lo actuado incluyendo la clausura del sumario, a fin de que se establecieran legal y formalmente los cargos según lo exige la ley. Antes de decidir la petición, el juzgado dispuso que se le designara nuevo defensor al procesado, cargo que asumió un defensor público a partir del 2 de mayo último, entrando al siguiente día a coadyuvar la petición del Procurador sobre nulidad,

tras añadir que la conducta de *Mesa Herrera* el extraña y arroja visos de inimputabilidad, y que además, a lo largo del proceso ha carecido de defensa técnica.

3o. Al ocuparse de dar respuesta a los anteriores planteamientos, el Juzgado Regional de Medellín hizo el recuento de la actuación, pero pese a vislumbrar su invalidez parcial se abstuvo de culminar en ese pronunciamiento, considerando que los hechos no correspondían legalmente a su conocimiento, de modo que optó por promover una colisión de competencia frente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos, a quien le correspondería a su juicio el pronunciamiento sobre nulidad.

En apartes de su decisión explica por qué a su juicio la infracción atribuible no sería la violación al Decreto 1194 de 1989, en cuanto el procesado no integró grupos armados de los denominados *escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada* o los denominados *paramilitares*, el caso que ahora ocupa al despacho no se encuentra comprendido dentro de esta clasificación, porque según los testigos *Mesa Herrera* se decía guerrillero, pero su afirmación no era creída por los constreñidos ni ofrecía un soporte probatorio, pues del complejo de lo aportado tan sólo asoma el propósito que le asistía de hacerse a unos dineros mediante simples maniobras extorsivas.

Dentro de esas perspectivas infiere que el Fiscal Regional erró en la calificación jurídica del hecho porque apenas se trata de la comisión de varios delitos contra el patrimonio económico en menor cuantía e infracción al Decreto 3664 de 1986, artículo 1o., siendo al Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos a quien le correspondería entrar a pronunciarse sobre la nulidad pedida.

En esas condiciones dispuso el envío del proceso al mencionado funcionario, proponiéndole en caso de discrepancia, colisión negativa de competencia.

4o. La Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos contestó mediante auto del 31 de mayo siguiente, aceptando la colisión pero sin referirse en modo alguno a las razones de su proponente, pues sólo tuvo en cuenta para inadmitir su actuación en el asunto, que había de por medio una resolución de acusación en firme que no podía desconocerse, y que obligaba irremediablemente a llevar la causa hasta el fallo por parte del colisionante.

Consideraciones de la Corte

1. Por tratarse de un conflicto de competencia que enfrenta a un Juzgado Regional de Medellín con el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa

de Osos, su decisión es de conocimiento de la Sala, pues tal evento cabe dentro de las previsiones del artículo 68.5 del Código de Procedimieno Penal.

2. Remitidos al caso propuesto y a las razones que cada uno de los funcionarios enfrentados esgrime para abstenerse de proseguir o asumir su trámite, lo Primero a observar es el hecho de que la Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos para nada refiere a las razones que le ofreció el proponente, pues eludiéndolas, trató a cambio de enervar la posibilidad de que una colisión pueda plantearse siempre que medie una resolución acusatoria, dado que la firmeza del enjuiciamiento restringe toda posibilidad en ese tema a la de proferir el fallo pertinente.

De conceder razón a este segundo planteamiento, fácil resultaría concluir en que la Corte no podría terciar en esta clase de conflictos, pues si su promoción tiene como obligado presupuesto el proferimiento de una resolución de acusación que ubica el caso bajo el conocimiento de los jueces, ineludiblemente bastaría con invocarla junto con su intangibilidad para inhibir cualquier análisis sobre los factores determinantes del conocimiento.

Por el contario, es indudable que uno de los principios fundamentales anejos al debido proceso se refiere al adelantamiento del proceso por el juez natural y competente, al punto de que la causal primera de nulidad prevista en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal apunta justamente a la "falta de competencia del funcionario judicial".

Siendo ello así, necio resultaría pretender que luego de descubrir su propia incompetencia, tuviera un funcionario que proseguir indefectiblemente con el adelantamiento de un determinado asunto, sólo por la necesidad de obedecer un auto calificatorio en firme, inferencia que se opondría por lo demás a los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal cuando en su orden autorizan al funcionario para que decrete la nulidad cuando la advierta, y a las partes para que la invoquen "hasta el término de traslado común para preparar la audiencia", porque de lo contrario quedaría supeditada al recurso extraordinario de casación.

Sin que exista en este caso una limitante como la que pretende la funcionaria del Circuito, es de rigor entrar a dirimir la controversia desestimando primeramente sus razones, mas no por ello acogiendo las ofrecidas por el Juzgado Regional, solo porque el Juzgado del Circuito haya guardado en este aspecto inexplicable silencio, pues de ninguna manera esos motivos corresponden con los hechos que se han dado por probados y resultaron ampliamente admitidos por el imputado en sus diversas intervenciones procesales.

En efecto, así en cuanto a la extorsión se tenga en cada una de las acciones realizadas que el constreñimiento no fue para la entrega de unas sumas cuantiosas, respecto de la conducta contemplada en el artículo 1o. del Decreto 1194 de 1989, es insuficiente la sola afirmación del juez del conocimiento para desvirtuar que el procesado había conformado una banda o grupo de personas, porque en las versiones de los ofendidos se señala que en ocasiones *Henry León Herrera* se acompañó de otras personas al hacer las indebidas exigencias, porque al decir de Juan Guillermo Zambrano al folio 69, lo mismo que del padre y Manuel Salvador Herrera, hermano del procesado -folios 144 y 146-, éste en verdad había integrado un grupo que disponía de algunas armas para intimidar, y que al decir del acusado incluso se autodenominaba el "Comando Norte" y tenía por objeto brindarle protección a las gentes del campo a cambio de contribuciones, persiguiendo maleantes, delincuentes y "bazuqueros".

Sobre ese comportamiento, adecuado de conformidad con la resolución acusatoria al artículo 1o. del Decreto 1194 de 1989, y elevado a legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, debe hacer la jurisdicción el pronunciamiento de fondo que en derecho corresponda, y como su conocimiento se halla adjudicado a los señores jueces regionales -artículo 71-4 del C. de P. P.-, es evidente que el asunto debe proseguir bajo la competencia del Juez de Medellín de quien procede la iniciativa en esta colisión.

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

RESUELVE

Primero: Dirimir el conflicto negativo de competencia propuesto dentro del presente asunto por el Juez Regional de Medellín y aceptado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos, adjudicando al Primero de ellos el conocimiento de la actuación.

Segundo: Remítase el expediente al Juzgado Regional de Medellín del cual procede la iniciativa de esta colisión, y dése noticia de la decisión al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Osos.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DOLO/ PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

1. Recuérdese que el dolo, al tenor de lo establecido por el artículo 36 del Código Penal, reviste dos aspectos esenciales: el conocimiento del hecho punible y la voluntad de realizarlo.

2. El funcionario judicial deberá citar al procesado conforme a lo reglado en el numeral 2o. del artículo 376 del Código Adjetivo, cuando el delito imputado tenga pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a dos años de prisión y no se encuentre dentro de aquellas conductas delictuales en que proceda la detención preventiva como medida de aseguramiento.

Ahora bien, si el procesado no comparece a rendir indagatoria, la ley faculta al funcionario para que expida la orden escrita de captura con el fin de practicar la diligencia, pues una vez terminada deberá dejar en libertad al indagado. (Parágrafos 1 y 2 art. 376 del C. de P.P.).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de julio mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 097

Proceso No. 9586

VISTOS

Contra el hoy Juez Promiscuo Municipal de La Victoria (Valle), *Martín Rosbery Vásquez Cancino*, la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Buga formuló resolución de acusación el 11 de febrero de 1994 por el delito de Privación Ilegal de la Libertad (libro II, Título X, Capítulo II). Celebrada la Audiencia Pública, el tribunal Superior de distrito pronunció el fallo de instancia en proveído del 7 de junio de 1994, en el cual condenó al procesado a la pena principal de 13 meses de prisión y pérdida del empleo de Juez Promiscuo Municipal de la Victoria y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. Así mismo, le fue concedido el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Contra la anterior determinación interpuso el recurso de apelación su defensora, la doctora Inés Macías Cabal, el que, sustentado debidamente y corrido el traslado común a los no recurrentes, fue concedido el 8 de julio de 1994, es el momento oportuno para la decisión de fondo.

HECHOS

El Tribunal los reseñó de la siguiente manera:

"...Según se desprende de la prueba legalmente allegada a los autos, se tiene que la señora *Diana Lucía Rodríguez*, el 26 de mayo de 1993, ante la Inspección de Policía de Tránsito Municipal de La Victoria, formuló denuncia contra *Marcelo Ramón Horacio Mosquera* porque, siendo el padre de sus dos hijos *Fernando Alexis* y *Diana Marcela Mosquera Rodríguez*, se ha sustraído a la prestación de alimentos legalmente debidos a tales hijos (fol. 8)

"La denuncia fue remitida al Juzgado Promiscuo Municipal de La Victoria el mismo día de su presentación, fecha en que el titular del despacho, doctor *Martín Rosbery Vásquez Cancino*, declaró abierta la investigación, disponiendo, entre otras cosas, que: *'6o. Si de las pruebas aportadas se encuentra mérito suficiente indáguese al sindicado, librando orden de captura si fuere el caso y resuélvase la situación jurídica dentro del término legal'* (f. 9)

"En la misma fecha se dictó por el juez citado un auto ordenando allegar a la investigación copia del proceso que por alimentos tramitaba el mismo juzgado contra *Marcelo Ramón Horacio Mosquera*, disponiendo también que *"hecho lo cual se procederá a librar la correspondiente orden de captura contra el precitado demandado, para los fines legales pertinentes"* (fol. 9 vto.).

"Allegadas las copias del proceso por alimentos, que comprendían la demanda de *Diana Lucía Rodríguez* en representación de su hijo *Fernando Alexis Mosquera Rodríguez* (fol. 10), el registro civil de nacimiento de éste (fol. 11), constancia de que *Diana Lucía* es estudiante de la Normal e Instituto Industrial "Manuel Antonio Bonilla" de La Victoria (fol. 12), certificación médica sobre que la misma *Diana Lucía Rodríguez* se encuentra embarazada (fol. 13), el auto por el cual el Juzgado Promiscuo de La Victoria admite la demanda y fija provisionalmente la suma de $20.000.00 como cuota alimentaria (fol. 14), oficio al tesorero municipal en que anuncia el embargo de la cesantía y *"demás emolumentos que se le proporcionen al demandado"* (fol. 15), la constancia de notificación y traslado de la demanda (fol. 16), copias de dos recibos por pago parcial de arrendamientos (fol.

17), contestación de la demanda (fol. 18 y 19), constancia del hospital San Rafael sobre que *Diana Lucía* estuvo interna *"en post-quirúrgico de cesárea"* (fol. 20) y fijación de fecha para celebrar audiencia pública entre las partes (fol. 21), allegadas esas copias, se repite, el juez *Martín Rosbery Vásquez Cancino*, el 2 de junio de 1993, libró el oficio 264 solicitando al comandante de la estación de policía *"capturar y poner a disposición de este juzgado a Marcelo Ramón Mosquera"* (fol. 23).

"El Comandante de la Estación de Policía, el 24 de junio de 1993, deja a disposición del Juez Promiscuo a *Marcelo Ramón Horacio Mosquera, "retenido mediante requerimiento de ese despacho, por el delito de inasistencia alimentaria"* (fol. 24). "El mismo día 24 de junio de 1993, el doctor *Martín Rosbery Vásquez Cancino*, como Juez Promiscuo de La Victoria, libró boleta de encarcelación contra *Marcelo Ramón Horacio Mosquera "quien deberá permanecer incomunicado por haber sido capturado el día 24 de junio de 1993"* (fol. 25).

"El 28 de junio de 1993, el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, doctor *Martín Rosbery Vásquez Cancino*, sometió a indagatoria a *Marcelo Ramón Horacio Mosquera.*

"Por interlocutorio No. 073 del 6 de julio de 1993, el doctor *Vásquez Cancino*, como Juez Promiscuo de La Victoria, definió la situación jurídica de *Marcelo Ramón Horacio Mosquera* mediante medida de aseguramiento consistente en caución prendaria por la suma de $140.000.00 y dispuso que *"2o.) Cumplida la exigencia caucionaria dispuesta, la cual no tendrá variación, por tratarse de un proceso de los llamados especiales, asentada la diligencia con las especificaciones del artículo 394 del Código de Procedimiento Penal, se girará la orden de libertad en favor del sindicado, a que se refiere este auto"* (fols. 31 y 32).

"El mismo Juez, el 8 de julio de 1993, ante manifestación de la denunciante sobre *Mosquera* le abonó la suma de $80.000.00 por concepto de cuotas alimentarias, adeudándole $40.000.00 (fol. 33), dictó un auto ordenando *'suspender el presente proceso'* y dejar en libertad al sindicado *'a quien le hace saber que en caso de incumplimiento, al suministro alimentario materia del proceso, será revocado el beneficio que se concede'* (fol. 34). El mismo día, previa la suscripción de una diligencia *'compromisoria de presentaciones cuando se le exija, lo mismo de dar cumplimiento al suministro de alimentos... ser respetuosos de las autoridades, no ingerir bebidas alcohólicas, someterse a la vigilancia de las autoridades'*, se libró la boleta de libertad (fol. 35).

"Mediante auto del 27 de septiembre de 1993, el Juez Promiscuo de La Victoria, doctor *Martín Rosbery Vásquez Cancino*, ante la manifestación hecha por *Diana Lucía Rodríguez* al Inspector de Policía y Tránsito Municipal en el sentido de que *Marcelo Ramón Horacio Mosquera 'no le volvió a pasar nada*

al niño, pues debe desde el mes de junio del presente año hasta la fecha, o sea que me da un total de ochenta mil $80.000.00 ' o mejor, 'que el señor Marcelo está atrasado en el pago de las cuotas que le fueron fijadas' (fol. 37), manifestación que se hizo llegar al Juzgado, resolvió: *'Revocar el auto mediante el cual se suspendio la presente investigación, contra el señor Marcelo Ramón Horacio Mosquera. 2) Líbrese orden de captura contra el sindicado, sometiéndolo a indagatoria oportunamente. Para la aprehensión ofíciese a las autoridades de seguridad, se adjunta la denuncia"* (fol. 38).

"El mismo 27 de septiembre de 1993, el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, doctor *Martín Rosbery Vásquez Cancino*, libró la orden de captura No. 482 (fol. 40).

El 25 de octubre de 1993, *Marcelo Ramón Horacio Mosquera* fue capturado por la policía en obedecimiento a la anterior orden de captura, y fue puesto a disposición del juez Promiscuo Municipal de La Victoria, doctor *Martín Rosbery Vásquez Cancino* (fol. 41), funcionario que inmediatamente libró boleta de encarcelación (fol. 42).

"El 29 de octubre de 1993, el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria somete a indagatoria a *Marcelo Ramón Horacio Mosquera* (fol. 43).

"El mismo día 29 de octubre de 1993, la doctora *Martha Ofelia Rebellón Zúñiga*, ante el Juzgado Penal del Circuito -reparto- de Cartago, solicitó *"se decrete el habeas corpus en nombre del señor Marcelo Ramón Horacio Mosquera,* pues el delito por el que adelanta investigación el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria *"no tiene detención previa, y por consiguiente el Juez... está incurriendo en detención arbitraria y prevaricato"* (fl. 1)".

"...

"El 30 de octubre de 1993, el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Cartago concedio el *habeas corpus* y, en consecuencia, ordenó la libertad inmediata de *Marcelo Ramón Horacio Mosquera* y compulsar copias para iniciar la investigación a que haya lugar, tal como lo dispone el art. 436 del C. de P. Penal. Se consideró que en la actuación adelantada por el Juez *Vásquez Cancino* no se dio el trámite adecuado, pues si el delito de Inasistencia Alimentaria es sancionado con pena de 1 a 4 años, la medida de aseguramiento que inicialmente debe tomarse es la de caución, y luego, en caso de incumplimiento, hacerse la debida sustitución de tal medida por la de detención, ordenando, ahí sí, la respectiva ordena de captura" (fols. 44 a 49).

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal de Buga con resolución del 8 de noviembre de 1993, dispuso la apertura de la instrucción y en la

cual se ordenó la práctica de plurales pruebas, entre las cuales se destaca la documentación pertinente acredita al procesado como Juez Promiscuo Municipal de La Victoria (Valle) y las copias del proceso que por inasistencia alimentaria se siguió contra Marcelo Ramón Horacio Mosquera y que son motivo de esta actuación, que fueron tomadas por el juzgado Segundo penal del Circuito *para el trámite del habeas corpus.*

Así mismo, obran en el proceso la indagatoria del Juez procesado, las declaraciones de Diana Lucía Rodríguez, Martha Lucía Rebellón Vargas, Noel Padilla Cardona y de Marcelo Ramón Horacio Mosquera.

La situación jurídica se resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva contra el Juez procesado como autor de los delitos de Privación Ilegal de Libertad y Prolongación Ilícita de Privación de Libertad, otorgándole la libertad provisional previo al pago de caución prendaria.

Allegados otros elementos de juicio, entre ellos la inspección judicial realizada a los procesos que por el delito de Inasistencia Alimentaria adelantó el juzgado Promiscuo de La Victoria a cargo del procesado doctor Martín Rosbery Vásquez Cancino, la instrucción se clausuró con resolución del 12 de enero de 1994 y el mérito del sumario fue calificado el 11 de febrero siguiente, con resolución de acusación por el delito de Privación Ilegal de la Libertad en concurso y la precluyó por la infracción de Prolongación Ilícita de la Privación de la Libertad.

Ejecutoriada la anterior decisión, el Tribunal Superior de Buga dio inició a la etapa del Juzgamiento con auto del 1o. de marzo de 1994 y celebró la audiencia pública el cuatro de mayo del mismo año, que al término de ella pronunció la respectiva sentencia con los resultados ya conocidos.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Consideró pertinente iniciar las fundamentaciones con el estudio de las normas contenidas en el capítulo I título III del Libro segundo del Código de Procedimiento Penal, que hace referencia a la "captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y *habeas corpus*", con el fin de establecer si la conducta ilícita que se le imputa al procesado se adecua al tipo penal de privación ilegal de libertad.

Sostiene la corporación que según el artículo 375 del C. P. P., faculta al funcionario judicial para librar orden de captura, para escuchar en indagatoria al procesado, cuando a su juicio exista mérito para recibirla y el delito por el cual se procede tenga pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea o exceda de dos años y se encuentre previsto para infracciones

"que aparejan detención preventiva" conforme al artículo 397 del Código adjetivo y demás normas concordante al respecto.

El proceso que adelantó el Juez procesado por el delito de Inasistencia Alimentaria tiene como pena privativa de la libertad de un año de prisión de acuerdo a lo reglado en el artículo 270 del Decreto 2737 de 1989 por tratarse de un delito cometido contra sus hijos menores.

Por lo anterior concluye el Tribunal que el doctor Martín Rosbery Vásquez Cancino no estaba facultado para proferir contra el procesado orden de captura con el fin de escucharlo en indagatoria," ya que el delito que se investigaba no está sancionado con pena que sea, la mínima, de dos a más años de prisión; ni es competencia de los jueces regionales; ni está dentro del rol previsto en los ordinales 3o. y 7o. del artículo 397 del C. de P. Penal; ni el sindicado *Mosquera* se encontraba dentro de las circunstancias previstas en los ordinales 4o., 5o. y 6o. de la misma norma."

La conducta del funcionario es abiertamente ilegal, pues además el numeral 2o. del artículo 375 del Código de Procedimiento penal le imponía que el procesado debía ser citado para ser oído en indagatoria.

Sin embargo, el Juez procesado optó por la captura de Marcelo Ramón Horacio Mosquera, "materializándose así el delito de detención arbitraria, pues la aprehensión del imputado sólo procedía, de acuerdo con el inciso 5o. del art. 376 del C. de P. Penal, si *Mosquera* hubiese desobedecido la citación a rendir indagatoria, hecho que no sucedio en razón de que la citación nunca se hizo, según se desprende del proceso":

Empero, las irregularidades imputadas al funcionario no se limitan a esa sola actuación, pues recibida la indagatoria de Marcelo Ramón Horacio Mosquera el día 28 de junio de 1993 no fue puesto de manera inmediata en libertad, como era el deber del doctor Vásquez Cancino, al establecerlo el inciso 6o. del art. 376 del Código de Procedimiento Penal, prolongándole la detención diez días después no obstante que le había impuesto al procesado Mosquera la medida de aseguramiento consistente en caución el día 6 de julio del mismo año, proveído en el que también, de manera ilegal, consignó que una vez que "asentada la diligencia de caución "se girará la orden de libertad".

La conducta contraria a la ley del funcionario se hizo reiterativa al librar, nuevamente, orden de captura contra Marcelo Ramón Horacio Mosquera fechada el 27 de septiembre de 1993, la cual fue cumplida por los policiales el día 25 de octubre de 1993 y una vez puesto a disposición del Juzgado, se

sometió a "nueva indagatoria el 29 del mismo mes, cumplida la cual *Mosquera* continuó detenido, produciéndose su libertad sólo el 30 de octubre de 1993, cuando el Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago concedio el *habeas corpus*", con el argumento de dar cumplimiento al artículo 42 del Código del Menor que lo autorizaba para esa medida restrictiva a la libertad.

Sin embargo, ello no era así, por cuanto el artículo 47 de la Ley 75 de 1968 establecía: "el procedimiento que se seguía en la investigación y juzgamiento del delito contemplado en el artículo 40 de la misma ley (inasistencia material y moral), no era el especial de menores sino el ordinario consagrado en el Código de Procedimiento Penal, mandamiento que se repitió en el artículo 663 de Decreto número 409 de 1971, *'por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas'*, es decir, el Código de Procedimiento Penal por el cual se sustituyó el Decreto-ley 1345 de 1970".

De lo anterior concluye el Tribunal que la suspensión de la acción penal que regulaba el artículo 660 del decreto 409 de 1971, era tan sólo por un lapso equivalente al máximo de pena que correspondería al delito referido en el artículo 40. "Si vencido ese lapso se habían cumplido las obligaciones, este hecho ponía fin al proceso por los trámites del artículo 163 del mismo Decreto 409 de 1971".

Así las cosas, cuando se concedía la libertad provisional en los términos del inciso 3o. del artículo 660 del Decreto 409 de 1971 y se vulneraban las obligaciones impuestas al otorgarse la caución, el beneficio debía revocarse, "como ocurría en los casos contemplados en el procedimiento común, vale decir, en los referidos en el artículo 470 del mismo Decreto 409 de 1971".

Ahora bien, la legislación anterior se derogó con la expedición del Decreto 050 de 1987 y éste a su vez también fue modificado por el Decreto 2700 de 1991, estatuto que reguló todo lo concerniente a la captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y *habeas corpus*.

Entonces, la captura ordenada por el Juez acusado riñe con la legalidad, pues es indispensable "para que pueda hablarse de revocación de libertad provisional se necesita, ello resulta apenas obvio, que al procesado se le haya otorgado libertad provisional conforme a alguna de las causales previstas en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal".

"En el caso de *Marcelo Ramón Horacio Mosquera*, se tiene que a éste no se le había otorgado libertad provisional, como que su excarcelación se originó por la ilegal suspensión del proceso ordenada con base en la ley 75

de 1968, conforme reza el respectivo auto, o con base en el art. 38-2- del actual estatuto procedimental, según lo dijo el doctor *Vásquez C.* en su indagatoria (ilegal porque el artículo 42 de la Ley 75 de 1968 quedó sin vigencia al perder esta condición el artículo 660 del Decreto 409 de 1991, como ya se vio, y porque, si se hizo con base en el artículo 38 del actual Código de Procedimiento Penal, no se celebró la audiencia de conciliación a que alude tal norma), luego mal puede hablarse de habérsele revocado la libertad provisional a *Mosquera* y por ende de la legalidad de la nueva captura ordenada por el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, doctor *Martín Rosbery Vásquez Cancino*".

Con la segunda captura ordenada por el procesado contra Marcelo Ramón Horacio Mosquera, incurrió nuevamente en detención arbitraria, "lo que significa que hubo concurso de hechos punibles, pues con varias acciones infringió varias veces la misma disposición".

En lo que hace referencia al aspecto subjetivo de la infracción que se le imputa al doctor *Martín Rosbery Vásquez Cancino*, que para el caso que nos ocupa se demuestra por la ostensible contradicción existente entre lo decidido por el juez y lo dispuesto por la norma en lo que respecta a la captura y detención de los sindicados.

El sindicado a lo largo del proceso ha manifestado que su conducta contraria a derecho se debió a la "existencia de la ignorancia o error como defectos trascendentales de la inteligencia", situación que no es cierta, habida cuenta que la sola hoja de vida de éste demuestra que "llevaba alrededor de 9 años en el ejercicio de la judicatura, y por ello no se puede aceptar que desconocía las normas vigentes sobre captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y *habeas corpus* contenidas en el Decreto Extraordinario 2700 de 1991 (Nuevo Código de Procedimiento Penal). Tan no las desconocía que, en su indagatoria, invocó el artículo 375 del citado decreto, precisamente el que regula la captura facultativa, como el que permitía obrar en la forma en que lo hizo a raíz de la denuncia formulada por *Diana Lucía Rodríguez*; también invocó el artículo 38-2, que regula la suspensión de la actuación en los procesos que lo permiten (la inasistencia alimentaria es uno de ellos, conforme los arts. 33 y 34 C.P Penal). Sólo que, cuando pretendio aplicarlos, no lo hizo de acuerdo a lo regulado, deviniendo así la ilegalidad de la actuación...".

También adujo conocer el artículo 270 del Código del Menor que establece la prisión de uno a cuatro años para quien incumpla con un menor su obligación alimentaria, "norma que no era sino relacionarla con las

pertinentes de C. de P. Penal para conocer si se podía capturar al sindicado Mosquera"; y el artículo 418 del actual Código Procesal "solo que la aplicó para revocar una libertad provisional que el Juez sabía que no había concedido".

Concluye el sentenciador de primera instancia que "de allí que su actuación no pueda estimarse como un simple yerro. Es que ni el texto ni el espíritu de las normas atropelladas podían suscitarle la interpretación que dio lugar a sus decisiones totalmente ajenas a las instituciones procesales. Decir lo contrario conduciría a la situación de que las más notorias contradicciones con la ley encontrarían siempre una razón exitosa para desvirtuar el elemento subjetivo que se exige para condenar, el cual surge, en este caso, tanto de los hechos mismos como de las exculpaciones dadas, pues nada significa que el procesado diga que desconoce normas que le impedían capturar a Mosquera, o mejor, sí significa que se quería violar la ley cuando se dice que para capturar a *Mosquera* se basó Primero en el artículo 375 del C. de P. Penal, norma que precisamente conduce a la decisión contraria, o el 418 *ibidem*, norma que regula las causales de revocación de la libertad provisional, libertad que el doctor Vásquez sabía no había concedido. En síntesis: cuando el sentido literal de la norma de que se trate y su concreta finalidad son suficientemente claros, y pese a ello se desconoce e inaplica, sin que haya lugar a error en cuanto a su contenido, tendrá que reconocerse, como se hace en esta oportunidad, que se ha incurrido en el hecho punible, en este caso en el previsto en el artículo 272 del C. Penal".

SÍNTESIS DE LA IMPUGNACIÓN

Dos reparos le formula la defensora del procesado a la sentencia condenatoria. El Primero de ellos porque la conducta del procesado no se le puede predicar a título de dolo y el segundo, porque éste actuó amparado en una causal de inculpabilidad.

Sostiene la recurrente que su defendido no cometió el hecho punible con el querer consciente de realizar una conducta que se sabe es antijurídica, pues este ingrediente subjetivo del tipo no está plenamente demostrado en la actuación :"Y no está probada, como nunca lo será porque no existió que mi defendido actuara con ánimo perverso basado en animadversión alguna contra Marcelo Ramón Horacio Mosquera; de donde se desprende claramente que no existe certeza del hecho punible".

En su defecto, afirma la defensora que el procesado obró "bajo una creencia invencible que actuaba conforme a derecho", toda vez que ha de

reconocérsele que hubo un error judicial de interpretación porque "obró con conciencia limpia" al no podérsele imputar la conducta con dolo, faltando así uno de los elementos para proferir sentencia condenatoria.

La sentencia condenatoria proferida contra el doctor Martín Rosbery Vásquez Cancino debe ser revocada, "para que en su lugar sea *absuelto* de todo cargo al hallarnos frente a una causal de inculpabilidad por error judicial de interpretación, que sí tiene validez jurídica, contrario *sensu* a lo dicho por el H. Tribunal Superior de Guadalajara de Buga, en sentencia que recurro; o bien porque no se llenan las exigencias del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para condenar".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Conforme al artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, la competencia del superior entratándose del recurso de apelación le permite revisar únicamente aquellos aspectos en los cuales radica la inconformidad del recurrente.

Por lo anterior, la Sala desatará la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en los puntos que para la parte recurrente son de su inconformidad y los cuales los hace consistir en dos aspectos, a saber:

1. La ausencia de dolo en la conducta ilícita atribuida al funcionario, pues no está demostrado que el juez procesado actuara con ánimo perverso con el fin de perjudicar al sindicado dentro del proceso de inasistencia alimentaria.

2. El procesado obró bajo un error de interpretación judicial.

Como el asunto que pone en discusión la defensa es el relacionado con el elemento subjetivo de la conducta punible, recuérdese que el dolo, al tenor de lo establecido por el artículo 36 del Código Penal, reviste dos aspectos esenciales: el conocimiento del hecho punible y la voluntad de realizarlo.

La defensa acepta que en el plenario se encuentra establecida la tipicidad de la conducta ilícita de privación ilegal de libertad que se le imputa al procesado, pues éste ordenó la detención de Marcelo Ramón Horacio Mosquera en dos oportunidades, sin acato a las formalidades legales que el asunto requería para tomar esas determinaciones.

También acepta que con la conducta ilícita del funcionario se vulneró el bien jurídico de la libertad del sindicado dentro del proceso que por inasistencia alimentaria se adelantó contra él.

Es bien sabido que el dolo, dada su naturaleza subjetiva, no es susceptible de ser demostrado, en principio, por prueba directa y menos con la simple afirmación del propio implicado; por ello, es necesario deducirlo de las circunstancias que rodearon la actuación y que se hallen debidamente establecidas en el proceso.

Partiendo de los anteriores conceptos encuentra la Sala ajustada a la realidad fáctica las motivaciones del sentenciador de primera instancia para deducir la culpabilidad del hecho punible imputado al Juez Promiscuo Municipal de La Victoria (Valle).

En efecto, la culpabilidad del juez acusado resulta evidente, pues la pretendida ausencia de dolo o la interpretación equivocada dada a la normatividad imperante para el delito de inasistencia alimentaria no es de recibo para la Corte, pues éste se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento conforme al orden jurídico y sin embargo, optó por pretermitirlo no sólo motivado por el fin de favorecer al "menor desprotegido" "que fue injustamente dejado sin las cuotas" alimentarias, como lo afirmó en la diligencia de indagatoria vertida ante el instructor.

Entonces, no le asiste razón a la defensa en el sentido que del caudal probatorio no se puede deducir que el procesado haya actuado con dolo, sino que, por el contrario, obró "bajo una creencia invencible que actuaba conforme a derecho".

La prueba allegada legalmente al proceso demuestra que la acción desplegada por el funcionario estaba preconcebida en vulnerar el derecho a la libertad de procesado Mosquera con el fin no sólo de obtener de éste el pago de las cuotas que le fueron asignadas en el proceso de alimentos que también conoció el Juez acusado, sino el de hacer prevalecer su autoridad así fuere a costa del derecho fundamental de la libertad del sujeto activo del delito. Veamos:

1. El delito de inasistencia alimentaria conforme a lo estipulado en el artículo 270 del Decreto 2737 de 1989, aplicable al asunto por tratarse de un delito cometido contra hijos menores, tiene como pena privativa de la libertad el de un (1) año de prisión.

2. De acuerdo a lo anterior, el investigador no está facultado para ordenar la captura del sindicado cuando se trate de este hecho punible, por cuanto el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal establece que el funcionario judicial podrá librar orden escrita de captura cuando el delito esté sancionado con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de

dos años o se encuentre dentro del listado de ilícitos que contempla el artículo 397 del mismo estatuto.

3. El funcionario judicial deberá citar al procesado conforme a lo reglado en el numeral 2o. del artículo 376 del Código Adjetivo, cuando el delito imputado tenga pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a dos años de prisión y no se encuentre dentro de aquellas conductas delictuales en que proceda la detención preventiva como medida de aseguramiento.

4. Ahora bien, si el procesado no comparece a rendir indagatoria, la ley faculta al funcionario para que expida la orden escrita de captura con el fin de practicar la diligencia, pues una vez terminada deberá dejar en libertad al indagado. (Parágrafos 1 y 2 art. 376 del C. P. P.).

Por su parte, desde el inicio del proceso el señor Juez Promiscuo de La Victoria afirmó no desconocer la normatividad vigente sobre la captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y *habeas corpus* que el asunto ameritaba.

Es así que ante una pregunta formulada por el instructor respondio que:

"Como se puede observar en el expediente, la disposición para llegar a la definición de la situación jurídica es así: Como había una queja anterior se procede a detener al denunciado señor *Marcelo Horacio*, conforme a lo establecido en los artículos (El indagado solicita un Código de P. Penal el cual se le facilita) el artículo 375 del C. de Procedimiento Penal y una vez definida su situación se le cambia la detención preventiva por la caucionada de acuerdo al artículo 415 y el artículo relativo a las medidas de aseguramiento otorgándole la caución y dándole la libertad".

Sin embargo, en el proceso que por inasistencia alimentaria adelantó el juez acusado, se observa que una de las primeras actuaciones realizadas fue la de librar la correspondiente orden de captura contra el sindicado sin existir base legal; una vez indagado el procesado siguió privado de su libertad con claro desconocimiento del mandato del artículo 375 del C. de P.P.; la situación jurídica le fue resuelta varios días después con caución; empero, el imputado Mosquera obtuvo finalmente la libertad ante la petición de suspensión de la actuación formulada por las partes en conflicto.

Posteriormente, ante la nueva denuncia que le fue formulada al procesado Mosquera por la madre de los menores el juez ordena la captura, la cual una vez cumplida lo somete a nueva diligencia de indagatoria, privándolo, nuevamente, de su libertad con evidente abuso de sus funciones, situación que fue reparada al concedérsele el *habeas corpus*.

Con la precedente reseña de la actuación irregular, se establece claramente la evidente adecuación entre la conducta del funcionario judicial con el tipo penal de privación ilegal de libertad, pues es claro que el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, arbitrariamente, privó de la libertad al señor Mosquera sin sujeción a las formalidades prescritas en nuestra legislación procesal.

Ahora bien, como se dijo en un comienzo las tesis presentadas por la defensora tendientes a obtener la absolución del procesado riñen con la realidad procesal, al estar debidamente demostrado que el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta y existió en él la voluntad de realizarla.

El ánimo torcido que motivó al Juez acusado para privar de la libertad al señor Marcelo Ramón Horacio Mosquera no fue solamente ese fin noble que esgrimió en la diligencia de indagatoria de "proteger al menor", sino además el de hacer valer su autoridad, mal entendida por cierto, que le daba la investidura de Juez Promiscuo Municipal de La Victoria.

En efecto, las declaraciones rendidas por la citadora del juzgado y del secretario en el proceso llevan fácilmente a deducir a la Sala que la finalidad que perseguía el juez procesado era la de sentar un precedente ante los incumplimientos en las cuotas asignadas y las manifestaciones del procesado en cuanto a que el juzgado no podía investigarlo, pues según lo manifestado por la primera:

"...pero pues ya *Marcelo* lo mira a uno diferente, porque él ahorita con esa libertad da más pie a que él como se dice se ría o se burle del Juzgado, como le da a entender a uno con las miradas que es una mirada y una risa como burlona porque nunca él fue obligado o ha tenido que llevar dineros a consignar como cuota alimentaria para los hijos".

El secretario del Juzgado fue más enfático en sostener que:

"Lo que sí y esto lo obtuve en información, es que el amigo *Mosquera* dijo que a él no le podían hacer nada porque se había hecho matricular en la normal *Manuel Antonio Bonilla* de La Victoria, y que por ese motivo como estudiaba el Juzgado ni nadie le podía investigar, ...El me lo dijo a mí porque entre otras cosas, a pesar de ser amigo de él, afirmo que es una persona terca y va afirmando lo que se le viene a la cabeza...".

Lo anterior demuestra que en el ánimo del Juez Promiscuo Municipal de La Victoria existía animadversión contra el sindicado Mosquera ante los comentarios que éste hacía en contra del Juzgado por el proceso de

alimentos y la cuota que le fue asignada y de cuyo incumplimiento se vanagloriaba.

Entonces, en la conducta ilícita atribuida al procesado se encuentra debidamente acreditado el elemento subjetivo, pues sí llevaba la intención de perjudicar al sindicado Mosquera al ordenar en dos oportunidades su privación de la libertad, sin el acato a las formalidades legales que el asunto requería para tomar esas determinaciones.

Los mismos argumentos expuestos en antelación servirán para rechazar la tesis de la defensa, en cuanto a que el procesado erró al interpretar las normas pertinentes que rigen en los procesos por inasistencia alimentaria, pues, además de estar demostrado que el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria actuó con culpabilidad -dolo- para vulnerar el derecho a la libertad al precitado sindicado, al juez no se le presentó dificultad alguna en cuanto a la legislación aplicable para privar de la libertad al imputado, la cual no había sufrido modificación a ese respecto desde que entró en vigencia el Decreto 050 de 1987, y por tanto, constituía una herramienta de trabajo por cerca de seis años de los nueve que llevaba como administrador de justicia.

Ciertamente, como se adujo, no se puede predicar que el procesado no tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta y que por ello no se puede emitir en su contra un juicio de exigibilidad, cuando demostrado está que la conducta irregular asumida por el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, obedeció a la animadversión que sentía contra el sindicado ante los continuos desacatos a la cuota alimentaria asignada y los comentarios emitidos contra el despacho que estaba a su cargo.

Ningún argumento de los postulados por la defensa presenta la contundencia indispensable para modificar las conclusiones del Tribunal, que esta superioridad encuentra acertados jurídica y probatoriamente, puesto que los aspectos objetivos y subjetivos del delito de privación ilegal de libertad imputado al doctor Martín Rosbery Vásquez Cancino obtuvieron plena demostración en el proceso; por lo tanto, se confirmará en su integridad la sentencia impugnada.

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

RESUELVE:

Confirmar en su integridad la sentencia del siete (7) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por medio de la cual el Tribunal

Superior de Buga condenó al doctor *Martín Rosbery Vásquez Cancino* como responsable del delito de privación ilegal de libertad cometido en su condición de Juez Promiscuo Municipal de La Victoria (Valle).

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FAVORABILIDAD / COLISION DE COMPETENCIA

Como bien se sabe, en tratándose de normas que fijen jurisdicción o competencia, su aplicación es general e inmediata, pues siendo instrumentos de organización del Estado en la lucha contra el delito, constituyen legislación de orden público, frente a la cual no caben consideraciones relativas a la favorabilidad de los propios infractores.

El simple cambio de juzgador, aunque ello implique variación del procedimiento, no puede considerarse en sí mismo favorable o perjudicial para ningún procesado, pues de un lado, todos los funcionarios que administran justicia están igualmente obligados a cumplir su delicada misión con estricta observancia del orden jurídico y, del otro, todos los procedimientos legales se presumen respetuosos de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 97 (13-07-95)

Proceso No. 10604.

VISTOS

De plano procede la Corte a dirimir la colisión negativa de competencias suscitada entre el Tribunal Nacional y la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva.

ANTECEDENTES

El 16 de septiembre de 1992, efectivos de la Policía que realizaban patrullajes de rutina por la vereda El Vergel, jurisdicción de Pacarní (Huila), detectaron cultivos de amapola en tres predios distintos de la misma zona, capturando a los labriegos *Rafael Castillo Monje, Orlando Alarcón Páez y Salomón Castillo Perdomo,* quienes se dedicaban a extraer el látex de las plantaciones ilícitas.

Los retenidos fueron puestos a órdenes del Juzgado Promiscuo Municipal de Tesalia (Huila), despacho que al día siguiente (Septiembre 17/92) abrió la correspondiente investigación penal por infracción a la Ley 30 de 1986 y dentro del término legal recibió indagatoria a los sindicados.

Dicho juzgado remitió las diligencias a la Unidad Seccional de Fiscalías del municipio de La Plata, por competencia, teniendo en cuenta que el número de matas incautadas (75), excedía el tope señalado en el artículo 32 de la Ley 30 de 1986.

La Fiscalía Seccional Diecinueve, el 21 de septiembre de 1992, ordenó remitir el expediente al Fiscal Regional ante el UNASE y el DAS con sede en Neiva, poniendo los retenidos a disposición suya, tras considerar que era el competente debido a que la cantidad de matas de amapola incautadas excedía el límite fijado en el numeral Primero del artículo 71 del C. de P. P.

El Fiscal Regional ante las Unidades Investigativas de Neiva dispuso enviar el cuaderno original de la actuación a la Dirección Regional de Fiscalías con sede en Santafé de Bogotá, de conformidad con lo normado en el artículo 348 del C. de P.P.

Finalmente, un Fiscal Regional de esta ciudad les resolvió la situación jurídica a los tres procesados el 6 de octubre de 1992, imponiéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación, por infracción al artículo 32 de la Ley 30 de 1986. Al mismo tiempo dispuso devolver las diligencias a la Fiscalía Seccional Diecinueve de La Plata, aduciendo que a la justicia regional sólo le correspondía conocer de procesos donde la incautación de matas de amapola superara las dos mil unidades, y hasta ese momento no se había hecho precisión sobre el número de plantas halladas ni se habían individualizado las tres porciones de cultivos, a más de existir contradicciones sobre la extensión de los predios involucrados.

De vuelta el proceso en la Fiscalía Diecinueve, el 23 de noviembre de 1992, se practicó una inspección judicial a los predios, dentro de la cual se encomendó a un perito establecer la extensión de los mismos y la cantidad de matas de amapola que podrían cultivarse en ellos, a efecto de definir la competencia para conocer del caso.

El peritazgo determinó lo siguiente:

1. El primer lote tiene una extensión aproximada de 1/4 de hectárea y en él podrían sembrarse unas 800 matas de amapola.

2. El segundo lote está a más de 1500 metros de distancia del Primero, tiene aproximadamente 30 mts. de ancho por 60 mts. de largo y en él podrían cultivarse unas 1500 matas de amapola.

3. El tercer lote está a dos mil metros de distancia del segundo, tiene aproximadamente. 70 mts. de ancho por 40 mts. de largo en un extremo y 25 mts. en el otro, y en él podrían sembrarse aproximadamente. 1100 matas de amapola.

Con base en el dictamen anterior, la Fiscalía 19 dictó un proveído el 30 de diciembre de 1992, disponiendo enviar el expediente al Fiscal Regional de Santafé de Bogotá, por competencia, dado que según los procesados los tres cultivos de amapola pertenecían a un mismo dueño, Carlos Rincón, razón por la cual las respectivas investigaciones debían adelantarse bajo una misma cuerda procesal, máxime que la suma de las plantaciones halladas en cada uno de ellos superaba las dos mil unidades.

El 23 de marzo de 1993, el Fiscal Regional de Santafé de Bogotá profirió un auto ordenando enviar el expediente al Juzgado Penal del Circuito de La Plata, por competencia, considerando que no había razón legal para que los tres cultivos ilícitos independientes fuesen investigados conjuntamente. Y como quiera que cada uno de ellos no superaba las dos mil unidades de plantas de amapola, el conocimiento le correspondía a la justicia ordinaria.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Plata, por auto de dos de abril de 1993, remitió las diligencias a la Fiscalía Seccional 19 de esa localidad, teniendo en cuenta que el proceso se hallaba en etapa instructiva.

A petición del defensor, la Fiscalía Seccional 19 de La Plata concedio a los tres detenidos la libertad provisional bajo caución prendaria, el 15 de abril de 1993.

Los procesados solicitaron a la Fiscalía la terminación anticipada del proceso, lo que motivó el envío del cuaderno original del expediente al Juez Penal del Circuito (Reparto) para la celebración de la audiencia especial prevista en el artículo 37 del C. de P.P.

Sin embargo, como quiera que los procesados y el Fiscal no llegaron siquiera a un preacuerdo, tal audiencia no pudo realizarse y la investigación continuó bajo la dirección del Fiscal Seccional 19, quien la declaró cerrada el 21 de octubre de 1993 y procedio a calificarla por auto del 13 de diciembre siguiente, profiriendo resolución acusatoria contra *Rafael Castillo Monje, Orlando Alarcón Páez y Salomón Castillo Perdomo*, como presuntos responsables de infracción al artículo 32 de la Ley 30 de 1986.

En la misma providencia les revocó la libertad provisional y les sustituyó la detención preventiva por la domiciliaria al estimar satisfechos los requisitos del artículo 53 de la Ley 81 de 1993.

El proceso pasó, entonces, al Juzgado Primero Penal del Circuito de La Plata, despacho que, mediante proveído del 13 de enero de 1994, se negó a avocar el conocimiento, aduciendo que la competencia radicaba en los jueces regionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 9o.-3 de la Ley 81 de 1993, que modificó el anterior artículo 71 del C. de P. P., y teniendo en cuenta que las normas procesales son de orden público y tienen efecto general inmediato, sin que sea procedente alegar favorabilidad alguna, por ser normas que no tocan asuntos sustanciales. Consecuentemente, dispuso enviar el expediente al Juez Regional (Reparto) de Santafé de Bogotá, proponiéndole colisión negativa de competencias para el evento de que no compartiese sus argumentos.

El Juez Regional de esta ciudad, mediante proveído de 4 de febrero de 1994, aprehendio el conocimiento del proceso, decretó la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación por incompetencia del funcionario calificador, y ordenó el envío de la actuación a la Dirección Regional de Fiscalías con sede en Santafé de Bogotá, por competencia, para que rompiéndose la unidad procesal se dictasen las respectivas calificaciones.

Fue así como de la investigación que venía tramitándose surgieron tres procesos diferentes, siendo éste el radicado bajo el No. 15737, y seguido contra *Orlando Alarcón Páez* y *Salomón Castillo Perdomo.*

El Fiscal Regional calificó el mérito de la presente investigación profiriendo, el 30 de agosto de 1994, resolución acusatoria contra los dos procesados como coautores de infracción al artículo 32 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, por cultivar amapola en cantidad que no supera las 1500 plantas, al tiempo que revocó la libertad provisional que se les había concedido.

El expediente pasó a conocimiento de un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá para el trámite del juzgamiento. Los acusados fueron capturados el 9 de septiembre de 1994 y por petición suya se llevó a cabo audiencia especial en los términos del artículo 37 del C. de P.P., luego de la cual se profirió sentencia anticipada, el 11 de noviembre de 1994, siendo condenados *Orlando Alarcón Páez* y *Salomón Castillo Perdomo* a la pena principal de 40 meses de prisión y 8.34 salarios mínimos de multa, como coautores responsables de infringir el artículo 32 de la Ley 30 de 1986, así como a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas

por el mismo lapso y, además, les fue negada la suspensión condicional de la sentencia.

Ante la negación del mencionado subrogado penal, los condenados apelaron el fallo de primera instancia dictado por el Juez Regional, lo que motivó la alzada para ante el Tribunal Nacional.

Mediante decisión de 14 de febrero de 1995, que cuenta con un salvamento de voto, el Tribunal Nacional se declaró incompetente para resolver dicha apelación por considerar que el juzgamiento del hecho delictivo a que se contrae este proceso, correspondía a los Jueces Penales del Circuito, toda vez que la cantidad de plantaciones de amapola cultivadas no superaba las dos mil unidades, tal como se aceptó en su momento, cambiándose luego de criterio con el surgimiento de la Ley 81 de 1993, sin tenerse en cuenta el principio de favorabilidad que imponía la aplicación ultractiva de la ley anterior (Decreto 2700 de 1991) por ser más benigna para los procesados, en la medida que para nadie es desconocido que la justicia ordinaria ofrece mayores beneficios que la justicia regional, pues ésta es más restrictiva que aquélla en cuanto a la libertad y otros aspectos del iter procesal.

En consecuencia, ordenó enviar el proceso al Tribunal Superior de Neiva, proponiéndole de una vez colisión de competencias negativa, para el evento de que no compartiere sus planteamientos.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, en decisión unánime de 16 de mayo de 1995, resolvió no aceptar la competencia que le atribuye el Tribunal Nacional y remitir el expediente a esta Corte para que dirima el conflicto.

En criterio del Tribunal Superior de Neiva, la alzada en cuestión debe resolverla el Tribunal Nacional, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9o.-3 de la Ley 81 de 1993, el Juez Regional de Santafé de Bogotá que dictó el fallo de primera instancia, sí tenía la competencia para conocer del juzgamiento en el presente caso, sin importar la cantidad de plantaciones de amapola incautadas.

Expone que las normas penales rigen hacia el futuro y las que atañen al procedimiento tienen efecto general inmediato, por lo que deben aplicarse tanto a las actuaciones nuevas como a las que venían en curso, salvo en aquellos casos donde por motivos de favorabilidad concretamente establecidos deba darse aplicación ultractiva a la ley anterior.

Agrega que conforme con lo dicho, se procedio bien al aplicarse la nueva ley procesal a este caso, puesto que analizando en detalle la situación

de los sentenciados, no se observa ningún motivo concreto de favorabilidad que impusiera la aplicación ultractiva del Decreto 2700 de 1991, con preferencia sobre la Ley 81 de 1993, y, por el contrario, se les causaría enorme perjuicio de anularse lo actuado puesto que su mayor interés radica en la pronta terminación del proceso que por cierto ya ha sufrido bastantes contratiempos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Corresponde a la Sala de Casación Penal dirimir el presente conflicto de competencias conforme con lo previsto en el artículo 68-5 del C. de P. P.

La controversia planteada se enmarca dentro del tema de la aplicación de la ley procesal penal en el tiempo. Específicamente se discute si la Ley 81 de 1993, que entró en vigencia después de ocurrido el hecho materia de juzgamiento y asignó a la justicia regional la competencia para conocer del mismo, debe aplicarse a este caso, o si, por el contrario, el proceso debe continuar rigiéndose por el anterior C. de P.P. (D. 2700 de 1991), en aplicación ultractiva de éste.

El Tribunal Nacional se inclina por esta última hipótesis considerando que la anterior normatividad procesal favorece más a los procesados bajo el prurito de que la justicia regional abstractamente es más restrictiva y ofrece menos garantías a los procesados que la ordinaria.

El Tribunal Superior de Neiva, por el contrario, es partidario de la primera hipótesis sobre la base de que las normas procesales son de efecto inmediato.

Pues bien, no cabe duda que la razón le asiste al Tribunal Superior de Neiva, aunque se hace necesario precisar lo siguiente:

Como bien se sabe, en tratándose de normas que fijen jurisdicción o competencia, su aplicación es general e inmediata, pues siendo instrumentos de organización del Estado en la lucha contra el delito, constituyen legislación de orden público, frente a la cual no caben consideraciones relativas a la favorabilidad de los propios infractores.

Además, el simple cambio de juzgador, aunque ello implique variación del procedimiento, no puede considerarse en sí mismo favorable o perjudicial para ningún procesado, pues de un lado, todos los funcionarios que administran justicia están igualmente obligados a cumplir su delicada misión con estricta observancia del orden jurídico y, del otro, todos los procedimientos legales se presumen respetuosos de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución Nacional.

Extraña por demás la posición conceptual del Tribunal Nacional, que en su afán por sustraerse al conocimiento del proceso incurre en el despropósito de aceptar, así sea tácitamente, que la justicia regional, de la cual es su máxima autoridad, no ofrece garantía suficiente a los procesados, pues no de otra manera puede entenderse su afirmación de que la justicia ordinaria es más favorable en la medida que no se vale de jueces sin rostro ni testigos con identidad oculta. Es cierto que la justicia regional contempla ciertos mecanismos especiales que se consideran de mayor efectividad para la investigación y juzgamiento de la criminalidad organizada con fines desestabilizadores, y que a la vez brindan mayor protección a quienes intervienen en esa peligrosa labor; pero ello en manera alguna puede significar que se trata de procedimientos arbitrarios para arribar a decisiones amañadas, pues tal clase de actuaciones desviadas repugnan a nuestro estado de derecho, sea cual fuere la autoridad que las realice.

Finalmente, aunque como se advirtió anteriormente, frente a un problema de competencia no hay favorabilidad que valga, conviene hacer notar que en el presente caso fueron los propios procesados quienes se acogieron a la Ley 81 de 1993 cuando solicitaron el proferimiento de sentencia anticipada, logrando así una considerable rebaja de pena; razón de más para incomprender la decisión del Tribunal Nacional, que lejos de hacer algún aporte a la juridicidad colombiana, contribuyó a dilatar aún más el engorroso trámite que ha tenido este proceso.

Por último, aunque no fue lo ocurrido en este asunto, conviene aprovechar la ocasión para advertir a la Justicia Regional sobre la improcedencia de atomizar la actividad de cultivo de una plantación englobada en lotes de terrenos, y máxime cuando la siembra y cuidado de las plantas son atribuibles físicamente a un ejecutor material que ha admitido haber actuado por encargo con plena conciencia y voluntad de realización típica. No se puede fraccionar el objeto procesal de cultivar más de dos mil plantas en varios cultivos menores de dos mil, convirtiendo la unidad en varias pluralidades.

Corolario de lo anterior, conforme con el artículo 9o.-3 de la ley 81 de 1993, aplicable a este caso desde que comenzó su vigencia, el Juez Regional sí era el competente para conocer en primera instancia y, por consiguiente, su fallo deberá ser revisado en segunda instancia por el Tribunal Nacional.

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. Dirimir el conflicto suscitado en favor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva.

Segundo. Declarar que la competencia para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia corresponde al Tribunal Nacional.

Tercero. Disponer que por secretaría se informe lo decidido al Tribunal Superior de Neiva y se remita la actuación al competente.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / CONSULTA / JUSTICIA REGIONAL

El Código Penal y el de Procedimiento Penal eran aplicables sólo en aquellas materias no reguladas por disposiciones especiales. El principio pues de la especialidad es aquí el imperante y por tanto no había lugar a la consulta pues ésta sólo operaba en eventos de sentencias absolutorias.

En la hora de ahora, una sentencia condenatoria que no sea anticipada sería consultable.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., julio trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta No 96

Proceso No. 10679

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la colisión de competencias trabada entre el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá y un Juzgado Regional de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Dentro del presente proceso, adelantado contra *Roselino Mora Roa* por infracción a la Ley 30 de 1986, el Juzgado Regional que de él ha conocido, el 17 de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), atendiendo una solicitud del procesado, ordenó concederle la *libertad provisional,* mediante caución, al considerar que había cumplido en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, a más de la satisfacción de los requisitos de carácter subjetivo a que alude el artículo 72 del Código Penal (art. 59, num. 1o. del Decreto 2790 de 1990).

2. El veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), se profirió sentencia contra *Moreno Roa,* condenándosele a la pena principal

de cuatro (4) años de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales. Se declaró que el condenado "no tiene derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional, pero sí a que se tenga como parte cumplida de la pena el tiempo que permaneció privado de la libertad por razón de este proceso" y se ordenó "*mantener* la excarcelación caucionada concedida de manera provisional al condenado *Mora Roa*. En firme y ejecutoriado el fallo retorne el expediente al despacho para determinar la procedencia de la libertad condicional."

El once (11) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), el Juzgado Regional, mediante auto interlocutorio, efectivamente se pronunció y de manera afirmativa sobre la procedencia de la libertad condicional. Y, estándose en las diligencias propias a la notificación de esta providencia y en la suscripción de la diligencia de compromiso, se presentó prueba referente a que *Roselino Mora Roa* había muerto, razón por la cual, el veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), el Juzgado Regional emitió el siguiente auto:

"Con fundamento en el inciso 2o. del artículo 1o. del Acuerdo No. 54 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura remítanse *los cuadernos copia del expediente debidamente complementados al Sr. Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad -Reparto- de esta ciudad, a quien le compete decidir en su oportunidad sobre la* liberación definitiva *(art. 75 del C.P.) del condenado".*

Y el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas, al que correspondio el asunto, el dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cinco -1995-, profirió un auto en el que le provoca colisión de competencias al Juzgado Regional, para el supuesto de que no le sean aceptados sus argumentos, los que concreta así:

La sentencia no fue consultada -como debía serlo- al tenor del numeral 1o. del artículo 210 del Decreto Ley 2700 de 1991, subrogado por el art. 29 de la Ley 81/93. Y al no estar en firme el fallo, el Juzgado no ha adquirido competencia.

"Por otro lado, sea esta la oportunidad para expresar nuestra perplejidad por la ostensible y garrafal contradicción entre los numerales 4o. y 5o. de la parte dispositiva de la sentencia antedicha. En efecto, mientras en el ordinal 4o. se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional (lo que conlleva ipso jure *a la revocatoria de la* libertad provisional *y la subsiguiente expedición de las órdenes de captura respectivas), en el ordinal 5o. se dispone* 'mantener *la excarcelación caucionada concedida de manera provisional al condenado* Mora Rosa...'. *Al respecto este despacho se pregunta: ¿Se concede, si o no, el subrogado*

de la condena de ejecución condicional?; ¿Se ejecuta o no la pena de prisión a que fue condenado el señor Mora Rosa?; *¿Es incompatible o no la negativa de concesión de la condena de ejecución condicional con la libertad provisional que durante el período instructivo se concedio al hoy condenado?; ¿el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, mantiene la libertad* provisional *o la revoca ante la negativa de concesión del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal? Es obvio que mientras estos interrogantes no se respondan, este despacho ni ha adquirido competencia ni podrá ejecutar una sentencia cuya parte dispositiva es evidentemente anfibológica...".*

A estos razonamientos respondio el Juzgado Regional, haciendo ver que el fallo por él proferido se encontraba en firme y que no existía ninguna contradicción en lo señalado en los numerales 4o. y 5o. de la parte resolutiva del mismo. Y como los argumentos que él refiere para darle sustentación a su posición, en buena parte son también los de la Sala en orden a la decisión del caso, sobra aludir a ellos en este acápite del proveído.

La Corte

1. El interrogante que, primeramente, importa aquí descifrar está referido a si la sentencia de autos se encuentra o no en firme, pues de ello se sigue si el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad es o no competente para entrar a conocer del presente asunto, a términos del artículo 75 del C. de P. P. y 51 de la Ley 65 de 1993. Y la solución en tal sentido está dada en la clarificación de si el fallo condenatorio emitido el veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993) era o no consultable en el momento de su emisión.

Sobre el señalado particular se tiene que el artículo 5o. del Decreto 2790 de noviembre 20 de 1990, que el artículo 1o. del 2271 de octubre 4 de 1991, convirtió en legislación permanente, dispone:

"El Tribunal Superior de Orden Público conoce: ...4. Del grado jurisdiccional de consulta en relación con todas las sentencias absolutorias, *las providencias que disponen cesación de procedimiento o la devolución de bienes a particulares y los autos inhibitorios que impliquen devolución de bienes..."*

A su turno, el artículo 206 del C. de P.P. (Decreto 2700 de 1991, cuya operancia empezó el 1o. de julio de 1992), antes de la subrogación dispuesta por el artículo 29 de la Ley 81 de noviembre 2 de 1993, en lo pertinente, rezaba:

"Providencias consultables. *En los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno, el auto de cesación de procedimiento, el auto de preclusión de la investigación*

la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sean objeto material del mismo y las sentencias. *También son consultables las sentencias absolutorias proferidas por cualquier juez cuando no haya habido parte civil reconocida dentro del proceso"*

Por esta última norma el Juez de Ejecución de Penas entiende que la sentencia condenatoria de autos aún no está en firme. Pero la pregunta atinada es, de estas dos disposiciones, ¿cuál la aplicable al evento *sub examine*? Y la respuesta ya la dio la Corte en jurisprudencia que remembra el Juez Regional de julio 22 de 1992 y en el sentido de que el Código Penal y el de Procedimiento Penal eran aplicables sólo en aquellas materias no reguladas por disposiciones especiales. El principio pues de *la especialidad* es aquí el imperante y por tanto no había lugar a la consulta pues ésta solo operaba en eventos de sentencias absolutorias, que no es desde luego el caso.

Y la Corte Constitucional, en la sentencia C-093/93 de febrero 27 de 1993, donde fueron Magistrados Ponentes los Drs. *Morón Díaz y Martínez Caballero*, en la revisión del Decreto 2271 de 1991, señaló:

"Téngase en cuenta que aun cuando el nuevo Código de Procedimiento Penal regule en forma sistemática las actuaciones procesales ordinarias, en ningún momento puede entenderse que por su entrada en vigencia se haya producido el fenómeno de la derogatoria de las normas especiales que se examinan en esta providencia.

"...las normas del Código de Procedimiento Penal como las de la legislación especial para los delitos de que conocen los Fiscales y Jueces Regionales conservan su vigencia cada una en sus ámbitos propios: más bien, dado el carácter especial de estos últimos, el Código en mención resulta aplicable en defecto de las normas especiales cuando no hubiere regla prevista para el caso...".

Corolario ineludible de lo anterior es la competencia del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, como quiera que la sentencia se encuentra en firme.

Como apuntamiento relativamente al margen dígase que la ley 81 de 1993, en su artículo 29 que subrogó el 206 del Decreto 2700 de 1991, dispone:

"Providencias consultables. *En los delitos de conocimiento de los fiscales y los jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno...* las sentencias que no sean anticipadas".

En la hora de ahora, entonces, una sentencia condenatoria que no sea anticipada sería consultable, pero desde luego no la de autos que sufrió

todo su desarrollo y el carácter de *res iudicata* antes de la vigencia de la Ley 81 de 1993.

2. Quiere la Corte añadir lo que sigue:

La anfibología en la sentencia a que alude el Juez de Ejecución de Penas en rigor jurídico no existe. O, mejor, es más aparente que real. Quedó visto que el Juzgado Regional, con anterioridad al fallo, concedio la *libertad provisional caucionada* al procesado *Roselino Mora Roa*, con fundamento en el numeral 1o. del artículo 59 del Decreto 2790 de 1990, en correspondencia con el artículo 72 del Código Penal y al considerar que había pagado las dos terceras partes de la pena que pudiera corresponderle, esto es, que había purgado en detención preventiva el tiempo necesario para disfrutar de la libertad condicional, satisfaciendo así el requisito objetivo que la normatividad exigía y, de otra parte, hallando a *Mora Roa* readaptado socialmente, entendio cumplida la exigencia de carácter subjetivo.

Y, al llegar el momento de la sentencia, se pronunció sobre el subrogado de la condena de ejecución condicional, el que negó por cuanto la pena a imponer excedía los límites previstos por el artículo 68 del Código Penal para la procedencia del mismo.

Ha debido en sentir de la Corte manifestarse allí mismo sobre la pertinencia de la libertad condicional, pero no lo hizo en el convencimiento de que este aspecto no podía resolverse sino con posterioridad, estando ya ejecutoriada la sentencia. Allí estuvo su equivocación y lo que dio ocasión a cierta confusión, pues al hacerlo por auto separado, dejó vigente la libertad provisional por el cumplimiento de las 2/3 partes de la pena a imponer y al propio tiempo dispuso no conceder la condena de ejecución condicional que, en circunstancias normales, comportaría la privación de la libertad. Si hubiera hecho las cosas en el mismo fallo como es lo de rigor, habría quedado explicado por qué, pese a la improcedencia de la condena de ejecución condicional, el procesado sí tenía derecho a la *libertad condicional* de que trata el artículo 72 del Código Penal.

Pero ya clarificadas las cosas -y al mismo esclarecimiento habría llegado el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad si hubiera leído integralmente el expediente-, nada se opone a que este funcionario cumpla con su deber, más cuando de lo que se trata es de pronunciarse sobre la extinción de la pena por muerte del procesado (artículo 75, ordinal 1 del C. de P.P.).

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

RESUELVE:

1. *Atribuir el conocimiento del presente asunto al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá, al que, la* Secretaría de la Sala, *remitirá de inmediato el expediente; y,*

2. *La misma* Secretaría, *expedirá copia de la presente providencia y la hará llegar al Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, aquí colisionante para los fines de ley.*

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia no firmó, *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA

"La actividad calificada como militar, se realiza mediante actos propios del servicio, o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando." De modo que "en estas condiciones, el militar que no adecue su conducta al acto propio del servicio, o que no actúe en cumplimiento de órdenes superiores, o se aparte de ellas, para dedicarse a actividades particulares por su propia cuenta, estará actuando por fuera del servicio y en asuntos que no guardan relación con éste, y los hechos punibles que llegare a realizar en estas condiciones, pertenecen indudablemente a la órbita de competencia de la Justicia Ordinaria."

Para el caso de los oficiales y agentes de la Policía Nacional, lejos de quebrantarse esta regla, su estatuto vigente a la fecha de los hechos y el adelantamiento de la causa la confirma, pues el artículo 18 del Decreto 2137 de 1983 (apenas derogado por el artículo 37 de la ley 62 de agosto de 1993) disponía que serían juzgados conforme al Código de Justicia Penal Militar los miembros de esa institución que "...con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo o en las circunstancias de que trata el artículo 37 de este estatuto, cometan delitos...".

Corte Suprema de Justicia .- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado por Acta No. 97

Proceso No. 8841

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado *Gerardo Antonio Pardo Guativa* en contra del fallo del 27 de abril de 1993 por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá impartió confirmación a la sentencia del Juzgado Cincuenta y tres Penal de ese Circuito que lo condenó a la pena principal de 11 años de

prisión, las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años y la prohibición de consumir bebidas alcohólicas durante 36 meses, como responsable del delito de homicidio simple.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A eso de la media noche del 20 al 21 de septiembre de 1991 en el establecimiento público "El Pereque", ubicado en la calle 54 Sur No. 14-59 de esta ciudad, el agente de la Policía *Gerardo Antonio Pardo Guativa,* quien vestido de civil se dedicaba a ingerir bebidas embriagantes y al juego de billar en compañía de otras tres personas, disparó repetidamente en contra de Guillermo Antonio Giral Solano, ocasionándole la muerte como culminación de un altercado surgido al expresar la víctima su deseo de apostar dinero en contra del agresor al siguiente juego de billar.

Dentro del turno que le correspondía en esa fecha, el Juzgado Ochenta y tres de Instrucción Criminal Permanente practicó el levantamiento del cadáver de Giral Solano en el Hospital de Tunjuelito, procediendo a la inspección del lugar de los hechos y al recibo de algunas declaraciones, luego de lo cual dispuso la apertura de la instrucción que por reparto correspondio proseguir al Juzgado Ochenta y uno de Instrucción Criminal, hasta su culminación con resolución acusatoria para el procesado por el delito de homicidio agravado.

La decisión calificatoria fue apelada por la defensa ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá donde mereció confirmación el 3 de junio de 1992, variando la adecuación a la de homicidio simplemente voluntario.

De la causa conoció el Juzgado Noveno Superior, -luego Cincuenta y tres Penal del Circuito-, que en vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal abrió el juicio a pruebas, ordenó las solicitadas por la defensora y algunas que oficiosamente consideró procedentes, entrando a la celebración de la audiencia luego de desestimar el planteamiento de la representante del acusado que aducía no estar establecida la competencia del debate en la jurisdicción ordinaria.

Agotado el trámite de la vista dentro de la nueva ley procesal, profirió el Juzgado la sentencia del 23 de febrero de 1993 por la que condenó al acusado a las penas de once (11) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas por un período de treinta y seis (36) meses y al pago de los perjuicios materiales y morales representados en 700 y 350 gramos oro, respectivamente, a la vez que denegó la condena de ejecución condicional.

Inconforme de nuevo la defensa con la citada decisión, de ella recurrió en alzada suscitando el pronunciamiento del Tribunal del 27 de abril de 1993 que le impartió confirmación, fallo que resulta ahora objeto de impugnación en casación a iniciativa de la representante del procesado.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal formula la casacionista un solo cargo que concreta en la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del proceso, en cuanto éste se adelantó por un delito de homicidio, teniendo a un agente de la Policía como implicado.

Inicialmente manifiesta que las pruebas documentales demostrativas del cumplimiento de una misión oficial por parte del acusado cuando sucedieron los hechos, no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal, alusión que concreta en las comunicaciones del Comandante de la Tercera Estación de Policía y la minuta de vigilancia, pues en unas y otra se informa sobre las labores de inteligencia que le habían sido encomendadas a *Pardo Guativa* esa noche para tratar de identificar a los integrantes de la banda conocida como "Los Magníficos", que se había radicado en el sector sur de la ciudad.

Con el desconocimiento de esas evidencias se ignoró el artículo 14 del Código Penal Militar que atribuye a la justicia castrense el juzgamiento de los delitos cometidos por quien se halla en servicio activo y en desarrollo de las actividades propias de ese servicio, circunstancias dentro de las cuales ocurrió, según la libelista, el homicidio de Giral Solano, dado que para que el enjuiciado pudiera desempeñar su labor de inteligencia sin ser descubierto "empezó a jugar billar y a ingerir licor, es decir que con ocasión del servicio que estaba prestando se dieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se sucedio el hecho punible, o lo que es lo mismo por causa del mismo, o dicho de otra manera el delito aparece como consecuencia directa e inmediata de la prestación del servicio".

Precisa que de conformidad con la Constitución el fuero militar no se les aplica a los agentes de la Policía por el solo hecho de serlo al momento de cometer el delito, sino porque éste guarda relación con el servicio, que es lo sucedido en el presente caso.

Cierto, entonces, que el procesado no se refirió en la fase investigativa a la ocurrencia del hecho en cumplimiento de actividad propia de servicio como agente de la Policía. Pero esa circunstancia fue debidamente comprobada en la etapa de juzgamiento, y sin embargo las instancias hicieron caso omiso de esa nueva situación que sustraía el caso del

conocimiento de la justicia ordinaria, lo que acabó por dar lugar a la causal de nulidad prevista en el artículo 304, primer numeral, del Código de Procedimiento Penal, por falta de competencia para proferir la sentencia impugnada.

Como consecuencia se solicita a la Corte casar el fallo atacado, declarar la nulidad de lo actuado a partir de la etapa probatoria del juicio, y ordenar la remisión del proceso a la Justicia Penal Militar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En criterio del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal la demanda se inicia dentro de un franco alejamiento de la causal invocada, al referir a una falta de apreciación probatoria, falencia que debió acusarse como constitutiva de un error de hecho, mas, sin embargo, el desatino pierde trascendencia constituyendo apenas una imprecisión técnica aislada, ya que el desarrollo siguiente es el adecuado.

En tal sentido constata que por informe del Comandante de la Tercera Estación de Policía se conoció que el acusado detentaba la condición de agente de esa institución para el mes de septiembre de 1991, y que había sido destacado para efectuar labores de inteligencia entre las 19:00 horas del día 20 y la 01:00 del siguiente día del mismo mes en el sector del barrio Tunjuelito donde se ubica el establecimiento "El Pereque", siendo con ello ciertos algunos de los presupuestos que condiciona el juzgamiento ante la Justicia Penal Militar.

Sin embargo, en cuanto a la exigencia que en forma reiterada ha establecido la Corte para que opere el fuero y relativa a la realización de la conducta punible en "razón y desarrollo de su labor oficial" se extraña por su ausencia, pues ella presupone que la voluntad del agente "... esté guiada por principios de subordinación jerárquica, de estricta disciplina militar y de actuación que solamente se enmarque en los límites que le fijan las funciones, que no sólo proviene de un mandato legal (artículo 14 del decreto 2550 de 1988 -C.P.M.-), sino de una orden constitucional (artículo 221), lo cual, no obstante ser advertido en el libelo, parece olvidarlo la defensora cuando hace a un lado la realidad procesal..."

Para la Delegada es fiel reflejo de la ausencia de prestación del servicio por parte del implicado el haberse dedicado al consumo de bebidas embriagantes en un lugar al que acudía desde hacía varios años y "que la víctima fuera un amigo suyo", e igualmente el motivo del enfrentamiento, surgido de una disputa por el juego de billar. Sobre estas situaciones hay respaldo en las declaraciones de José Antonio Bello Velandia y Miguel de

Jesús Pita Buitrago, apreciadas por los sentenciadores, y de ellas se infiere que así a esas altas horas el procesado se hallara de servicio en el lugar indicado, las labores que cumplía no eran las de inteligencia que le habían sido asignadas.

Tan evidente resulta el aislamiento de la conducta asumida por el acusado frente al encargo oficial recibido, que así lo demuestra el informe del Superior que le impartió la orden:

"El agente *Pardo Guativa Gerardo*, cumplía una labor de inteligencia en dicho establecimiento de acuerdo a coordinaciones con el Comando de Estación, pero nunca se le manifestó o autorizó que se dedicara a ingerir bebidas embriagantes".

Eventualmente el cumplimiento de labores de inteligencia puede hacer imprescindible involucrarse en actividades que normalmente se desarrollan en el lugar de la misión, y de ese modo la relación entre el ilícito cometido y el servicio resulta vital para establecer la pertinencia del aforamiento. Pero lo cierto es que en este caso la acción homicida no tiene esa relevancia ya que el enfrentamiento originado en la apuesta de un juego de billar y la posible amistad con la víctima convierten el hecho en una actividad particular ajena a la tarea encomendada.

En apoyo de esta tesis transcribe la Procuraduría apartes de una decisión de la Sala sobre el tema aforamiento militar, fechada el 20 de septiembre de 1991 y con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, y sobre ella concluye sugiriendo la improsperidad del cargo formulado por ajenidad de la conducta respecto del servicio prestado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con relación al tema del fuero penal militar han sido numerosos los pronunciamientos de la Sala dentro de los cuales se precisan las condiciones para su operancia, siendo del caso recordar, entre otros, los que en vigencia de la Carta Política de 1886 en tal sentido afirmaron:

"El fuero para el juzgamiento de los militares, tiene su fundamento y razón de ser en el artículo 170 de la Constitución Nacional. De acuerdo a este precepto, de los delitos cometidos por los militares y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del C. de J.P.M.". Se trata de una excepción a la regla señalada en los artículos 55 y 58 de la Carta.

Del contenido de esta norma clara y precisa, se desprende que el militar sólo tiene derecho a su juzgamiento por la justicia castrense cuando se encuentra en servicio activo y cuando el delito imputado se haya realizado

en actividades que guarden relación con el mismo servicio. En estas condiciones, la J.P.M. no puede sustraer de los jueces ordinarios el conocimiento de delitos comunes consumados por militares que no se encuentren en servicio activo o que hayan delinquido en actividades ajenas a dicho servicio. De ahí que el fuero militar, de acuerdo al querer del constituyente, sólo se aplique y justifique en el campo estricto del servicio militar.

Por eso ha dicho la Corte que "la justicia penal militar se administra de un modo acelerado, con parvedad de procedimientos y del ejercicio del derecho de defensa, sobre todo en el aspecto fundamental de la prueba. Así lo requiere la naturaleza de la función castrense y la importancia de mantener la autoridad y respetar la jerarquía de los cuerpos militares. Por ello, sólo se concibe respecto de éstos y en relación exclusiva con la actividad y los ilícitos cometidos en desarrollo de la misma. Consagrarla, involucrando personas distintas de los militares en servicio activo y delitos diferentes a los que se relacionan con el mismo servicio equivale a suplantar el orden constitucional, concediendo al artículo 170 de la Carta un valor genérico y no específico, que es el que le corresponde." (Auto de febrero 2 de 1988).

En igual sentido y en decisión de mayo 3 del mismo año, avocando el tema de las órdenes militares se añadio que

"la actividad calificada como militar, se realiza mediante actos propios del servicio, o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando." De modo que

"En estas condiciones, el militar que no adecue su conducta al acto propio del servicio, o que no actúe en cumplimiento de órdenes superiores, o se aparte de ellas, para dedicarse a actividades particulares por su propia cuenta, estará actuando por fuera del servicio y en asuntos que no guardan relación con éste, y los hechos punibles que llegare a realizar en estas condiciones, pertenecen indudablemente a la órbita de competencia de la Justicia Ordinaria."

Para el caso de los oficiales y agentes de la Policía Nacional, lejos de quebrantarse esta regla, su estatuto vigente a la fecha de los hechos y el adelantamiento de la causa la confirma, pues el artículo 18 del Decreto 2137 de 1983 (apenas derogado por el artículo 37 de la ley 62 de agosto de 1993) disponía que serían juzgados conforme al Código de Justicia Penal Militar los miembros de esa institución que "...con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo o en las circunstancias de que trata el artículo 37 de este estatuto, cometan delitos...", lo que en sentir de la doctrina de la Sala

"...requiere determinar en cada ocasión para deducir si los hechos están comprendidos por el fuero, si éstos por los que se acusan a los miembros de la Policía guardan relación con el servicio o se realizaron en ejercicio de funciones o al intervenir en cumplimiento de su obligación en casos de policía de que tengan conocimiento. Y es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que cuando dicha conexidad o relación con el servicio o que los hechos se hayan producido con ocasión del cumplimiento de sus deberes, en forma que pueda concluirse que actuaron en las calidades expresadas, no se acredite o pueda admitirse, no existe el fuero y el juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria" (auto de noviembre 1o. de 1988).

Para el caso que se examina, dentro del cual propone la defensa la casación del fallo como consecuencia de una nulidad remitida a la falta de competencia de la justicia ordinaria al adelantar el juzgamiento del acusado *Gerardo Pardo Guativa,* tendrá que cotejarse no solamente si se trataba de un miembro de la Policía Nacional, sino además y con la misma trascendencia, si el hecho delictivo por el cual responde tuvo como causa el servicio, se realizó con ocasión del mismo o fue el resultado de un ejercicio de funciones inherentes al cargo o surgidas de la obligación de intervenir en casos de policía de los cuales se conoce, porque así los hechos hayan sucedido ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, la doctrina de la Sala se mantiene en la medida en que el nuevo texto superior (artículo 221), una vez más entraña las mismas exigencias del que sirvió de base a esa postura de la jurisprudencia.

La dilucidación de estos aspectos remite a la consulta de la documentación que obra en el plenario, dentro de la cual primeramente se establece que para la fecha de los hechos el procesado hacía parte activa de la nómina de la Policía Nacional como agente, aspecto que calza en el primer presupuesto determinante de la competencia penal militar de juzgamiento. También y de la información suministrada por sus superiores se conoce que en la noche de los sucesos, *Pardo Guativa* realizaba una misión impuesta por orden de sus superiores, pues, como agente encubierto debía presentarse vestido de paisano y pasar como uno cualquiera de los clientes del establecimiento "El Pereque", con el fin de realizar pesquisas encaminadas a identificar y capturar la banda de delincuentes conocida en el sector como de "Los Magníficos".

No, empecé, se advierte que con la coincidencia de estos dos extremos no quedaban satisfechas las exigencias de un automático conocimiento del asunto por parte de la justicia castrense, pues, como ha quedado visto, la acción punible tendría que estar relacionada al cumplimiento de la

misión encomendada o el ejercicio funcional del agente, conexión que, como bien lo destacó el Ministerio Público en su concepto, rompió su relación cuando la muerte producida fue la del amigo y contertulio Guillermo Antonio Giral, a quien nada en lo absoluto vinculaba en lo personal ni en lo funcional con la misión del acusado.

Así se tiene, para comenzar, que el motivo de la discordia surgida entre Giral Solano y el agente *Pardo Guativa* no fue de aquellos que inesperadamente pudieran asomar en desarrollo de la averiguación secreta, pues, muy por el contrario, las circunstancias develadas por los testigos José Antonio Bello Velandia y Miguel de Jesús Pita Buitrago, demuestran la manera aislada como el suceso tuvo surgimiento:

"Estábamos todos, porque todos somos amigos, Pardo, el finado, mi persona, un amigo Asdrúbal y otro muchacho que iba con Pardo pero no le sé el apellido... estábamos jugando desde la siete y cuarenta y cinco". Las relaciones entre la víctima y el implicado son calificadas como buenas, tratándose de personas que "si se veían se saludaban", y quienes ya "en otras oportunidades habían jugado billar, sin problemas". Según se explica Bello, a eso de las doce de la noche el procesado se puso disgustado porque perdio el chico de billar; Guillermo le dijo que apostaba a que perdía el siguiente juego y el procesado le aceptó y de una vez sacó noventa mil pesos; como "el muerto le estaba mamando gallo, porque no apostó", *Pardo* se ofendio y comenzó a darle puños; luego, en medio de recíprocos ultrajes el Policía lo amenazó de muerte, y como el ahora occiso se puso de rodillas en el suelo respondiendo que lo hiciera, aquél le disparó por varias veces. Testigos y acusado coinciden sobre el estado de alicoramiento que afectaba al agresor.

Resulta, entonces, evidente que, así en principio los motivos que habían llevado a *Gerardo Antonio Pardo* al establecimiento "El Pereque" eran serios y relacionados con el cumplimiento de sus deberes oficiales, con el correr del tiempo aquel propósito se fue trocando por efecto de la ingestión alcohólica y la concentración en el juego de billar, llegando al punto de descuidar cualquier actividad encaminada a la búsqueda de informes o contactos que permitieran la aproximación al objetivo encomendado por sus superiores, para degenerar en un comportamiento no autorizado (la ingesta de licor), y en unos intereses y conflictos netamente individuales con los cuales rompió el nexo con sus funciones y los deberes del servicio, hasta llevarlo al extremo de su contradicción.

Por ello, la prestación del servicio no transcendio allí de lo formal, y ahora, de constituirse apenas en pretexto de incompetencia, con el que se

promueve un fin anulatorio, porque si bien es cierto, la orden del superior sí existió, y el agente concurrió a cumplirla en el sitio indicado, su atención sufrió el desvío del fin propuesto para centrarse en el de departir con sus amigos, actividad que derivó en una infracción penal enteramente dislocada de los deberes oficiales.

No se dio la relación estrecha entre el servicio policial y el ilícito que en esta actuación se endilga al procesado. El homicidio imputado no guarda secuencia con la labor de inteligencia asignada y notoriamente abandonada, y ello integra motivo suficiente para que el cargo planteado no prospere, como en tal sentido se resolverá.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado por la defensora del procesado *Gerardo Antonio Pardo Guativa*.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO

Para la estructuración del prevaricato la ley no exige ningún elemento o ingrediente subjetivo especial; basta con que el autor de la conducta prevaricadora la hubiere realizado con dolo, así la investigación no haya permitido establecer cuál fue el motivo más allá de querer transgredir la normatividad que lo impulsó a delinquir.

Corte Suprema de Justicia. – Sala de Casación Penal. – Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 95 julio 11/95

Proceso No. 9762

Conoce la Sala de la apelación interpuesta contra la sentencia de 12 de julio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio condenó al doctor *Germán Eduardo Zúñiga Pavia*, ex Juez Treinta de Instrucción Criminal de Acacías (Meta), a la pena principal de dos (2) años de prisión, al declararlo responsable del delito de prevaricato.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS Y LA ACTUACIÓN PROCESAL:

1. En el referido Juzgado 30 de Instrucción Criminal se adelantaba un proceso contra el Teniente de la Policía Nacional *Henry Hernán Rodríguez Agudelo*, por el homicidio cometido en *José Valentín Estrada Villar*, ocurrido el 30 de abril de 1989, en la ciudad de Acacías, cuando dicho Oficial se encontraba en vacaciones.

2. En ese proceso el sindicado *Rodríguez Agudelo* planteó en la indagatoria la legítima defensa de su vida, la cual nunca encontró respaldo probatorio.

El titular del nombrado Juzgado Treinta, doctor *Germán Eduardo Zúñiga Pavia*, una vez oyó en indagatoria al sindicado *Rodríguez Agudelo*, mediante auto de 12 de mayo del referido año (fls. 36 y ss., anexo 1), se abstuvo de

proferir en su contra medida de aseguramiento, dando por demostrada la existencia de la causal de justificación invocada.

Apelada esa providencia, el Tribunal de Villavicencio, mediante auto de 13 de octubre de 1989 (fls. 10 y ss. anexo 5), la revocó y dictó el correspondiente auto de detención. Estimó esa Corporación que la justificante carecía de respaldo procesal y consideró que "por el contrario, la denuncia formulada por la señora madre del occiso (fls. 1 nos dice que, según lo decía la gente en el lugar de los hechos, *Henry Rodríguez* 'lo había asesinado a mansalva porque él no tuvo defensa de nada'. Además el acta de levantamiento del cadáver tampoco secundaba el dicho del sindicado" (fl. 13), en razón a la ubicación y trayectoria de algunos de los proyectiles que hicieron impacto en la humanidad de Estrada Villar.

Se practicaron otras pruebas que descartaban la pretendida defensa justa y el Juzgado Treinta, por medio de auto de 8 de noviembre de 1989 (fls. 54 y ss. anexo 3), insistió en que se daba la legítima defensa y reabrió la investigación, ya que, no obstante ese reconocimiento, consideró que faltaba la práctica de algunas pruebas.

Recurrido en apelación dicho auto calificatorio, el Tribunal, mediante proveído de 16 de agosto de 1990 (fls. 16 y ss. anexo 5), lo revocó y dictó resolución acusatoria por el delito de homicidio. Estimó esa segunda instancia que el procesado *Rodríguez Agudelo* "naturalmente calificó su confesión con el planteamiento de la legítima defensa, la cual, inexplicablemente, ha venido siendo admitida por el señor Juez Instructor, Primero en el auto que le resolvió la situación jurídica al incriminado y, luego, al calificar el mérito sumarial, pese a no reunirse los requisitos legales para ello y así haberlo resaltado esta Corporación, mediante el auto de octubre 13 de 1989" (fl. 19).

Recalcó el Tribunal que no se daba la legítima defensa "por cuanto que la vida del hoy justiciable en momento alguno estuvo en peligro, habida consideración de que el presunto atacante 'no sacó arma alguna', según aquel mismo lo informa (fl. 19, cuaderno original No. 01), ni estaba en capacidad de desarmar a un militar, experto, por tanto, en defensa personal y manejo de armas, y que, además, se encontraba en sano juicio. Entonces, la reacción defensiva que alega, en ningún momento fue proporcionada a la agresión y, por este aspecto, falla flagrantemente la justificante planteada" (fl. 19 *ibidem*).

Esa conclusión la apoya el Tribunal en diversos testimonios, en el acta de levantamiento del cadáver de *Estrada Villamil*, en la necropsia y en la

trayectoria de los proyectiles. Esa documentación revela que varios de los disparos homicidas penetraron por la espalda de la víctima.

2. El 20 de marzo de 1990, la madre del nombrado occiso, Lucrecia Villar de García, denunció al Juez Zúñiga Pavia, pues estimó que las aludidas decisiones de éste habían sido ilegales (fls. 1 y ss.).

-El Tribunal allegó copias del proceso correspondiente, acreditó la calidad de juez del denunciado, abrió investigación y escuchó en indagatoria al doctor *Zúñiga Pavia* (fls. 68 y ss.), quien dijo: "Estoy plenamente convencido en mi conciencia no me perturba en estos momentos que resolví con la equidad impetrable en ese momento" (fl. 70). Maás adelante añadio: "en la decisión de fondo del asunto actué como el fiel de la balanza, no siendo proclive ni al defensor que me pedía cesación de procedimiento, que, obviamente, no era procedente ni la resolución de acusación que pedía el apoderado de la parte civil" (fl. 71). Dice el indagado que la fractura que tenía el procesado policial en el cúbito y el radio "lo ubicaba en un desequilibrio físico con respecto a su oponente", por lo cual estimó que se estaba en presencia de la legítima defensa.

-El abogado Carlos Arturo Gutiérrez Torres, apoderado de la parte civil en el proceso por homicidio, declaró (fls. 107 y ss.) que el juez denunciado dictó providencias "abiertamente" favorables al policial sindicado, providencias que en su momento el Tribunal revocó. Insiste en que la legítima defensa únicamente aparecía en la indagatoria del sindicado.

3. Cerrada la investigación en este asunto, se la calificó con resolución acusatoria por el delito de prevaricato por acción (art. 149 C. P.), decretándose igualmente la detención preventiva de *Zúñiga Pavia* (fls. 135 y ss.).

Celebrada la audiencia pública (fls. 185 y ss.), se dictó sentencia de 12 de julio de 1994 (fls. 199 y ss.), mediante la cual, en consonancia con la acusación, el procesado fue condenado a la pena principal de 2 años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. Se le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional (sólo respecto de la pena privativa de la libertad), aspecto frente al cual uno de los integrantes de la Sala de Decisión expresó su salvedad, por considerar que no ha debido concederse.

3. La defensora del acusado interpuso recurso de apelación contra la sentencia, toda vez que en su concepto el prevaricato no se dio, pues dentro del proceso adelantado al teniente *Rodríguez Agudelo*, según ella, "faltaron por evacuar probanzas (no por circunstancias atribuibles a mi poderdante) de cardinal importancia para el esclarecimiento de los hechos, para

mencionar una sola, la dueña de la caseta expendedora de tintos... quien visualizó todo lo ocurrido". Agrega que, además, el Tribunal, al contrario de lo que hizo el doctor *Zúñiga Pavia,* no consideró "el estado psíquico y la conculcación física que presentaba el sujeto activo (con base en el experticio del caso) en el investigativo de homicidio, configurando una legítima defensa (quizás en exceso) no desvirtuado (sic) a lo largo del proceso".

Argumenta, así mismo, que la actuación del acusado "fue tan ecuánime, objetiva y sana ...que al detectar esa ausencia de testigos presenciales, consideró ...no estaban articuladas esa y otras pruebas trascendentales, por ello, optó por lo más vertical y justo, es decir, el proferir sobreseimiento temporal (de aquella época) a fin de evaluar el raigambre probatorio necesario para la decisión de fondo, logrando no pecar ni por exceso, ni por defecto".

Más adelante y partiendo de la base de que "no es humanamente comprensible decir que el empleado oficial profirió resolución contraria a la ley porque sí, a menos que se tratara de un desequilibrado mental", critica al Tribunal por no haber tenido en cuenta que el acusado "no tuvo ningún interés económico" en las decisiones tildadas de prevaricadoras.

Niega que su asistido hubiera querido favorecer al teniente *Rodríguez,* "por cuanto de ser así, desde un comienzo le hubiese otorgado la libertad después de la injurada, lo cual pretendía el defensor. Al contrario, el funcionario negó esta posibilidad al no reunirse los requisitos para esa alternativa procesal".

Después de afirmar que por el hecho de que el Tribunal hubiera revocado las decisiones del acusado no puede en manera alguna imputársele el delito de prevaricato, porque, "a cual funcionario no le han revocado una decisión a lo largo de su trayectoria", y de destacar que "a mi patrocinado no se le logró demostrar siquiera sumariamente que hubiese procedido con intereses mal intencionados", termina su alegación pidiendo que "se revoque integralmente la sentencia condenatoria emitida contra mi patrocinado. Para que en su lugar sea absuelto".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como se ve por lo expuesto, nada concluyente y serio plantea la impugnante, quien, además, deja de lado las ya dichas consideraciones que hizo el Tribunal cuando revocó el auto que se abstuvo de proferir medida de aseguramiento contra el sindicado Henry Hernán *Rodríguez Agudelo* y, luego, el calificatorio mediante el cual se reabrió la investigación a su respecto.

Es en cambio patente que la realidad del proceso por homicidio adelantado contra dicho policial, descartó siempre la legítima defensa argüida, pudiéndose predicar, por el contrario, que, como lo dijo la señora madre del occiso, éste fue baleado a "mansalva".

Los testigos presenciales Ramiro Gutiérrez Vera y Luis Alfredo Sepúlveda (fls. 53 y 58 anexo 2), coinciden en declarar que vieron al sindicado disparar sin que hubiera mediado ataque alguno por parte de la víctima.

Ahora bien: para mayor abundamiento repítase lo que consideró el Tribunal cuando revocó la reapertura de investigación y, en su lugar, acusó a *Rodríguez Agudelo* (fl. 20 anexo 5).

"Es Jorge Rey Mora el testigo que dilucida la cuestión en forma más clara al sostener que él se encontraba tomando tinto en Acacías, en espera de un camión que debía viajar a Puerto Concordia a transportar un viaje de madera, cuando 'de pronto llegó un señor en un carro automóvil, color azul y se bajó con un arma en la mano, él estaba sin camisa y como con una sudadera, como azul, porque estaba de noche todavía, eran las cuatro de la mañana aproximadamente y se sacó y le pegó un tiro a un señor, que el señor el que recibió el tiro estaba con otro señor ahí, cuando se voltió el que recibió el tiro y el otro señor le siguió disparando, hizo varios tiros, yo me di cuenta que en la cintura tenía un proveedor debe ser y luego se subió al carro y comenzó a decir, y dijo estas palabras y que revire cualquier hijodeputa...' (fl. 156, cuaderno original No. 2).

Ratificando lo anterior, el Tribunal en la sentencia impugnada estimó que "las decisiones judiciales no ceñidas a la realidad del proceso hacían presagiar desde un comienzo que el Juez Zúñiga Pavia favoreció profusamente al allí implicado, convirtiéndose más que en un funcionario al margen de las resultas del proceso, en acérrimo defensor de la causa de *Rodríguez Agudelo*, contrariando el derecho, el interés de la justicia, y la parte civil, quien siempre reclamó una posición judicial imparcial, toda vez que la actitud del acusado de afirmar hechos diversos a los verdaderamente existentes en el expediente, imponiendo un criterio carente de respaldo procesal, no podía significar cosa distinta que el querer malintencionado de apartarse de las prescripciones legales pertinentes, desconociendo caprichosamente los límites fijados por la legislación, cuando, como en este caso, para el sustento de sus determinaciones se inspiró en la existencia de la causal justificante del hecho de la legítima defensa, con conciencia de que su evocación no es compatible, según lo ha dicho la Doctrina y la Jurisprudencia, con cualquier matiz de duda que la empañe, y si se invoca, debe resultar de las pruebas

con nitidez, transparente, sin sombra que le impida brillar, y es evidente que en el procesamiento conocido por el Juez Dr. *Zúñiga Pavia* no solo las dudas rondaban el dicho del allí sindicado, sino que además las pruebas de cargo eran contundentes en el señalamiento de la inexistencia de la causal excluyente de antijuridicidad atisbada" (fls. 209 y 210).

Y luego señaló: "Pero lo que causa mayor perplejidad es cuando el funcionario citado, consciente y con conocimiento cierto del giro total en la valoración de las pruebas expuesto en la segunda instancia, que ya no tenía razón de ser mantener un criterio cuyos argumentos no tenían ningún apoyo en el proceso, trascendiendo los límites de la sana interpretación, lo que no es equivalente a una disparidad conceptual predicable respecto de las decisiones controvertidas, en torticero acomodamiento de las pruebas se hizo persistente en la guarda de los intereses del sindicado, conducta que constituye una clara violación a la facultad legal de analizar la prueba *con el único fin de imponer su capricho en evidente rebeldía con los textos legales*" (Destacado fuera de texto, fl. 211).

Ninguno de esos argumentos fue rebatido por la apelante, quien se circunscribe a hacer apreciaciones sumamente vagas y subjetivas, las cuales distan mucho de confrontar las consideraciones que tuvo el *a quo* para arribar a la condena de su defendido.

Agréguese, también, que al doctor *Zúñiga Pavia* no se le dedujeron los cargos por prevaricato a consecuencia de la revocación de sus providencias (recuérdese al respecto que los hechos fueron denunciados por la madre del occiso *José Estrada Villamil*), como parece creerlo su defensora, pues obvio resulta que una disparidad de criterios entre juzgadores no permite, por sí sola, inferir que uno de ellos haya incurrido en prevaricación.

Lo que sucedio en este proceso fue lo contrario, esto es, que las ya referidas determinaciones se revocaron porque eran abiertamente contrarias a la realidad procesal, y, por lo mismo, contrarias a la ley.

Dígase, además, que asiste la razón a la defensora cuando sostiene que nadie delinque sin un motivo, y que éste no pudo ser detectado en la actuación oficial que se censura al acusado. Pero de esta premisa, que es cierta, de ninguna manera puede darse por establecida la inocencia del procesado, ni ella tampoco es óbice para la confirmación de la condena impugnada, pues, para la estructuración del prevaricato la ley no exige ningún elemento o ingrediente subjetivo especial; basta con que el autor de la conducta prevaricadora la hubiera realizado con dolo, así la investigación no haya permitido establecer cuál fue el motivo más allá de querer transgredir la normatividad que lo impulsó a delinquir.

Significa lo anterior que el fallo impugnado se confirmará, pues no queda duda alguna de que tanto la providencia por medio de la cual el ex juez se abstuvo de decretar medida de aseguramiento (detención preventiva) al definir la situación jurídica del Teniente *Rodríguez*, como aquella en la que lo sobreseyó temporalmente, son manifiestamente contrarias a la ley y fueron proferidas consciente y voluntariamente por el acusado.

La defensora critica la dosificación de la pena, porque "se prescindio de tener en cuenta el mínimo a imponer a un sujeto que no tiene antecedentes penales que hubiera sido de un (1) año, vale decir, conforme a los lineamientos específicos del artículo 61 del C.P. amén, que se decretó una inadecuada interdicción de derechos y funciones públicas".

Sobre este particular aspecto, vale la pena recordar que fueron dos los delitos de prevaricato por acción que se le imputaron al procesado en la resolución de acusación, tal como textualmente lo consignó el Tribunal:

"Ese comportamiento engendra decisión contraria a la ley, constitutiva del delito de prevaricato, se repite, porque no podía desconocer el juez que estaba siendo injusto con la parte agraviada por el obrar del Teniente *Rodríguez*, dado que la simple lectura desprevenida de los autos, para las dos oportunidades en las que tomó las aludidas decisiones, le indicaban que la legítima defensa esgrimida no resultaba clara" las decisiones aludidas las concretó a continuación el Tribunal, cuando expresó que "no solamente se daban los requisitos legales para que se hubiera proferido medida de aseguramiento al procesado *Henry Rodríguez*, sino para dictarle resolución de acusación" (fl. 144).

Aclarado lo anterior, obvio resulta que no era posible imponer al justiciable el mínimo de pena previsto por el artículo 149 del C.P., pues en tratándose de un concurso homogéneo de delitos, y así lo destacó el Tribunal en la sentencia, la punibilidad está reglada por el artículo 26 *ibidem*, en virtud del cual el acusado quedará "sometido a la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto".

No obstante lo anterior, considera la Corte que el *a quo* sí incurrió en un yerro al condenar al procesado por un prevaricato que no se le dedujo en la resolución de acusación. En efecto, al tasar la pena se expresó que también se había incurrido en prevaricato "al despachar petición de la parte civil", a pesar de que esta determinación, si bien fue mencionada en el auto calificatorio, finalmente no fue tenida en cuenta.

Se corregirá este error y para ello se rebajará la pena impuesta, la cual en definitiva quedará tasada en veinte (20) meses, tanto para la prisión como para la interdicción de derechos y funciones públicas que en este

caso es pena principal; lo anterior en observancia de los criterios tenidos en cuenta para la individualización punitiva que, como lo sostuvo el Tribunal y anteriormente fuere destacado, impiden partir del mínimo previsto para el hecho juzgado a través de la fórmula del concurso.

No puede la Sala, finalmente, dejar de destacar el contraste que se evidencia entre las consideraciones del Tribunal sobre la gravedad del hecho, su reiteración, la posición del autor al realizarlo, a propósito de lo cual rememora una de las jurisprudencias de esta Corte, con la decisión de otorgar el subrogado de la suspensión condicionada de la ejecución de la pena privativa de la libertad, aunque obviamente ninguna enmienda en esta sede y en relación con ese aspecto pueda introducirse al fallo recurrido.

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

RESUELVE:

Confirmar la sentencia impugnada, modificándola en el sentido de reducir a veinte (20) meses las penas privativa de la libertad y de interdicción de derechos y funciones públicas impuestas al procesado doctor *Germán Eduardo Zúñiga Pavia.*

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

EXTRADICION / *NON BIS IN IDEM*

Por lo que al principio de la doble incriminación se refiere, deben distinguirse las infracciones incluidas en los Convenios Internacionales de las que quedan cobijadas exclusivamente por el trámite del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Corte Suprema de Justicia. – Sala de Casación Penal. – Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 100

Proceso No. 10423

En observancia de lo previsto en el artículo 557 del C. de P. P., cumplido el rito correspondiente, procede la Corte a conceptuar respecto de la solicitud de extradición del ciudadano *Antonio Martínez Fontaneda* formulada por el Gobierno Español.

ANTECEDENTES

1o. Mediante nota verbal número 93 del 29 de marzo de 1995, adicionada por nota de la misma índole numero 131 del 11 de mayo de este mismo año, el gobierno español solicita la extradición de su súbdito *Antonio Martínez Fontaneda,* nacido en Barruelo de Santullán (Palencia), contra quien pesa sentencia condenatoria por dos hechos punibles y se adelantan diligencias previas por uno más, así:

I. "Contra el reclamado se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de Pamplona de fecha 4.5.93, siendo casada el 20.5.94 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuya 2a. sentencia dejó sin efecto los pronunciamientos referentes al arresto sustitutorio y al pago de costas, pero mantuvo los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida, es decir, los delitos contra la salud pública y relativos a la prostitución".

II. "Contra el reclamado se siguen Diligencias Previas 2097/92 en el Juzgado de Instrucción No. 3 de Pamplona por los delitos de falsedad en documento mercantil y estafa".

La conducta realizada por el solicitado en relación con los delitos contra la salud pública y relativos a la prostitución aparece descrita en la primera sentencia de casación (fl. 53 cd. anexo 1), que mantuvo en lo referente a estas imputaciones la de las instancias dictada el 4 de mayo de 1993 (fl. 12 cd. anexo 1) por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Pamplona en el proceso que contra él y otros tres individuos se adelantó, así:

"*Antonio Martínez Fontaneda* ...regentó al menos desde el comienzo del año 1992, hasta su detención producida el 10 de noviembre de 1992 un establecimiento abierto al público denominado "Club las Damas" ubicado en los bajos del inmueble número 23 de la C/ Miguel Astrain de Pamplona, y que fue clausurado provisionalmente conforme a lo dispuesto en Auto del 16 de noviembre de 1992. En el referido local, además de las instalaciones propias de un negocio de hostelería en el que se expenden bebidas de toda clase para su consumo en el interior del recinto; existían tres habitaciones que constaba cada una de ellas...

"1. Para el desenvolvimiento de la actividad abierta al público que se verificaba en el local, *Antonio Martínez Fontaneda,* dispuso que en el mismo estuvieran varias mujeres no vinculadas al negocio mediante contrato laboral para que 'alternaran' junto con los clientes. Por razón de las consumiciones de bebidas que verificaban en local los clientes, junto a las referidas mujeres, ingresaba en la caja del establecimiento una cantidad que variaba en función del tipo de bebida que se consumía por el cliente y la mujer, así como de la zona del establecimiento -barra, fuera de barra y habitaciones-, donde se realizaba la consumición, quedando otra parte en beneficio de la mujer que verificaba la consumición junto al cliente.

"Igualmente *Antonio Martínez Fontaneda,* permitía que las mujeres referidas verificaran con los clientes del establecimiento, el acto sexual mediante precio en las tres habitaciones reseñadas que se hallaban en el local. El precio por la verificación del acto carnal, se distribuía a razón de un 75% que quedaba en poder de la mujer y un 25% que quedaba en la caja del local.

"..."

"2. En diversas ocasiones, *Antonio Martínez Fontaneda,* vendio o entregó gratuitamente pequeñas cantidades de cocaína -sustancia que causa grave daño a la salud- a terceras personas, así concretamente a Rosa Pérez Raluy,

quien hasta el mes de agosto de 1992, desempeñaba la actividad de alterna y en la forma indicada verificaba el acto sexual mediante precio en el 'Club Las Damas' ".

El fallo de las instancias, confirmado, como se advirtió, respecto de las imputaciones de que se habla, en el de casación, concluye respecto del solicitado en extradición de la siguiente manera:

"...

"*Fallo:*

Debemos condenar y condenamos:

2) A *Antonio Martínez Fontaneda,* como autor responsable de: A) Un delito de *tráfico de sustancias estupefacientes* previsto y penado en el art. 344 del Código Penal, sin que concurran circunstancias modificativas de responsabilidad, a la pena de *cinco años de prisión menor y multa de...* B) *Un delito relativo a la prostitución, previsto y penado en el art. 452 bis a 1o. del Código Penal, a la pena de* dos años y seis meses y multa ... (fl. 50 cd. anexo 1).

2o. En lo concerniente al delito de tráfico de estupefacientes por el cual se condenó en España al solicitado, el Ministerio Relaciones Exteriores al remitirle el informativo al Ministerio de Justicia y del Derecho advirtió que "De acuerdo con lo establecido en el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal ... los tratados aplicables a este asunto son: la *"Convención de extradición de reos"* suscrita en Bogotá el 23 de julio de 1892, y la *"Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas"*, firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988" (fl. 1 bis cd. anexo 1).

Estos instrumentos internacionales fueron ratificados por Colombia "previa aprobación mediante las Leyes 35 de 1892, y 67 de 1993 respectivamente".

Respecto al delito relativo a la prostitución, el mismo Ministerio informó a instancia de la Corte, que Colombia no es parte del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena suscrito el 21 de marzo de 1950, pero que España sí lo es por haber depositado el instrumento de adhesión en la Secretaría General de las Naciones Unidas (fl. 22 cd. C.).

Recibido por la Sala Penal de esta Corporación el asunto, en la tramitación de lo de su cargo el señor defensor y el Ministerio Público se abstuvieron de alegar, limitándose aquél a allegar el texto oficial de la mencionada Ley 67 de 1993 (fl. 10 cd. C.)

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Para conceder la extradición en eventos como el del presente caso debe acudirse, en primer término, al Convenio internacional vigente que regula la materia entre los dos Estados que para el efecto es "La Convención de Extradición de Reos" suscrita el 23 de julio de 1892 complementada con "La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas" de diciembre 20 de 1988, incorporadas al derecho interno por las Leyes 35 de 1892 y 67 de 1993 respectivamente.

Por la primera de las mencionadas Convenciones los Gobiernos de Colombia y España se "comprometen a entregarse recíprocamente *los individuos condenados o acusados* por los Tribunales o autoridades competentes de uno de los dos Estados contratantes, *como autores o cómplices de los delitos o crímenes enumerados en el artículo 3°*, y que se hubieren refugiado en el territorio del otro". (Destacado fuera de texto), con las salvedades referidas en los artículos 4° y 5°.

Y aun cuando ninguno de los dos delitos iniciales por los cuales se solicita la extradición en el presente caso está referido expresamente en el artículo tercero mencionado, el relacionado con estupefacientes lo incluye el artículo tercero numeral 1, literal a) de la Segunda de las Convenciones referidas al hablar de "distribución", "venta" y "entrega en cualesquiera condiciones" de estupefacientes o sustancias sicotrópicas sin límite de cantidad o calidad; de donde ha de concluirse necesariamente que esta infracción penal es una de las susceptibles de extradición, en los perentorios términos del artículo 6°, numerales 1 y 2 de tal Convención que dicen, en su orden: 1. "El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por las partes de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 3°", y 2° "cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las partes...".

En segundo lugar, en cuanto hace referencia a los delitos de falsedad continuada en documento mercantil y estafa continuada, mencionados en la adición a la solicitud de extradición anterior, al no estar enlistado el último en el artículo tercero de la Convención de 1892, al igual que el relacionado con la prostitución a cuyo Convenio Internacional no ha adherido Colombia, ha de indicarse que su trámite debe hacerse de conformidad con el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, especialmente en cuanto a las exigencias relacionadas con el *quantum* punitivo y a la resolución acusatoria o su equivalente.

2. Hechas las precisiones anteriores, debe la Corte, de conformidad con el artículo 558 del C. de P.P., fundamentar su concepto en "la validez formal de la documentación presentada, en la demostración plena de la identidad del solicitado, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos".

Ninguna objeción puede hacer la Corte a la validez formal de la documentación allegada, pues se encuentra expedida y autenticada por la autoridad competente; en cuanto a la plena identidad del sujeto solicitado, tampoco existe duda alguna, pues los datos que permiten dicha identidad suministrados en la sentencia corresponden a los que el sujeto capturado como tal posee, amén de que ningún cuestionamiento sobre este particular ha formulado él o su defensor en este trámite.

Por lo que al principio de la doble incriminación se refiere, deben distinguirse las infracciones incluidas en los Convenios Internacionales de las que quedan cobijadas exclusivamente por el trámite del Código de Procedimiento Penal Colombiano. En efecto, en cuanto las primeras, relacionadas con el tráfico de estupefacientes y la falsedad continuada en los registros mercantiles ha de decirse que ninguna objeción puede hacerse, ya que ambas están incluidas en los tratados internacionales que rigen la materia: la primera, tal como se puntualizó inicialmente y la segunda, porque lo está en el numeral 8° del artículo 3° de la Convención de Extradición de Reos.

Con relación a los restantes delitos, la estafa continuada y el de prostitución, cuyo trámite se rige por el Código de Procedimiento Colombiano según se dijo, ninguno de ellos cumple el presente requisito, pues si bien nuestra legislación punitiva reprime dichos comportamientos los sanciona con penas mínimas inferiores a los cuatro años que exige la ley patria al respecto.

Finalmente, respecto de la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, no hay reparo alguno que pueda hacer la Corte en lo que atañe a los delitos de tráfico de estupefacientes y al de falsedad continuada en registros mercantiles, pues la copia del fallo condenatorio respecto al Primero ha sido adjuntada con la solicitud pertinente, en satisfacción de lo exigido en el artículo 8° del Convenio primeramente mencionado; y en cuanto al segundo, la falsedad, no obstante estar la actuación en diligencias previas, tampoco hay reparo alguno que formular porque contra el ciudadano español requerido en extradición se ha proferido "mandamiento de prisión", en satisfacción de la exigencia 2 del artículo 8° de la Convención mencionada.

Respecto a los restantes delitos, tenemos: la estafa continuada no se cumple la exigencia en comento, puesto que habiéndose proferido sólo mandamiento de prisión por dicha infracción en diligencias preliminares tal proveído no tiene la equivalencia a la resolución acusatoria – auto con el cual se inicia la causa – que exige nuestro estatuto procesal vigente y bajo el cual se rige el trámite del incidente en cuanto a esta infracción se refiere; en relación al delito de prostitución, respecto del cual se ha proferido sentencia condenatoria, nada tiene que objetar la Corte en este particular aspecto toda vez que la copia respectiva del fallo ha sido allegada con la solicitud pertinente.

Así las cosas, se impone conceptuar *favorablemente* a la extradición solicitada únicamente respecto de los delitos de tráfico de estupefacientes a que se refiere la nota verbal 93, por el cual se condenó al ciudadano español *Antonio Martínez Fontaneda* a cinco años de prisión menor, y por el de falsedad continuada en registro mercantil referido en la nota verbal 131 de 1995 con la que se adicionó la anterior del mismo año, respecto del cual se profirió "mandamiento de prisión"; y *desfavorablemente* a la misma solicitud, respecto de los delitos de estafa continuada y el relacionado con la prostitución.

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

CONCEPTÚA

1. *Favorablemente* a la extradición del ciudadano español *Antonio Martínez Fontaneda* sólo en cuanto se refiere a los delitos relacionados el uno con el tráfico de estupefacientes, por el cual la justicia española lo condenó a cinco años de prisión menor, y al de falsedad continuada, por el cual dicha justicia lo procesa y le ha proferido auto de prisión.

2. *Desfavorablemente* a la extradición del mismo ciudadano, solicitada por los delitos de estafa continuada, por el cual se le procesa en diligencias preliminares, y el relacionado con la prostitución, por el cual la justicia española lo condenó a dos años y seis meses, según copia auténtica de la sentencia correspondiente.

3. En firme, devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia para lo de su cargo, y comuníquese con copia del concepto al Fiscal General de la Nación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar (No firmo), Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA / DEBIDO PROCESO / NULIDAD

Cuando los reparos del casacionista denuncian vicios de actividad del juez que pueden constituir irregularidades sustanciales no allanables por atentar gravemente contra derechos fundamentales como los de defensa y debido proceso, tales como la no práctica de las pruebas necesarias para adoptar la decisión cuestionada obviamente, se está desconociendo la legalidad del proceso y reclamando su reposición desde una etapa muy anterior a la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. – Sala de Casación Penal. – Santafé de Bogotá, D.C., julio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 97 julio 13/95

Proceso No. 10514

Se decidirá lo que en derecho corresponde en relación con la demanda presentada por la defensa del procesado *Diógenes Sosa Pedraza* contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 226 del C. de P. P. examina la Corte.

ANTECEDENTES

1. El 12 de septiembre de 1993, en la transversal 12 bis con calle 48 sur de esta ciudad capital resultó muerto a causa de las varias heridas con arma cortopunzante que recibió en su cuerpo el ciudadano Víctor Hugo Suárez Ayala, de lo cual se sindicó a *Diógenes Sosa Pedraza*, quien el 11 de febrero de 1994 fue acusado por la Fiscalía (cd. Fisc.) de homicidio agravado y por el mismo hecho punible condenado en ambas instancias (fl. 439 cd. ppl. 1 y cd. Tr.).

2. Al notificarse de la sentencia del Tribunal el procesado interpuso el recurso de casación, que concedido, su defensor sustenta con el escrito de demanda cuyo aspecto formal, como requisito de viabilidad de la impugnación revisa la Corte.

LA DEMANDA Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Pretende el censor que la Corte case la sentencia de segundo grado porque, según sostiene en un común discurso en el que no separa las censuras, es violatoria de la ley sustancial y se emitió en juicio viciado de nulidad.

A este respecto basta recordar, para dejar al descubierto el desconocimiento en el escrito, de claras y mínimas exigencias de índole formal de insoslayable observancia, que se justifican a plenitud en la medida en que la demanda de casación es un juicio en derecho que se formula contra un fallo amparado por la doble presunción de acierto y de legalidad y que por consiguiente ha de exponerse con claridad y precisión para que el juez extraordinario conozca los errores que se endilgan al fallo impugnado.

Reza el artículo 225 del C. de P. P.:

"(...)

"4. Si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separado los fundamentos relativos a cada una.

"Es permitido formular cargos excluyentes. En estos casos, el recurrente debe plantearlos separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria".

2. Afirma así mismo, que hubo transgresión de las siguientes normas de procedimiento: 2, 7, 9, 246, 247 y 445 del C. de P. P. y 29 de la Carta Política, pero no menciona en qué consistió tal transgresión.

Lo Primero que se echa de ver es que ninguna norma de derecho sustancial se señala como transgredida, siendo esta omisión indicativa de la inobservancia de la exigencia formal del numeral 3o. del artículo 225 antecitado, de que se citen "las normas que el recurrente estime infringidas", de importancia en la exposición de la acusación al fallo porque explica de mejor manera los motivos de la inconformidad, imprime un adecuado orden al planteamiento de las ideas y establece la relación de causalidad entre la objeción y la pretensión.

3. Sin precisar si la aducida transgresión de la ley sustancial se generó directamente en la interpretación o aplicación de los tipos penales que sustentan el fallo o a través de la apreciación de la prueba, ofrece un panorama del contenido probatorio acorde con su particular visión de los hechos, a través del cual el profesional busca revivir el debate probatorio de las instancias.

Así, luego de reconocer la existencia de "reiterativa prueba de cargo" y criticar el origen de la misma, dice que "también es cierto que existen en el decurso del proceso contundentes y elocuentes pruebas y contra indicios que hacen irrumpir la duda", refiriéndose en concreto a la declaración de un testigo no presencial, el Oficial de la Policía Pedro Antonio Flórez, a quien la compañera del occiso, María Helena Trujillo, le habría suministrado la descripción del agresor con características distintas a las del acusado, con fundamento en la cual afirma que:

"...constituye otra verdad, y otra prueba de descargo de a puño, contundente, plena e integral, que si al menos aunada con el resto de la prueba relevante de responsabilidad de *Diógenes Sosa*, no permite en forma transparente reconocerle su inocencia, a través de la duda, sí facultaría a un juez experto a otorgársela, o mínimo decretar una nulidad, para que a través del regreso a la etapa instructiva, pueda mejorarse en razón del aumento del caudal probatorio el grado de certeza, seguridad y convicción a otorgarse al fallador, así no se hubiera liberado fácilmente de responsabilidad al procesado, ..." (fl. 54 cd. C.).

Más adelante afirma que existen otras pruebas "que refuerzan la demostración de la inocencia" del procesado y "que no se tuvieron en cuenta", por lo cual considera se desconoció la presunción de inocencia y se incurrió en:

"irregularidades sustanciales que afectan este concreto debido proceso, como el hecho consecuencial de que se violó el derecho a la defensa...".

Considera que demuestra sus afirmaciones la actitud de no huida asumida por el procesado a raíz de los hechos materia del fallo y cree así mismo, que esta conducta constituía contra indicio que impedía lograr certeza para declarar la responsabilidad y condenar.

Seguidamente relaciona y explica hechos constitutivos, en su criterio de indicios favorables al acusado, tales como el de ausencia de móvil para delinquir, el de incapacidad para delinquir. Luego vuelve sobre el ya mencionado testimonio del oficial de la Policía y lo que a éste le habría dicho la compañera del occiso, para cuestionar y descalificar el testimonio rendido en el proceso por ésta y al cual opone con pretensión de prevalencia sus iniciales comentarios al aludido policial; de esta manera pretende el casacionista también desvirtuar toda la demá prueba testifical de cargo, dándose a la tarea de examinarla conforme a su propio criterio y contrastarla con los testimonios de descargo, para extraer la duda suficiente para absolver, en la cual insiste reiterativamente.

Por último, después de afirmar que en el proceso "dejó de practicarse acuciosamente" la prueba tendiente a eliminar el estado de duda, manifiesta:

"Capítulo V. Demostración de los cargos y de las causales invocadas...

"La sentencia ..., por las inconsistencias probadas, es violatoria de las disposiciones primera, segunda, sexta, séptima novena, décima, trece, catorce, 246, 247 y 445 del C. P. P., como del artículo 29 de la Constitución Nacional, porque resolvió la duda en contra del procesado, ...razón por la cual debe casarse el fallo impugnado, por haber sido dictado en un juicio violatorio de esas normas de derecho sustancial, y de la Constitución Nacional, además de no haberse agotado los medios procedimentales y jurídicos que la ley colombiana pone a disposición del investigador para decidir en justicia...".

El efecto de la prohibida mixtura de las causales 1a. y 3a. de casación se deja sentir con toda su trascendencia en el contenido de la demanda que acaba de reseñarse y transcribirse en sus partes medulares.

El solo hecho de afirmarse la violación de normas de derecho sustancial sin precisar los errores que pudieron llevar a esa transgresión, aunque es una inconsistencia que hace incompleta la censura, orientada ésta a procurar el reconocimiento de la duda como razón absolutoria bajo el supuesto de que existió error en la apreciación de la prueba -que es lo que del contenido de la demanda puede colegirse- implica el reconocimiento de la validez del proceso, en cuanto esta clase de objeción enjuicia los vicios de interpretación jurídica en que puede incurrir el fallador.

Pero cuando los reparos del casacionista denuncian vicios de actividad del juez que pueden constituir irregularidades sustanciales no allanables por atentar gravemente contra derechos fundamentales como los de defensa y debido proceso, tales como la no práctica de las pruebas necesarias para adoptar la decisión cuestionada –que en el caso concreto pregona el actor–, obviamente se está desconociendo la legalidad del proceso y reclamando su reposición desde una etapa muy anterior a la sentencia.

Estas las razones para que sea absolutamente imposible desde el punto de vista de la lógica del formalismo de la demanda, la proposición conjunta y entremezclada de las causales de casación de que se habla, y para que la misma ley de expresa manera lo prohíba.

En definitiva, el contexto del escrito analizado hace inviable la impugnación y comporta su rechazo junto con la declaratoria de deserción del recurso, como así se declarará.

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

RESUELVE:

Rechazar in limine la demanda de casación presentada a nombre de *Diógenes Sosa Pedraza* en este proceso en que se le condena por el homicidio de Víctor Hugo Suárez Ayala. En consecuencia, declárase desierto el recurso. En firme, *devuélvase* el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL / FRANQUICIA PREPARATORIA

Los beneficios administrativos de permiso hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria a que se refieren los artículos 147, 148 y 149 del Código Penitenciario y Carcelario, operan únicamente en relación con condenados, es decir, cuando la sentencia haya quedado ejecutoriada.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 101

Proceso No. 10015

VISTOS

El procesado Eloy Antonio Pereira Orozco, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Cartagena, Bolívar, solicita le sea reconocida la redención de pena que le pueda corresponder de conformidad con lo previsto en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual acompañó certificados de trabajo y estudio, esto con el propósito de solicitar ante el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario el permiso administrativo de 72 horas establecido en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como reiteradamente lo ha puntualizado esta Sala, la Corte sólo puede atender peticiones relativas a la redención de pena cuando deba pronunciarse sobre el beneficio de libertad provisional preceptuado en el artículo 55.2 de la Ley 81 de 1993, para acreditar el requisito cuantitativo de la sanción a que se refiere el artículo 72 del Código Penal o para el cumplimiento total de la pena impuesta, situaciones que no se dan en el presente caso, razón por la cual se abstendrá de considerarla.

No sobra añadir que los beneficios administrativos de permiso hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria a que se refieren los artículos 147, 148 y 149 del Código Penitenciario y Carcelario, operan únicamente en relación con condenados, es decir, cuando la sentencia haya quedado ejecutoriada, situación que no es la del procesado *Pereira Orozco*, quien a través de su defensor recurrió en casación el fallo dictado en su contra.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se abstiene* de reconocer la redención de pena que por trabajo y estudio reclama el procesado *Eloy Antonio Pereira Orozco.*

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / IMPUTABILIDAD / NULIDAD

1. Cuando en la resolución acusatoria se dice que "debe" concurrir la agravante, se está indudablemente afirmando de forma categórica la existencia de la misma. En otros términos, al señalarse que "debe" considerarse tal o cual cosa, se está implícitamente diciendo que ésa y no otra es la manera de proceder de acuerdo con la realidad procesal y con la ley.

2. Hoy día el proceso de juzgamiento es igual para los imputables y para los inimputables, y la diferencia viene a aparecer solamente en el momento de dictar el fallo y de imponer la sanción, como que a los primeros corresponde pena y a los segundos medidas de seguridad.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal. – Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 101

Proceso No. 9189

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 30 de septiembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al procesado *Sixto Quimbayo*, a la pena principal de 20 años de prisión, por el delito de homicidio.

ANTECEDENTES

1. Los hechos objeto del proceso fueron narrados en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

"El discurrir fáctico del episodio criminal que ocupa al despacho en esta ocasión procesal, conforme lo evidencia el acervo probatorio, sucedio el 6 de abril de 1992, en la vereda 'La Coqueta', parte alta del barrio 'La Pola', de la ciudad de Ibagué.

"Catorce años atrás a la fecha indicada y cuando Luz Marina Rodríguez Lugo -la víctima- contaba tres años de edad, su progenitora Ofelia Lugo, formalizó unión concubinaria con Sixto Quimbayo -el acusado-, quien asumió la condición de padrastro de la entonces infante, y, junto con la madre, le suministraba lo necesario para su subsistencia. Ya adolescente, se suscitaron problemas entre ésta y su padrastro por extremados celos de éste, debido a que sostenía amistad con jóvenes del sexo opuesto y, además, salía con frecuencia a reunirse con sus compañeras del grado 11 que cursaban en el Colegio 'Leonidas Rubio' de la ciudad, con el fin de elaborar trabajos estudiantiles. Se conoció también del asedio sexual de que era objeto la joven por parte de su padrastro Sixto Quimbayo, comportamiento que alguna vez la motivó para abandonar el hogar e irse a vivir donde una amiga y con algunos parientes, en el mes de septiembre de 1991 y sólo regresó a comienzos de 1992, atendiendo el llamado de su madre, porque el padrastro Sixto Quimbayo amenazó con no costearle estudio si no retornaba al hogar.

"Aunque los problemas continuaron, la joven soportaba pacientemente con el ánimo de concluir estudios de bachillerato e irse para Santafé de Bogotá a reunirse con su hermano Aldemar, quien le había prometido costearle un curso de enfermería.

"El 6 de abril de 1992 la familia, desde las cinco de la mañana inició sus acostumbradas tareas: Sixto preparó una bebida caliente, se bañó y se marchó a traer el alimento para los cerdos; Ofelia se fue a trabajar en su restaurante ubicado en la plaza de la 28, y Luz Marina acudio a clases en el plantel donde cursaba estudios. Durante las horas matinales Sixto Quimbayo, acompañado de su hijo Luis Alberto Quimbayo Lugo, fruto de la unión con Ofelia, realizó varias diligencias en el centro de la ciudad y en la casa se dedicó a labores relacionadas con la cría de porcinos, preparó el almuerzo y envió al menor para el colegio, a las 12:20 minutos del día, cuando aún no había regresado Luz Marina, quien lo hizo aproximadamente a la 1:30 de la tarde, porque fue escuchada por los vecinos preguntando por su ropa. Fue hallada muerta aproximadamente a las 2:30 o 3 de la tarde, siendo su padrastro Sixto Quimbayo el que dio la voz de alarma, respecto al cual desde un comienzo surgieron indicios que comprometieron su responsabilidad en el atroz crimen" (fls. 275 y 276).

Entre otras heridas, la víctima presentaba una en la región posterior del cuello de aproximadamente 20 centímetros de longitud y amputación total del miembro inferior derecho a nivel del tercio superior del muslo, producidas, al parecer, por objeto muy cortante y a la vez contundente (fls. 7 y ss.).

2. El Juzgado Treinta de Instrucción Criminal abrió investigación e indagó al imputado Sixto Quimbayo (fls. 25 y ss.-1), quien negó rotundamente tener algo que ver con dicho homicidio, no obstante lo cual en su contra se dictó auto de detención (fls. 32 y ss.-1). Se recibieron algunas declaraciones y la Fiscalía Seccional, Unidad de Vida, cerró la investigación y la calificó con resolución acusatoria por el delito de homicidio agravado, de conformidad con los artículos 323 y 324, numerales 6° y 7° del Código Penal, ya que se consideró que concurrían la sevicia y la indefensión de la víctima (fls. 66 y ss.-2).

El Juzgado Décimo Penal del Circuito de Ibagué practicó otras pruebas, celebró audiencia pública (fls. 250 y ss.) y, en armonía con la acusación (salvo en cuanto a la sevicia, que la desechó como agravante), dictó sentencia el 28 de mayo de 1993 (fls. 275 y ss.), mediante la cual condenó al procesado a 20 años de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, a la suspensión de la patria potestad y al pago de los perjuicios.

Apelado el fallo por el procesado, el tribunal lo confirmó integralmente, por medio del que es objeto del recurso de casación (fls. 291 y ss.-3).

LA DEMANDA, CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA Y CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cargo Primero

1. Con base en la causal segunda de casación (art. 220 del C. de P.P.), el actor sostiene que la sentencia no está en consonancia con la acusación, ya que en ésta no se atribuyó la agravante por indefensión prevista en el artículo 324 del Código Penal.

Alega que en el pliego de cargos se dijo que "debe concurrir" esa agravante, expresión "que indica futuro" y que conduce a la perplejidad, es decir que "podría ser pero no fue" (fls. 78-3), "lo cual ratifica lo que vengo pregonando: que por los lados de la acusación se trató de un ilícito de homicidio simplemente y así lo entendio el encausado y tal situación, como ya quedó plasmada, no se desvirtuó por la señora Fiscal, en el acto público de juzgamiento y, muy al contrario, quedó en firme con absoluta fuerza legal al haber ella, ante el señor Juez, impetrado una condena por tal conducta delictiva sin mencionar agravante alguno." (fl. 80-3).

Pide entonces que se case el fallo y se dicte el correspondiente de reemplazo.

2. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice al respecto que "en la acusación se plasmó motivadamente la existencia y operancia de la causal de agravación que pretende desconocer el censor y, de otra, el *a quo* en el fallo de primera instancia impartió condena por el punible de

homicidio agravado al encontrar probado el aludido agravante" (fl. 22 cd. Corte). Señala, además, que "si bien el instructor en el auto calificatorio utilizó en la descripción del agravante con la expresión 'que debe concurrir" en lugar de la de 'concurre', la mencionada causal de agravación, esto por sí mismo no anula la existencia del agravante".

Transcribe la Delegada la parte de la resolución acusatoria que estima pertinente y anota que del relato de lo sucedido se desprende claramente la existencia de dicha agravante, que no fue considerada "de interés" en la audiencia pública, ya que a este respecto el defensor "se centró a tratar de demostrar la inocencia de su defendido frente a la imputación, lo que en sana lógica e implícitamente no requería la discusión de los agravantes. A los que si hizo mención expresa el representante del Ministerio Público en la audiencia" (fl .23).

Opina, así, que este cargo no debe prosperar.

3. A lo anterior debe la Sala agregar que, efectivamente, sí fue cargada al procesado la agravante en cuestión, tal como se desprende con claridad del siguiente párrafo del pliego acusatorio:

"También estima la Fiscalía que debe concurrir otra circunstancia agravante, que es la que está contenida en el numeral 7° del artículo 324, porque no puede ponerse en duda que el criminal aprovechó la situación de indefensión en que se encontraba la menor, quien por lo demás estaba totalmente desprevenida, puesto que regresaba a su casa sin imaginar que allí sería objeto de tal brutal agresión, tal circunstancia le daba al inculpado la seguridad de que no correría ningún riesgo y que su plan criminal estaría sobre seguro" (fl. 81-2).

En esas condiciones, la Fiscalía en la audiencia pública solicitó condena de acuerdo con la acusación (fl. 262), cosa que también hizo el Ministerio Público, con la precisión de que tal fallo debía proferirse "teniendo en cuenta los agravantes citados en la resolución de acusación" (fl. 267). De otro lado, el defensor del acusado se limitó a sostener la inocencia de éste en el delito materia de acusación (fls. 268 y ss.), para lo cual obviamente no se requería hacer mención a la agravante en un delito que jamás aceptó.

De otra parte, cuando en la resolución acusatoria se dice que "debe" concurrir la agravante, se está indudablemente afirmando de forma categórica la existencia de la misma. En otros términos, al señalarse que "debe" considerarse tal o cual cosa, se está implícitamente diciendo que ésa y no otra es la manera de proceder de acuerdo con la realidad procesal y con la ley.

Vistas así las cosas, es apenas lógico que el cargo no prospere, pues quedó sumamente claro que la sentencia impugnada se profirió –en cuanto a la agravante en mención– en consonancia con la resolución acusatoria.

Cargo segundo

1. A tenor del artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal invoca el actor la nulidad del proceso y señala al respecto:

"No obstante haber comprobado con la ayuda de tratadistas insignes que el señor encausado obró en una especie de locura breve, en estado de grave anomalía psíquica transitoria que le restó totalmente la capacidad de comprender su ilícito, en vez de haberlo sancionado como persona inimputable lo hizo como imputable, lo cual entraña una irregularidad sustancial que afectó a no dudarlo el proceso contra el señor Quimbayo.

"Con mayor razón la veracidad de estas afirmaciones si se tiene en cuenta que él mismo ordenó una prueba de tipo médico-psiquiátrico en donde se había concluido que para el día de los hechos se tuvo capacidad para comprender, conocer y determinarse" (fl. 84-3).

Dice el actor que, entonces, "el camino lo indica el artículo 33 del estatuto de las penas" y que procede la nulidad invocada.

2. La Delegada advierte al respecto que el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal faculta al Juez para apreciar el peritaje y que es deber de aquél no "pretermitir los datos de pruebas veraces y creíbles" expuestos en los dictámenes (fl. 24), máxime que en el presente caso el sentenciador admitió la experticia que "por el contrario indica que el acusado obró en estado de imputabilidad" (fl. 25). Señala que, si bien el fallo impugnado analiza "la lucha interna que se suscitó en el acusado y que lo llevó a la resolución criminosa apoyado en criterios expuestos por entendidos en el tema (delito emocional), también es cierto que la sentencia concluyó que el incriminado actuó como sujeto imputable" (fl. 25).

Pide, pues, ante la improsperidad de este segundo reproche, no casar el fallo.

3. Dígase por la Sala, en primer término, que si el actor sostiene que el Tribunal admitió que el procesado obró "en una especie de locura breve, un estado de grave anomalía psíquica transitoria que le restó totalmente la capacidad de comprender su ilícito" (fl. 84-3), la causal a aducir no era la nulidad sino la violación directa de la ley (causal primera) por falta de aplicación de los artículos 31 y siguientes del Código Penal: hoy día el proceso de juzgamiento es igual para los imputables y para los inimputables, y la diferencia viene a aparecer solamente en el momento

de dictar el fallo y de imponer la sanción, como que a los primeros corresponde pena y a los segundos medida de seguridad. De ahí que, de resultar cierta la censura que se encara, la Corte debería casar el fallo y proferir el correspondiente de sustitución, cambiando la pena por medida de seguridad.

Pero ocurre que la afirmación del censor está alejada de la verdad, pues el sentenciador en parte alguna afirmó la inimputabilidad de Sixto Quimbayo ni dijo que éste al cometer el homicidio atravesara por "un estado de anomalía psíquica transitoria", como se dice en la demanda. Por el contrario, el fallador de primer grado, luego de realizar extensas consideraciones acerca del delito emocional, del amor y de los celos, referidas al caso concreto bajo examen (fl. 294-2), precisó: "Sixto Quimbayo quiso que Luz Marina Rodríguez luego fuera de nadie más que de él y por eso en un arranque de celos, dolor, odio y cólera, acabó para siempre con su existencia" (fl. 296).

Por su parte el Tribunal, cuando revisó dicha sentencia estimó "correcto el juicio penal y dogmático o de valor que emitió para responsabilizar al procesado del hecho, así como suficientes y claros los estimativos en que fijó las consecuencias penológicas de ese acto" (fls. 52 infra y 53-3).

Que el fallador de primer grado haya discurrido ampliamente sobre el estado emocional que atravesó Sixto Quimbayo, para llegar a casi descuartizar a su hijastra, de modo alguno significa que con ello estuviera reconociendo una situación de inimputabilidad. Es más: en ese análisis no usó término alguno que pudiera conducir a la confusión en que parece encontrarse el casacionista.

Pierde entonces todo fundamento fáctico el reproche que se ha examinado, el cual, por ende, se rechazará.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. *Cúmplase.*

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

APELACION

El hecho de que la providencia apelada haya sido proferida por el juez de segunda instancia del proceso, constituye motivo más que suficiente para afirmar la improcedencia del recurso de apelación, ante la consideración de que nuestro sistema procesal no admite, en ningún caso, una tercera instancia. Por lo demás el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal es bien claro al señalar que el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 101

Proceso No. 10652

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de hecho presentado por el procesado *Ramón Hely Quesada Ortiz* para que se conceda el de apelación interpuesto contra la providencia de 16 de mayo del presente año, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá le negó el beneficio de la libertad provisional.

ANTECEDENTES

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a donde llegó el proceso en apelación de la sentencia condenatoria, el procesado Ramón Hely Quesada Ortiz elevó petición de libertad provisional conforme a lo dispuesto en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, solicitud que fue negada por la Sala de Decisión mediante providencia de 16 de mayo siguiente.

El procesado recurrió en apelación esta decisión, pero el Tribunal, por auto de 1° de junio, se abstuvo de conceder la alzada por improcedente (fls. 74 y ss.).

Contra esta providencia, el impugnante interpuso recurso de hecho, mediante escrito en el cual sostiene que el pronunciamiento cuestionado es susceptible de todos los recursos ordinarios para ante el superior jerárquico del funcionario que la profirió, por cuanto ha de entenderse que se hizo en primera instancia. De no ser así, se estaría coartando "el derecho a la doble instancia" (fls. 77 y 78).

Dentro del término de traslado para la sustentación del recurso ante la Corte, el impugnante no presentó alegación alguna (fls. 82 y 83 cuaderno Corte).

SE CONSIDERA

No obstante que el recurso no fue sustentando ante esta Corporación, la Sala procederá a su estudio, pues es claro que el impugnante de alguna manera cumplió esta exigencia en su escrito de interposición. Para la Corte, no solamente es válida la sustentación que se hace ante el superior dentro del término de traslado previsto por el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, sino la que se cumple en el escrito de interposición del recurso, o entre ambos momentos procesales.

En el caso *sub judice*, ninguna razón le asiste al recurrente. El hecho de que la providencia apelada haya sido proferida por el Juez de segunda instancia del proceso, constituye motivo más que suficiente para afirmar la improcedencia del recurso de apelación, ante la consideración de que nuestro sistema procesal no admite, en ningún caso, una tercera instancia. Por lo demás, el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal es bien claro al señalar que el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia, condición esta última que no cumple la decisión impugnada.

Frente a un caso similar, dijo esta Sala en providencia de 11 de agosto de 1994:

"...la determinación cuya apelación interpuesta por el procesado fue rechazada por el Tribunal -la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria-, no era susceptible del recurso de apelación, porque la corporación en ese momento actuaba como Juez de segundo grado, vale decir, como susperior jerárquico del Juez del Circuito, y por consiguiente con su resolución se agotaba la segunda instancia.

"El error del recurrente..., reside en la creencia de que podía acudir, en revisión del acto denegado, a una tercera instancia, la cual sí evidentemente es ajeno a nuestro sistema procesal" (Mag. Pte. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Se ratificará, por consiguiente, la improcedencia del recurso de apelación interpuesto por el procesado.

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

RESUELVE

Declarar que estuvo bien denegado el recurso de apelación interpuesto por el procesado Ramón Hely Quesada Ortiz contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá de 16 de mayo de 1995.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD / CASACION OFICIOSA

1. Si por un lado se afirma que el proceso está viciado de nulidad, resulta absurdo pedir por el otro el cambio de tipicidad o la reducción de la pena; dicho de otra manera, demandar la disminución de la pena impuesta o el cambio de la tipicidad, implica reconocer de antemano la validez del proceso, circunstancia que lógicamente se opone a la pretensión de nulidad.

2. La Corte tiene el deber jurídico de declarar oficiosamente las nulidades que advierta cuando va a proferir fallo de casación, y que, en consecuencia, respecto de ese deber no rige el principio de limitación del recurso (art. 228 C.P.P.); pero ello no significa de ninguna manera que detrás de dicho deber jurídico del Tribunal de casación se esconda una excepción al presupuesto procesal de la demanda en forma (art. 225 C. P.P.), ya que es de riguroso cumplimiento el que legitima a la Corporación para desatar el recurso extraordinario, aun a pesar de la distensión paulatina que el paso del tiempo y de las legislaciones han ido generando respecto de su rigor técnico.

Corte Suprema de Justicia. – *Sala de Casación Penal.* – Santafé de Bogotá, veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 101 (19-07-95)

Proceso No. 10519

VISTOS

Procede la Sala a estudiar si la demanda de casación presentada a nombre de *Luis Danilo Guerrero Rodríguez* reúne o no las exigencias formales señaladas en el artículo 225 del C. de P. P.

ANTECEDENTES

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Funza, en sentencia de 8 de agosto de 1994, condenó en primera instancia al procesado *Luis Danilo Guerrero Rodríguez* a la pena principal de 45 años de prisión como autor

responsable del homicidio agravado de que fue víctima Carlos Efraín Santamaría Ruiz, en hechos acaecidos dentro de su jurisdicción el 8 de septiembre de 1993.

Dicha sentencia fue apelada por el procesado y su defensor, lo que motivó su revisión por parte del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Corporación que mediante fallo del 22 de noviembre de 1994, la confirmó reduciendo la pena principal a 40 años de prisión, ajustando la interdicción de derechos y funciones públicas al máximo legal y revocando las demás penas accesorias, al tiempo que reformó lo atinente a la indemnización de perjuicios, fijándola en 1.000 gramos oro por los materiales y 500 por los morales.

Contra el anterior fallo, el procesado y su defensor interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación, el cual les fue concedido por el Tribunal en proveído de 26 de enero del año en curso.

El defensor presentó la correspondiente demanda dentro del término de traslado y es por ello por lo que ahora le corresponde a la Corte decidir sobre la admisibilidad del recurso extraordinario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De entrada se advierte que la demanda en estudio no cumple los requisitos formales exigidos en el artículo 225 del C. de P. P., según pasa a explicarse.

En efecto, el libelista adujo como causales de casación las consagradas en los numerales primero y tercero del artículo 220 del C. de P. P., pero en lugar de expresar separadamente los fundamentos relativos a cada una de ellas, como era su deber, se limitó a comentar los hechos y algunos apartes de la actuación procesal criticando de paso y en forma conjunta la actividad instructiva, la adecuación típica y la dosificación punitiva realizadas.

No obstante, haciendo un esfuerzo interpretativo, puede colegirse del singular alegato la formulación tácita de dos cargos: el primero por nulidad, consistente en la supuesta falta de defensa adecuada del procesado durante la investigación, lo que en opinión del libelista permitió que únicamente se recaudaran pruebas incriminatorias, desconociéndose garantías fundamentales de su representado. Y el segundo, dada la manifestación inicial, debe entenderse formulado al amparo en la causal primera de casación, y se hace radicar en la presunta violación del artículo 323 del C.P., por haberse aplicado la Ley 40 de 1993 que hizo más drásticas las penas y por imputarle al procesado la agravante específica del homicidio prevista en el numeral 4o. del artículo 324 del estatuto punitivo, lo que en

criterio del impugnante condujo a que se le impusiera una pena excesivamente drástica, "...como si fuera una de esas personas que ha hecho males al país volando edificios, matando indiscriminadamente a los ciudadanos con bombas, etc."

Como se ve son múltiples los errores de técnica en que incurrió el demandante, a saber:

En primer lugar, el demandante omitió formular los cargos de manera clara y precisa y no expresó en capítulos separados los fundamentos de cada uno de ellos a pesar de que correspondían a causales de casación distintas, infringiendo así el art. 225-4 del C. de P. P.

En segundo término, el libelista planteó ambas censuras con carácter de principales sin advertir que sus respectivos y precarios fundamentos se excluyen entre sí; no indicó el actor que alguno de los dos cargos fuera subsidiario, a pesar de que los planteados se formularon como ataques principales y que éstos se excluyen entre sí, infringiendo lo dispuesto en el artículo 225-5 del C. de P.P., toda vez que si por un lado se afirma que el proceso está viciado de nulidad, resulta absurdo pedir por el otro el cambio de tipicidad o la reducción de la pena; dicho de otra manera, demandar la disminución de la pena impuesta o el cambio de la tipicidad, implica reconocer de antemano la validez del proceso, circunstancia que lógicamente se opone a la pretensión de nulidad.

En tercer lugar, olvidó el demandante señalar si la violación de la ley sustancial a que se refiere la segunda censura, se produjo por vía directa o indirecta y cuál el sentido y motivos de la transgresión, precisiones sin las cuales a la Corte le resultaría imposible adentrarse en el estudio sobre la legalidad del fallo acusado, pues en virtud del principio de limitación que rige para este recurso extraordinario, su competencia queda restringida al estudio de las cuestiones planteadas por el demandante.

Finalmente, ninguna de las dos censuras tuvo el necesario desarrollo quedándose en el campo meramente enunciativo, lo cual permite afirmar que, lejos de constituir una verdadera demanda de casación, el libelo examinado es un típico alegato de instancia que, además de no reunir las exigencias formales señaladas en el artículo 225 del C. de P. P., carece de toda capacidad demostrativa y, por lo mismo, no tiene ninguna posibilidad de éxito en sede de este recurso extraordinario.

Es evidente, y eso ahora nadie lo discute, que la Corte tiene el deber jurídico de declarar oficiosamente las nulidades que advierta cuando va a proferir fallo de casación y que, en consecuencia, respecto de ese deber no

rige el principio de limitación del recurso (art. 228 C. P. P.); pero ello no significa de ninguna manera que detrás de dicho deber jurídico del Tribunal de Casación se esconda una exepción al presupuesto procesal de la demanda en forma (art. 225 C. P. P.) ya que es su riguroso cumplimiento el que legitima a la Corporación para desatar el recurso extraordinario, aun a pesar de la distensión paulatina que el paso del tiempo y de las legislaciones han ido generando respecto de su rigor técnico.

Prueba palpable de lo anterior es el contenido del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal y en general la regulación que del tema de las nulidades consagra el C. P. P. en el respectivo capítulo. Aun en las instancias su petición debe hacerse cumpliendo un mínimo de requisitos de forma como la invocación de la causal y las razones en que se funda, pues el legislador busca, todos los días con mayor ahínco, impedir que ellas sean el producto del simple culto a la forma, (con independencia de la producción de daño concreto a derecho fundamental a la regla esencial de procedimiento cuya tipificación tutela), o el instrumento para dilatar el trámite bajo el pretexto de proteger la incolumidad del orden jurídico.

En idéntico sentido encuentran fundamento las disposiciones que disciplinan las oportunidades para alegar la invalidez y las máximas rectoras que orientan su declaratoria y convalidación (arts. 306 y 308).

De modo que tampoco por estarse alegando en casación una nulidad, o por ser su declaratoria oficiosa un deber de la Sala, la ley exime al casacionista de la carga de presentar su demanda con arreglo a la técnica en que todavía persiste la ley.

Corolario de lo anterior, se declarará desierto el recurso extraordinario de casación concedido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, dándose aplicación a lo dispuesto en el artículo 226 del C. de P. P.

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

RESUELVE

Primero. *Rechazar in limine* la demanda presentada por el defensor del procesado *Luis Danilo Guerrero Rodríguez* por no ajustarse a las formalidades exigidas en el artículo 225 del C. de P. P.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, *declarar desierto* el recurso extraordinario de casación y disponer la devolución del proceso al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas No firmó, *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

RECURSO DE SUPLICA

Tal como está concebido en los procesos administrativo y civil, el recurso de súplica sólo procede contra las decisiones interlocutorias que emitan los ponentes dentro de un asunto, impugnación que habrá de proponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se profirió la providencia, con el fin de impulsar la actuación, la cual culmina con la sentencia, pronunciamiento que sí se habrá de tomar con el concurso de los demás componentes de la sala.

Situación distinta ocurre en la jurisdicción penal, en la cual los recursos ordinarios y extraordinarios se encuentran debidamente contemplados y por ello no hay lugar a la remisión a otras legislaciones, las decisiones interlocutorias que se emitan dentro de las actuaciones es con el consenso de los demás componentes de la Sala, cuando se trate de juez colegiado.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 101.

Proceso No. 9719

VISTOS

Resuelve la Sala la nueva petición que formula el doctor Jaime Rafael Pedraza dentro de estas diligencias.

ANTECEDENTES

En pronunciamiento del 24 de marzo del año en curso se reseñó así:

"El doctor Jaime Rafael Pedraza presentó denuncia contra Juan Guillermo Angel, Alvaro Benedetti, Piedad Córdoba de Castro y Yolima Espinosa Vera por los delitos de abuso de función pública, violación de los derechos políticos y prevaricato por acción y por omisión, pues consideró que, los precitados congresistas, por ostentar tal investidura, no les está permitido pertenecer

a una organización o sociedad de derecho privado como lo es el Partido Liberal Colombiano en calidad de presidente y directores adjuntos respectivamente.

"Igualmente estimó como conducta ilícita el hecho de que los imputados no le permitieron participar en las elecciones del mes de octubre de 1994, como candidato al Concejo de Santafé de Bogotá, al exigírsele que debía prestar caución, suscribir un pagaré y apoyar otras dos candidaturas.

"La Sala de Casación Penal de la *Corte Suprema de Justicia* con decisión del 16 de diciembre de 1994 se abstuvo de iniciar instrucción penal contra Juan Guillermo Angel, Piedad Córdoba de Castro, Alvaro Benedetti y Yolima Espinosa, por cuanto las conductas denunciadas no constituyen infracción a la ley penal.

"Cumplidas en debida forma las notificaciones del anterior pronunciamiento, el 19 de enero del año en curso se archivaron las diligencias.

"El denunciante, en escrito que presentó en la secretaría de esta Corporación el día 13 de marzo del año en curso, manifiesta que recurre 'la sentencia proferida en día 16 de diciembre de 1994 y pedir su revocatoria, para que en vez de ello se produzca una apertura de investigación contra los imputados de la referencia...".

La Corte con pronunciamiento del 24 de marzo del año en curso, dispuso rechazar por improcedente el recurso de apelación interpuesto, y por consiguiente, no revocó el proveído por medio del cual esta Corporación se abstuvo de abrir investigación penal contra los doctores Juan Guillermo Angel, Piedad Córdoba de Castro, Yolima Espinosa Vera y Alvaro Benedetti.

Nuevamente el multicitado accionante presenta escrito el día 5 de julio de 1995 en el cual solicita que como quiera que le fue inaceptado el recurso de apelación "...*recurro* hoy *en acatamiento en lo* estipulado *por la H. Corte Suprema* ... en súplica ...pues en mi sentir de ciudadano y abogado... *los hechos denunciados no se han resuelto en la providencia* que expidio el H. Magistrado *Edgar Saavedra Rojas...*", lo cual hace de la siguiente manera:

SÍNTESIS DE LA IMPUGNACIÓN

La impugnación que propone el denunciante como "súplica", textualmente la sustenta así:

"1) La resolución No. 26 del 18 de junio de 1994 *es violatoria de los derechos políticos de los afiliados al Partido Liberal*, y tan ilegal fue que la *Juez Octava de Familia* aceptó una tutela y la falló favorablemente el día 29 de septiembre de 1994 *exonerando de pagar una caución para paticipar en elecciones* al señor... Nelly Garavito de Cediel, y fue proferida por la *Juez Gilma Roncancio de Espinoza*.- Esa misma norma fue derogada por el propio Concejo Nacional electoral por medio de la resolución No. 271 de 1994 *por ilegal*.- Entonces... ¿Cómo puede la H. Corte Suprema *negarme* mis derechos si está plenamente probado que fueron violados por una norma que era ilegal e inconstitucional (art. 108 C.N.) y que violaba el art. 9o. de la Ley 84 de 1993 *vigente* en dicho artículo y *exequible*?-

"Salta a la vista que los *imputados* excedieron sus funciones y violaron mis derechos políticos por medio de un *abuso de función pública*.

"2) Es apenas obvio que el art. 228 de la C.N. exige que prime el derecho sustancial y que los jueces se deben someter al imperio de la ley por encima de las jurisprudencias, por lo tanto, *si no he utilizado el recurso de súplica he utilizado el recurso de súplica y éste no tiene período de vencimiento taxativo*, solicito que por favor se acepte este recurso de *súplica*, el cual, según la H. *Corte Suprema de Justicia* sí es procedente, para de esta forma el H. Magistrado ponente y/o la H. Corte se pronuncie *en derecho* sobre *todos y cada uno de los puntos* que no se resolvieron en la sentencia, pues *'de facto y de jure', lo digo respetuosamente* fue la H. Corte Suprema (el ponente) quien *dede el momento de dictar sentencia*... ya había violado el art. 41 de la Ley 81 de 1993 al exceder el término permitido de *dos meses* para proferir *inhibitorio o resolución de acusación*.- *Como el objeto principal* es *hacer justicia* y no discutir acerca de quién tuvo la culpa, en aras de engrandecer las dignas decisiones de la H. *Corte Suprema de Justicia, en equidad* pido en forma respetuosa que se reconsideren mis peticiones e *insisto* en que tengo la razón y ...solo hasta el año de 1998 podré ser nuevamente candidato... por culpa de los *imputados*, y eso es innegable".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El denunciante, con su peculiar estilo, recurre nuevamente la decisión inhibitoria que se profirió en este asunto el día 16 de diciembre de 1994 en favor de los doctores Juan Guillermo Angel, Piedad Córdoba de Castro, Yolima Espinosa Vera y Alvaro Benedetti, utilizando para tal efecto el recurso de súplica, según sus propias voces, acatando lo dispuesto por esta Corporación.

El artículo 195 del Código de Procedimiento Penal estatuye que contra las providencias proferidas dentro del proceso penal proceden los

recursos de reposición, apelación y de hecho, los cuales se interpondrán por escrito, "salvo disposición en contrario".

Igualmente, el artículo 196 del mismo estatuto dispone que, salvo los casos en que la impugnación deba hacerse en estrados, "los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días, contados a partir de la última notificación".

Vistas así las cosas, es claro que el contenido del escrito que presenta el denunciante en estas diligencias carece de validez legal, por cuanto la impugnación en que se ampara para recurrir la decisión inhibitoria es inexistente, habida consideración que el instituto de la "súplica" no forma parte de los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la legislación penal para contradecir las decisiones interlocutorias de los funcionarios judiciales.

Recuérdese que, tal como está concebido en los procesos administrativo y civil el recurso de súplica sólo procede contra las decisiones interlocutorias que emitan los ponentes dentro de un asunto, impugnación que habrá de proponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se profirió la providencia, con el fin de impulsar la actuación, la cual culmina con la sentencia, pronunciamiento que sí se habrá de tomar con el concurso de los demás componentes de la sala.

Situación distinta ocurre en la jurisdicción penal, en la cual los recursos ordinarios y extraordinarios se encuentran debidamente contemplados y por ello no hay lugar a la remisión a otras legislaciones, las decisiones interlocutorias que se emitan dentro de las actuaciones es con el consenso de los demás componentes de la Sala, cuando se trate de juez colegiado.

Entonces, el recurso de súplica que interpuso el denunciante en este asunto, además de ser extemporáneo, es extraño y exótico al procedimiento penal, por lo que se habrá de rechazar, nuevamente, la petición formulada.

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

RESUELVE:

Rechazar el recurso de súplica interpuesto por el doctor Jaime Rafael Pedraza contra la decisión del 16 de diciembre de 1994, por improcedente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

PERJUICIOS -*Cuantía* / DEMANDA DE CASACIÓN

El artículo 221 del Código de Procedimiento Penal enseña que "cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponda al delito o delitos".

Cabe recordar que el requisito para recurrir en casación se cumple, cuando la diferencia entre la indemnización demandada y la concretada en la sentencia de segundo grado, es decir la parte insatisfecha, resulta igual o superior a la cuantía anteriormente mencionada. ($27.400.000 a diez de mayo de 1994).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 103

Proceso No. 10561

VISTOS

Mediante la presente providencia la Sala declarará improcedente el recurso de casación interpuesto por la apoderada de la *parte civil* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que modificó parcialmente el fallo condenatorio de primera instancia dictado contra *Ramón Rico Lizarazo* por los delitos de homicidio y lesiones personales en la modalidad de culposos.

ANTECEDENTES

El Juzgado Cuarenta y Uno de Instrucción Criminal luego de declarar abierta la investigación y oír en indagatoria a *Ramón Rico Lizarazo,* a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento, en auto de septiembre 25 de 1990 admitió la demanda de constitución en parte civil

presentada por el apoderado de Luzmila Grisales de González y Jorge Alberto Vargas. En la citada demanda en relación con el homicidio, los perjuicios materiales se estiman en la suma de veinte millones de pesos ($20.000.000) y los morales en cuatro millones de pesos ($4'000.000) para la época en que ocurrieron los hechos.

La Fiscalía 113 Delegada de la Unidad Tercera de Vida formuló resolución de acusación contra *Rico Lizarazo* por los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, agotados en las personas de Carlos Arturo González y Jorge Vargas.

Rituado el juicio, el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, en sentencia calendada el 2 de noviembre de 1994, condenó al procesado como autor responsable de los delitos por los que se le dictó resolución de acusación, imponiéndole además de las penas principal y accesoria, el pago de los perjuicios causados con estas infracciones así: a favor de "Maria Luz mila Betancourt" (sic) y Sergio Alejandro de Jesús González Grisales, esposa e hijo de Carlos Arturo González, el equivalente a 500 gramos oro como perjuicios materiales, y 500 gramos oro como perjuicios morales; a favor de Jorge Alberto Vargas 150 gramos oro como perjuicios materiales y 150 gramos oro por perjuicios morales. Declaró que Rosalba Caviedes de Alvarez y la Cooperativa de Buses Azules son civil y solidariamente responsables de los perjuicios causados.

Apelada la sentencia anterior, el Tribunal en fallo de diciembre 16 de 1994 la confirmó con la siguiente modificación: "Los perjuicios materiales que deberán pagar el procesado y los terceros civilmente responsables en favor de *María Luzmila Grisales* y *Sergio Alejandro de Jesús González*, por el homicidio de que fue víctima Carlos Arturo González Pineda serán el equivalente a un mil (1.000) gramos oro".

El Tribunal para tomar la anterior determinación tuvo en cuenta, entre otras razones, "el hecho de que no se designara un perito que en forma imparcial hubiese hecho una tasación de los perjuicios causados con los ilícitos... fáctores que debieron incidir en el juez de instancia, para no admitir el monto que propuso la parte civil, los que en verdad son excesivos". Por ello hizo uso de la facultad discrecional que le otorga el artículo 107 del C. P., incrementando en quinientos gramos oro los perjuicios materiales fijados por el *a quo* en razón del homicidio en la persona de Carlos Arturo González Pineda.

Contra esta decisión la representante de la parte civil interpuso recurso extraordinario de casacion, el cual fue concedido por el Tribunal en auto de febrero 17 de 1995.

Dentro del término legal la abogada presentó la correspondiente demanda en la que invoca la causal de casación consagrada en el numeral 1° del artículo 220 del C. de P. P., centrando toda su argumentación a criticar la forma como el Tribunal cuantificó los perjuicios materiales causados con el delito de homicidio, para finalmente solicitar que se case la sentencia acusada y se modifique la misma en el sentido de ordenar la reparación de los perjuicios materiales causados a la cónyuge Luzmila Grisales y su menor hijo Sergio A. González, tasándolos en la suma de noventa millones de pesos ($90.000.000), cifra obtenida como resultado de lo dejado de percibir durante el tiempo a que tienen derecho como alimentarios, con base en la remuneración mensual percibida por el alimentante a la fecha de su muerte.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 221 del Código de Procedimiento Penal enseña que "cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos", es decir, para el caso concreto teniendo en cuenta la fecha del fallo de segundo grado, las previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de octubre 7 de 1989, y la cuantía determinada conforme a las previsiones del Decreto 522 de marzo 23 de 1988, o sea la suma de veintisiete millones cuatrocientos mil pesos ($27.400.000).

En el caso que nos ocupa, el recurso extraordinario de casación versa exclusivamente sobre *indemnización de perjuicios*, luego la recurrente debió presentar demanda con arreglo a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando el interés para recurrir (económico) sea el previsto o determinado por la ley para su procedibilidad. No puede la Corte aceptar causal distinta a las señaladas en el Código de Procedimiento Civil, ni admitir un recurso que por la cuantía resulta improcedente.

Cabe recordar que el requisito para recurrir en casación se cumple, cuando la diferencia entre la indemnización demandada y la concretada en la sentencia de segundo grado, es decir la parte insatisfecha, resulta igual o superior a la cuantía anteriormente mencionada.

Para el efecto basta recordar que en la demanda se estimaron los perjuicios materiales causados por el delito de homicidio culposo en "veinte millones de pesos ($20.000.000) para el momento en que ocurrieron los

hechos", y los morales en cuatro millones de pesos ($4'000.000); en la sentencia recurrida se condenó por el primer concepto al pago del equivalente en moneda nacional a un mil (1.000) gramos oro y por el segundo al equivalente a quinientos (500) gramos oro, luego resulta obvio que la diferencia entre la indemnización demandada y la concretada en la sentencia del Tribunal es inferior a los veintisiete millones cuatrocientos mil pesos ($27.400.000) que es la cuantía actualmente establecida para recurrir en casación civil.

Aquí es oportuno traer a colación un pronunciamiento de la Corte sobre el mismo tema:

"Cuando el recurrente es el Ministerio Público (o en su caso el procesado o la parte civil) y el fallo es condenatorio, en su escrito de interposición debe consignar inequívocamente que su discrepancia con él lo es por motivos de la indemnización de perjuicios, para que el Tribunal con conocimiento pleno pueda tomar determinaciones sobre la cuantía. Porque si el motivo es diverso, *no es necesario mencionarlo*, pero tampoco podrá ante la Corte presentar acusación alguna por la vía de las causales de casación civil, es decir, por indemnización de perjuicios, so pena de ser rechazada *in limine* su demanda" (M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez - septiembre 26 de 1990).

En el caso que se examina la representante de la parte civil nada dijo sobre su propósito de impugnar exclusivamente la condena en perjuicios, ni de hacerlo también en nombre del hijo menor *Sergio Alejandro de Jesús González*, quien no se constituyó en parte civil, como se desprende del poder otorgado por su madre y de la demanda presentada. De haberlo advertido, el Tribunal muy seguramente hubiera rechazado la pretensión de la recurrente, de donde cabe ahora volver sobre el punto revocando la decisión de fecha febrero 17 del presente año, para en su defecto declarar improcedente el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

1°. *Declarar la nulidad* de lo actuado en este proceso a partir del auto de fecha febrero 17 del presente año, por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá declaró admisible el recurso de casación.

2°. *Inadmitir* el recurso extraordinario de casación interpuesto por la representante de la parte civil, contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 1994, mediante la cual el Tribunal confirmó la de primera instancia

que condenó al procesado *Ramón Rico Lizarazo* como autor responsable de los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, con la modificación anotada sobre los perjuicios.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas , Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

REDENCION DE PENA / COLABORACION CON LA JUSTICIA / COMPETENCIA

Respecto a la petición para que se conceda rebaja por haber colaborado con la administración de justicia, por ser éste un aspecto inherente al fallo, solamente puede ser examinado al revisar la sentencia impugnada, si hubiere lugar a ello. Es un criterio jurisprudencial pacíficamente sostenido con fundamento en lo inequívocamente plasmado en la ley reguladora de la competencia restrictiva dada a la Corte con sede en casación.

Corte Suprema de Justicia. – *Sala de Casación Penal.* – Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 104

Proceso No. 9256

VISTOS

Nuevamente el procesado *Pedro Nel Gaitán Moreno*, quien se halla detenido en la Penitenciaría Nacional de Tunja "El Barne", solicita se decrete en su favor la libertad provisional de conformidad con lo previsto en los artículos 55.2 de la Ley 81 de 1993 y 72 del Código Penal, o en su defecto, le sea concedida la rebaja de pena que le pueda corresponder por haber colaborado con la administración de justicia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Juzgado 2° Penal del Circuito de Facatativá (Cundinamarca), mediante sentencia de 1° de julio de 1993, condenó a *Pedro Nel Gaitán Moreno* a la pena privativa de la libertad de 126 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca en fallo del 2 de septiembre del mismo año.

Gaitán Moreno se encuentra detenido desde el 18 de junio de 1992, es decir, a la fecha ha descontado por detención física 37 meses y 8 días; por

trabajo acredita 2.080 horas que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993, le representan una rebaja de 4 meses y 10 días y por estudio 3.058 horas para un descuento adicional de 8 meses y 14 días, guarismos que sumados arrojan un total de 50 meses y 2 días, inferiores a las dos terceras partes de la pena impuesta en instancias, equivalentes a 84 meses.

No siendo por el momento necesario analizar los demás requisitos que exige el artículo 72 del Código Penal, se negará la excarcelación pretendida.

Ahora bien, respecto a la otra petición para que se le conceda rebaja por haber colaborado con la administración de justicia, por ser éste un aspecto inherente al fallo solamente puede ser examinado al revisar la sentencia impugnada, si hubiere lugar a ello. Es un criterio jurisprudencial pacíficamente sostenido con fundamento en lo inequívocamente plasmado en la ley reguladora de la competencia restrictiva dada a la Corte en sede de casación.

Recientemente, en providencia de abril 6 del corriente año, puntualizó:

"...corresponde a la Corte en el evento de prosperar el recurso de casación pronunciarse sobre los puntos en controversia y no a través de un incidente."

En razón a que en el escrito no aduce nuevos elementos de juicio que hagan variar lo dispuesto en la providencia antes descrita, la Sala se abstendrá de considerar la nueva petición elevada por el procesado.

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

RESUELVE

1° *Negar* al procesado *Pedro Nel Gaitán Moreno* la libertad provisional, por las razones expuestas en precedencia.

2° *Abstenerse* de considerar la petición elevada por el procesado *Pedro Nel Gaitán Moreno,* relacionada con la rebaja de pena por haber colaborado con la administración de justicia.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas No firmo, *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO / COMPETENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En esta Sede la cesación de procedimiento sólo resulta posible ante la demostración de causales objetivas (muerte del procesado, prescripción de la acción penal, etc.), propiciaría abierto desconocimiento al debido proceso al anticipar razonamientos que son propios de absolver al momento de proferir el fallo que ha de resolver la alzada extraordinaria.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobada Acta No. 104.

Proceso No. 10196

VISTOS

El procesado *Juan Crisóstomo Almario Medina,* quien actualmente se encuentra detenido en la Penitenciaría Nacional "Picaleña" de Ibagué, Tolima, solicita a la Corte que en razón a que es inocente de los cargos imputados se decrete "preclusión de la instrucción".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes (Caquetá), mediante sentencia de 10 de marzo de 1994 (fls. 457 y ss., cdno. original), halló a los implicados *Juan Crisóstomo Almario Medina* y *Efrén Cediel Ordóñez* coautores responsables de los delitos de homicidio, hurto calificado y agravado, infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes y porte ilegal de armas, imponiéndoles como pena privativa de la libertad 18 años de prisión, sanción que fue confirmada por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Florencia en providencia de 24 de junio siguiente (fls. 5 y ss. cdno. de esa Corporación), decisión que es objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por sus apoderados.

La petición del incriminado *Almario Medina*, por supuesto lego en las disciplinas jurídicas, no puede ser analizada por la Corte, pues además de que en esta sede la cesación de procedimiento sólo resulta posible ante la demostración de causales objetivas (muerte del procesado, prescripción de la acción penal, etc.), propiciaría abierto desconocimiento al debido proceso al anticipar razonamientos que son propios de absolver al momento de proferir el fallo que ha de resolver la alzada extraordinaria interpuesta por él y por su defensor, quien reclama que de prosperar la impugnación se dicte la sentencia que declare la inocencia de su defendido frente a los cargos atribuidos en las instancias.

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

RESUELVE:

Abstenerse de resolver la petición de cesación de procedimiento hecha por el procesado *Juan Crisóstomo Almario Medina.*

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas no firmo, *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

JUSTICIA REGIONAL / CONEXIDAD / COMPETENCIA / UNIDAD PROCESAL

Los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991 dieron origen a una nueva jurisdicción a la cual se le atribuyó la investigación y juzgamiento, entre otros, del homicidio cometido en sujeto pasivo cualificado, dentro de los que se incluye personal de la Policía Nacional.

Si bien en materia de competencia por razón de la conexidad la ley procesal exige que se tramiten bajo una misma cuerda los procesos pertenecientes a diferentes jurisdicciones teniendo prelación la especial, ha de entenderse que la operancia de dicho fenómeno surge por motivos de conveniencia como la economía procesal o por factores de tipo funcional, como la unidad de sujeto activo, la comunidad probatoria, en fin, aspectos que de cualquier forma hacen conveniente que la investigación y juzgamiento se adelanten en un solo proceso.

Empero, la propia ley procesal ha previsto hipótesis en que se rompe la unidad procesal entre los ilícitos vinculados, u otras más en que por circunstancias de cualquier índole se omite considerar la conexión y como consecuencia de ello los procesos se tramitan por cuerda separada, cada cual según el factor de competencia referido a la naturaleza del hecho.

En el primer caso, señala el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, inciso final, se opera el cambio de competencia y del asunto se ocupa, hasta finalizar, el funcionario naturalmente competente. En el segundo, la omisión de la unidad no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales (art.88 inciso final del Código de Procedimiento Penal.)

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 84 (21-06-95)

Proceso No. 9167

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Edgar Orlando Camelo Grillo* contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó parcialmente la proferida por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito que lo condenó a la pena principal de dieciseis años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual y al pago de perjuicios, como responsable de los delitos de homicidio en John Henry Cely Pinilla y Julio César Gutiérrez García y porte ilegal de armas de defensa personal.

El Tribunal revocó la condena impuesta por el primero de los homicidios y en su lugar dispuso se compulsaran copias a fin de que se continuara con la investigación, al tiempo que por el otro homicidio y el porte ilegal de armas le impuso la pena de diez (10) años y tres (3) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la principal y al pago de perjuicios en un equivalente a 325 gramos oro.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día once (11) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) a la altura de la diagonal 49 con carrera 28 sur, barrio El Carmen de esta ciudad, aproximadamente a las tres de la mañana llegó un grupo de jóvenes entre los que se encontraba John Henry Cely Pinilla, cuando de repente pasó un taxi con tres ocupantes, uno de los cuales disparó contra Cely Pinilla ocasionándole su deceso y procediendo a la fuga.

Momentos después se hizo presente personal de la Policía, quienes por información de una persona no identificada procedieron a buscar a los agresores, y al llegar a la calle 38 sur número 28-54 recibieron varias disparos de arma de fuego que se hicieron desde el interior, recibiendo los impactos los subtenientes Julio César Gutiérrez García, quien falleció, y Julián Sepúlveda Enciso, de quien no se estableció la incapacidad.

Una vez ingresaron a la residencia los uniformados, encontraron rastros de sangre que los condujeron al tercer piso, pudiéndose percatar que alguien se había arrojado a la casa vecina de la carrera 28 No 38-55 sur encontrando en una de sus habitaciones a *Edgar Orlando Camelo Grillo*, quien presentaba heridas causadas por arma de fuego en los glúteos, hallándose en su poder un revólver hechizo y 5 vainillas percutidas por el mismo, una de las cuales se encontraba dentro de la recámara del arma.

Dentro de los elementos que le fueron encontrados al procesado, al momento de la captura, también figura una granada para mortero.

La investigación fue iniciada por la Fiscalía Noventa y tres (93) Seccional, con base en las actas de levantamiento de cadáver realizadas por la Unidad de Investigación previa, el informe presentado por el Comandante de la Tercera Estación y otras diligencias practicadas por la misma Unidad.

Una vez se escuchó en indagatoria a *Camelo Grillo* se resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Dentro de las pruebas practicadas se encuentra experticia del revólver encontrado al procesado, estableciéndose que es de aquellos denominados "hechizo" y que puede ser catalogado como arma de fuego de defensa personal, y que la granada a él encontrada es de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Una vez cerrada la investigación la Fiscalía 94 Seccional calificó el mérito del sumario, con resolución acusatoria en contra de *Edgar Orlando Camelo Grillo* por el delito de homicidio, artículo 323 del Código Penal, en las personas de John Henry Cely Pinilla y Julio César Gutiérrez García, en providencia que posteriormente fue adicionada en el sentido de que la acusación también se hacía por el delito de Porte Ilegal de Armas para la Defensa Personal.

Las diligencias pasan al Juzgado Diecisiéte (17) Penal del Circuito, despacho que avocó su conocimiento, celebró diligencia de audiencia pública y dictó sentencia de primer grado con los resultados ya conocidos.

Apelada que fuera la anterior decisión, el Tribunal Superior de Bogotá profirió el respectivo fallo anteriormente reseñado.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Primer cargo

Al amparo de la causal tercera de casación impugna el censor la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, al configurarse la causal de nulidad del artículo 304 numeral 1o. del Código de Procedimiento Penal, esto es, por falta de competencia del funcionario judicial.

Según el libelista, los actos procesales viciados de dicha nulidad son la resolución de la situación jurídica, el cierre investigativo y calificatorio y las sentencias de primera y segunda instancia.

La incompetencia del funcionario judicial nace del estudio practicado a las armas decomisadas, que determinaron que la granada encontrada

presuntamente a su representado es de uso privativo de las Fuerzas Militares y de Policía, por lo que su conocimiento corresponde a Justicia Regional.

Menciona como normatividad violada y que afecta la sentencia, los artículos 1o., 22, 89 y 71 del Código de Procedimiento Penal, luego de lo cual asegura que los vicios que afectan la sentencia se presentaron desde un comienzo, se mantuvieron y aún subsisten porque no fueron subsanados por los funcionarios que conocieron de la investigación, por lo cual solicita se case la sentencia y se profiera la de "Reenvío" ordenando la libertad del sentenciad o *Orlando Camelo Grillo.*

Segundo cargo

Este lo invoca al amparo de la causal primera de casación, por interpretación errónea del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta que la sentencia de segunda instancia considera la duda sobre la responsabilidad del procesado, basado en la experticia de balística, y no obstante ello deja de aplicar el *indubio pro reo* y condena a *Camelo Grillo.*

Para demostrarlo transcribe apartes del fallo de primera y segunda instancia, último éste en el cual, según el libelista, se plantea la duda, "y erróneamente hace juicios de valor y convicción que no corresponden a la verdad que entraña la prueba cuestionada y que haciendo parte del conjunto del caudal probatorio sólo arroja imprecisión y alto grado de equivocidad".

Considera necesario que ante el caudal probatorio y la prueba de balística se entre a decidir sobre la responsabilidad del sentenciado, frente a la falta de certeza exigida para condenar.

Para finalizar solicita se case en su totalidad la sentencia impugnada, se profiera la que en derecho corresponda y se disponga la libertad de su prohijado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al emitir el respectivo concepto, se abstuvo de hacer un estudio completo del libelo y en cambio sugirió la casación oficiosa de la sentencia objeto de impugnación, por cuanto advirtió la falta de competencia de los funcionarios que intervinieron en la investigación y juzgamiento.

Previamente a demostrarlo, pone de manifiesto la falta de interés jurídico del demandante al pretender la anulación del proceso y su reanudación

ante una jurisdicción que contemplaría la investigación y juzgamiento por un delito que conllevaría mayor drasticidad punitiva.

Explica la Procuraduría, que aun cuando entre las armas halladas al procesado en el momento de su aprehensión aparece una de uso privativo de las fuerzas militares, dicho aspecto pasaría a un segundo plano, al advertir que la calidad del sujeto pasivo del homicidio era un Teniente de la Policía Nacional y que su deceso ocurrió en cumplimiento de sus funciones, aspecto que evidenciaba que la investigación y juzgamiento debieron ser asumidos por la jurisdicción especial y no por la ordinaria, de conformidad con lo normado en el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

Dicha disposición asigna, en su numeral 4o, la competencia a los Jueces Regionales para conocer de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991, el cual en su artículo 12 convirtió en legislación permanente el Decreto-ley 099 de 1991 que a su vez modificó el artículo 8o. del Decreto-ley 2790 de 1990, el cual hace referencia a las personas de que trata el artículo 6o. dentro de los cuales se encuentran los miembros de la Policía Nacional.

Por tanto, como la investigación y juzgamiento de quien se ha imputado como autor de la muerte del Teniente de la Policía Nacional Julio César Gutiérrez García la debió asumir la jurisdicción especializada a que se refieren las normas procedimentales como también los delitos conexos que se vislumbraron en el proceso, conforme a la prevalencia que a esa jurisdicción le asigna el artículo 89 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala quiere llamar la atención de la Procuraduría Delegada para que en lo sucesivo no omita la respuesta integral de la demanda, tras advertir que prospera alguno de los cargos o para proponer en su lugar la casación oficiosa. Múltiples veces han sido las que en ocasiones anteriores le han llevado a cuestionar esta actitud y a veces incluso a devolver la actuación o anularla para obtener el pronunciamiento completo que exige la ley (c.p. providencia de septiembre 26/90, diciembre 19/90 y octubre 26/94).

No obstante, en este caso decidirá de fondo ante la prosperidad de la *casación oficiosa* que, de no haberse dado, habría exigido procurar de la Delegada concepto íntegro sobre la demanda con pérdida de tiempo y desgaste nocivo para la economía del proceso.

De la Casación oficiosa propuesta por la Procuraduría.

Corresponde en primer término, de acuerdo con la lógica y el principio de prelación que gobierna este recurso, entrar a examinar si en realidad se ha incurrido en la tramitación de este proceso en la causal de nulidad aducida por el Ministerio Público por incompetencia de los funcionarios que intervinieron en la investigación y juzgamiento del presente asunto.

En efecto, los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991 dieron origen a una nueva jurisdicción a la cual se le atribuyó la investigación y juzgamiento, entre otros, del homicidio cometido en sujeto pasivo cualificado, dentro de los que se incluye personal de la Policía Nacional.

De igual forma, como bien lo destaca la Delegada, el artículo 71, numeral 4o del Código de Procedimiento Penal establece que los Jueces Regionales conocen, en primera instancia, entre otros, de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991, normatividad que en su artículo 12 convirtió en legislación permanente el artículo 1o. del Decreto-ley 099 de 1991, siendo los Fiscales que actúan ante ellos los competentes para el cierre y la calificación del sumario (art. 126 C. P. P.)

A su turno, el artículo 8o. del Decreto Legislativo 2790 de 1991, fue modificado por el artículo 1o. del Decreto 099 de 1991, que reza así:

"Art. 8o. Los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio y lesiones personales que se cometan en alguna de las personas relacionadas en el numeral 1o. del artículo 6o., del presente Estatuto, por causa o motivos de esos cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones..."

El artículo 11, del mismo Decreto 2266 de 1991 adoptó como Legislación Permanente, entre otros, el artículo 6o del Decreto 2790 de 1990 que en su parte pertinente reza:

"Art. 6o. Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1o., del artículo 2o., del Decreto 474 de 1988 o en funcionario de la Rama Jurisdiccional, Registrador Nacional del Estado Civil, Miembro del Consejo Nacional Electoral, delegado del Consejo Nacional Electoral o del registrador, Registrador Departamental o Municipal del Estado Civil, agente del Ministerio Público, agente diplomático o consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, Comandante General o miembro de las Fuerzas Armadas, de la *Policía Nacional* o de los cuerpos de seguridad..." (destaca la Sala).

Dentro del trámite procesal se acreditó que efectivamente el hoy occiso Julio César Gutiérrez García se desempeñaba como miembro de la Policía Nacional en el grado de Subteniente, y que en desarrollo de sus funciones

perdio la vida cuando él y su compañero ST Sepúlveda Enciso se enteraron de un caso en el barrio El Carmen, en el cual resultó herido John Henry Cely Pinilla, quien después falleció; tales hechos motivaron que los uniformados se dirigieran hacia la residencia donde presuntamente se refugiaban los agresores de la víctima, pero fueron repelidos mediante agresión con arma de fuego de la cual resultaron ambos heridos, por lo cual fueron trasladados al Hospital de la Policía, donde falleció el citado ST Julio César Gutiérrez García.

De lo anterior se deduce que el proceso que nos ocupa debió ser tramitado por la denominada jurisdicción especial, cuya competencia se originaba en los hechos atinentes al delito de homicidio cometido en el Subteniente de la Policía Nacional Julio César Gutiérrez García y a la no calificada tenencia de la granada que se encontró en poder del sindicado, (la cual, según análisis practicado por la división de criminalística, es de uso privativo de las Fuerzas Militares y de Policía (fls. 39 y 40 C.O.), y se extendía por conexidad al porte ilegal de arma de fuego de uso personal.

Considera la Sala, sin embargo, que el trámite surtido en torno al ilícito relativo al porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, (revólver hechizo, calibre 38 largo que le fue encontrado al procesado), ha de mantener su vigencia, por cuanto la investigación y juzgamiento de que el mismo fue objeto se adelantó por la autoridad natural y originariamente competente.

Lo anterior teniendo en cuenta que, si bien en materia de competencia por razón de la conexidad la ley procesal exige que se tramiten bajo una misma cuerda los procesos pertenecientes a diferentes jurisdicciones teniendo prelación la especial, ha de entenderse que la operancia de dicho fenómeno surge por motivos de conveniencia como la economía procesal o por factores de tipo funcional, como la unidad de sujeto activo, la comunidad probatoria, en fin, aspectos que de cualquier forma hacen conveniente que la investigación y juzgamiento se adelanten en un solo proceso.

Empero, la propia ley procesal ha previsto hipótesis en que se rompe la unidad procesal entre los ilícitos vinculados, u otras más en que por circunstancias de cualquier índole se omite considerar la conexión y como consecuencia de ello los procesos se tramitan por cuerda separada, cada cual según el factor de competencia referido a la naturaleza del hecho.

En el primer caso, señala el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, inciso final, se opera el cambio de competencia y del asunto se ocupa, hasta finalizar, el funcionario naturalmente competente. En el segundo, la omisión de la unidad no genera nulidad siempre que no afecte las garantías

constitucionales (artículo 88 inciso final del Código de Procedimiento Penal).

Y no podría decirse que en casos como el presente se afecte la garantía constitucional del juez natural, en vista de que fueron precisamente dichos funcionarios, los de la competencia originaria por la naturaleza del hecho, aquellos que tramitaron sumario y juicio (artículos 71 numeral 4o. y 72 numeral 1o., literal c) del Código de Procedimiento Penal). De otra parte ni el trámite que corresponde a los procesos por delitos ajenos a la Justicia Regional, ni el derecho a la defensa, se vieron conculcados como consecuencia del juzgamiento ante el Juzgado del Circuito. Y finalmente la acumulación jurídica de penas, para el caso de fallos de condena, subsiste como actuación posterior a las sentencias.

En este caso, lo que importa es rescatar la parte del proceso que no se encuentra afectada de nulidad, tal como lo dispone el artículo 308 numeral 1o. del Código de Procedimiento Penal, lo cual indudablemente beneficia a la administración de justicia.

Así las cosas, como la decisión tomada implica una sanción inferior a la que se había impuesto, debe ser redosificada; el procesado *Edgar Orlando Camelo Grillo* quedará sometido a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, prevista en el artículo 1o. del Decreto 2266 de 1991 que adoptó como legislación permanente el Decreto-ley 3664 de 1986, para el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. La punibilidad se gradúa en este caso, a partir de los criterios dosimétricos señalados en el artículo 61 del Código Penal relativos a la gravedad del hecho, considerada dentro de los de su especie, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente.

Camelo Grillo portaba el arma de manera ilegal con el claro propósito de atacar bienes jurídicos ajenos de la mayor importancia como la vida y en actitud de manifiesta violencia contra los particulares y la autoridad, en comportamiento que no se produjo de manera episódica o causal sino evidenciando notable persistencia en contrariar el orden jurídico y la seguridad ciudadana; reveló no solamente desdén por las normas prohibitivas sino una actividad reflexivamente agresora con lo que mal podría partirse de la consideración de la pena mínima prevista para el punible.

Eventos como éstos, donde la capacidad de violencia y de agresión se hace tan evidente, la medida de la pena se acentúa por sus fines de prevención general y especial.

También se le impone la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la principal, sin condena al pago de perjuicios.

Conforme a lo establecido en el artículo 1o. del Decreto 2266 de 1991, se dispone el decomiso del arma revólver hechizo calibre 38 largo que le fue encontrado a *Edgar Orlando Camelo Grillo*, al momento de su captura.

En cuanto al subrogado de la condena de ejecución condicional, la Sala considera que si bien en relación al factor objetivo se encuentra satisfecho el requisito de la pena para su reconocimiento, no ocurre lo mismo respecto de los demás condicionamientos relativos a la naturaleza y modalidad del punible por el cual se le condena al señor *Edgar Orlando Camelo Grillo*, ni respecto a su personalidad, pues, según se vio a lo largo del proceso, las graves circunstancias en que se sucedieron los hechos, y el consiguiente reproche social que conlleva esta valoración, permiten determinar que el procesado requiere de tratamiento penitenciario, habida cuenta del peligro que su comportamiento representa para la comunidad.

Sin embargo, la declaratoria de nulidad trae como consecuencia que el procesado *Edgar Orlando Camelo Grillo*, quien se encuentra detenido desde el catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), se haga acreedor a la libertad por pena cumplida de que trata el numeral 2o. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en lo que toca con el delito por el cual subsiste la condena, esto es el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal por el que, como se vio, se le impone la pena de dieciocho (18) meses de prisión.

Así mismo se hace acreedor a la libertad provisional a que se refiere el artículo 415 numeral 4o, toda vez que causada la nulidad desde el cierre de la investigación, por incompetencia, han vencido los terminos máximos de detención sin resolución acusatoria respecto del homicidio del Subteniente de la Policía Nacional Julio César Gutiérrez García y de la conducta omitida en la calificación, esto es, la de tenencia de la granada de uso privativo de las Fuerzas Militares y de Policía. Siendo que el 2o. cargo, dada su formulación, únicamente tiene que ver con el delito de homicidio, por sustracción de materia se hace innecesario considerarlo toda vez que es en función del mismo que prospera la *casación oficiosa*.

Para tal efecto deberá prestar caución prendaria por la suma de quinientos mil pesos ($500.000.00), la que deberá consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Popular y suscribirá la correspondiente diligencia de compromiso de que trata el artículo 419 de la misma normatividad.

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

RESUELVE:

Primero. *Casar oficiosamente* la sentencia recurrida a nombre del procesado *Edgar Orlando Camelo Grillo*, esto es, la dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993) y declarar la nulidad parcial de lo actuado a partir del auto por medio del cual se decretó el cierre de investigación, en cuanto se refiere al delito contra la vida y la integridad personal cometido en contra del Subteniente de la Policía Nacional Julio César Gutiérrez García, a fin de que se incorpore al trámite el delito omitido y ambas infracciones se califiquen por el competente.

Segundo. *Confirmar* la condena impuesta por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al procesado *Edgar Orlando Camelo Grillo* por el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal que define y sanciona el artículo 1o. del Decreto 2266 de 1991. Como consecuencia de ello se le impone la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la principal, así como el decomiso del arma encontrada al procesado. No se condena al pago de perjuicios por esta infracción, ni tampoco se le concede el subrogado de la condena de ejecución condicional por las razones arriba expuestas.

Se le abona a *Camelo Grillo* como parte de la pena, el tiempo que lleva en detención preventiva, y a su turno, respecto de este hecho, exclusivamente, se dispone su libertad por pena cumplida, conforme se dijo en la parte considerativa de este proveído.

Tercero. *Remitir* las diligencias relativas al homicidio del Subteniente de la Policía Nacional Julio César Gutierrez García y al porte ilegal de una granada de uso privativo de las fuerzas militares, con destino a las Fiscalías Regionales por *competencia*.

Cuarto. *Conceder el beneficio de libertad provisional* al procesado *Edgar Orlando Camelo Grillo* en lo que tiene que ver con los cargos de que trata el anterior numeral. Para tal efecto, deberá prestar caución y suscribir diligencia de compromiso, en la forma establecida en el cuerpo de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

IMPEDIMENTO / SER SOCIO

Para la Sala resulta incuestionable, como fluye del claro texto del ordinal octavo del artículo 103 del C. de P. P., modificada por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993, que la causal de impedimento o recusación allí contemplada surge para el funcionario judicial cuando él, su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro de los grados previstos en la misma, es socio de alguno de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple o de hecho; es decir, cuando cualquiera de las mencionadas personas es socia de un sujeto procesal en sociedades de personas en las que por su peculiar naturaleza nacen vínculos más estrechos entre los socios.

La causal se predica, por voluntad expresa del legislador, de las sociedades de personas mas no de las de capital, de beneficiencia, auxilio mutuo, o sin ánimo de lucro, así de estas formas de asociación emerjan estrechos sentimientos de confraternidad y compañerismo entre los asociados.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 103 (25-07-95)

Proceso No. 10605

VISTOS

Resolverá de plano la Sala el nuevo impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala Dual de Decisión Penal del Tribunal Superior de Quibdó, doctor *Ely Gómez Ortega*, no aceptado por su compañero.

ANTECEDENTES

Ejecutoriada la resolución acusatoria proferida el 4 de octubre de 1994 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en proceso adelantado contra el ex-Juez Unico Laboral del Circuito de Quibdó, doctor Hugo Salazar Idrobo, por el delito de falsedad en

documentos, pasó el expediente al Tribunal Superior de dicho Distrito para el trámite del juicio, oportunidad en la que el Magistrado de la Sala Dual de Decisión Penal doctor Ely Gómez Ortega se declaró impedido para conocer del asunto fundado en la causal décima del artículo 103 del C. de P. P., por estar siendo investigado penalmente en razón del mencionado proceso; impedimento no aceptado por su compañero de Sala.

Correspondio a la Corte dirimir el incidente planteado en el sentido de no hallarle razón al impedido porque la investigación a la que, al parecer, fue vinculado por la Fiscalía Delegada ante esta corporación no tuvo origen en denuncia instaurada por ningún sujeto procesal, sino en la actividad funcional y oficiosa de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior que ordenó la compulsa de copias con dicha finalidad, (auto de 7 de abril de 1995. M. P. doctor Dídimo Páez Velandia).

Devuelto el expediente al Tribunal de origen, de nuevo el doctor Ely Gómez Ortega se declaró impedido aduciendo, en esta ocasión, las causales de impedimento o recusación previstas en los numerales 1°, 5° y 8° del artículo 103.

Fundamentó su impedimento en el hecho de pertenecer, desde hace más de quince años, al Club de Leones Monarca de la ciudad de Quibdó, en su carácter de socio activo, asociación que genera entrañables lazos de identidad, fraternidad y compañerismo entre todos los asociados siendo fácil "entender que se desprende una *hermandad*, que suscita *interés* de cada uno de los socios del Club de Leones, hacia todo cuanto suceda a otro socio y compañero" y "se establecen unos lazos de *amistad íntima* entre nosotros los *Leones*".

Explica que el 21 de abril pasado, el doctor Hugo Salazar Idrobo fue juramentado y tomó posesión como socio activo del Club "aunque su preparación e inducción" la había iniciado desde el mes de noviembre de 1994, por lo que no se siente con la independencia y autonomía suficientes para juzgar a un compañero león.

El impedimento manifestado tampoco fue aceptado por su compañero de Sala porque del claro texto de la causal octava del artículo 103 del C. de P. P., se deduce, con meridiana claridad, que la calidad de socio del funcionario judicial con alguno de los sujetos procesales, se predica no de asociaciones o sociedades humanitarias sin ánimo de lucro, sino de sociedades comerciales con ánimo de lucro reglamentadas por la legislación civil y comercial.

Aludiendo a las causales de impedimento señaladas en los numerales 1° y 5° de la norma citada, expresa que de haber mediado los lazos de

fraternidad, compañerismo y hermandad con el procesado desde que éste se interesó por ingresar al Club de Leones en el mes de noviembre del pasado año, tales motivos impedientes los debió alegar en la primera declaración inhabilitante y que si tales lazos surgieron a partir del momento en que el procesado Salazar Idrobo se juramentó como socio del Club (abril 21 del año en curso), no parece probable que en tan pocos días "puedan formarse lazos de amistad tal que trasciendan el simple formalismo o amistad normal, para adentrarse en sentimientos profundos que afecten la independencia e imparcialidad del Juez, o que simplemente lo pongan en la imposibilidad de juzgar".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es palmar que el Magistrado doctor Ely Gómez Ortega, de cuya posición se espera acuciosidad y eficacia y no el anhelo de marginarse ni las dilaciones que se derivan de sus tentativas de impedimento, trata de fundamentar su excusa para separarse del conocimiento de la causa seguida contra el ex-Juez Laboral del Circuito de Quibdó, doctor Hugo Salazar Idrobo, en el hecho de ser socio activo del Club de Leones Monarca de dicha ciudad, asociación a la cual se incorporó también el mencionado procesado a partir del 21 de abril del año en curso, situación que a juicio del funcionario judicial dio lugar a los motivos de impedimento o recusación contemplados en los numerales 1°, 5° y 8° del artículo 103 del C. de P. P., en razón a los lazos de hermandad, compañerismo e identidad entre los socios surgidos con ocasión de esta forma de asociación, generándose una amistad íntima con el nuevo socio.

Para la Sala resulta incuestionable, como fluye del claro texto del ordinal octavo de la norma citada modificada por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993, que la causal de impedimento o recusación allí contemplada surge para el funcionario judicial cuando él, su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro de los grados previstos en la misma, es socio de alguno de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple o de hecho; es decir, cuando cualquiera de las mencionadas personas es socia de un sujeto procesal en sociedades de personas en las que por su peculiar naturaleza nacen vínculos más estrechos entre los socios.

La causal se predica, por voluntad expresa del legislador, de las sociedades de personas mas no de las de capital, de beneficencia, auxilio mutuo, o sin ánimo de lucro, así de estas formas de asociación emerjan estrechos sentimientos de confraternidad y compañerismo entre los asociados. Por eso, ser socio el funcionario judicial junto con uno de los

sujetos procesales (en este caso el acusado), de un club sin ánimo de lucro, como lo es el de Leones de la ciudad de Quibdó, no puede generar el motivo impediente manifestado por el Magistrado doctor Ely Gómez Ortega para separarse del conocimiento del proceso.

Ahora bien, la amistad del Magistrado con el procesado derivada de la reciente vinculación de éste último al Club de Leones del que ya era socio activo el funcionario judicial, carece de la connotación de intimidad que se le endilga pues siendo tal, como se pregona, no fue planteada por el doctor Gómez Ortega en su anterior impedimento y no es de aquellas que "trascienda mucho más allá de simples relaciones o de trabajo"; o se adentre "en el restringido ámbito de una comunión sentimental y espiritual entre dos seres que se identifican o complementan y que mantienen por eso, más o menos estables relaciones interpersonales de complementación mutua y desinteresada ayuda" (Auto de 6 de diciembre de 1979. M. P. Doctor Alfonso Reyes Echandía).

Se trataría simplemente de una amistad común y corriente, surgida del trato social y de las relaciones entre socios del Club de Leones, insuficiente para apartar al funcionario judicial del conocimiento del asunto.

Y como quiera que éste no explicó o precisó cuál podía ser su interés, el de su cónyuge, parientes o allegados, en el resultado del proceso, que consciente o inconscientemente influyera en su decisión, en detrimento de la imparcialidad e independencia que debe presidir su conducta de dispensador de justicia, sino que simplemente lo enunció como causal de impedimento, la Sala no encuentra elementos de juicio que le permitan desentrañar o valorar el motivo aducido.

Estas breves consideraciones, en un trámite donde no hay lugar a impedimentos de quienes deciden (art. 110 C. de P. P.), son suficientes para que la Corte declare infundado el impedimento manifestado por el Magistrado doctor *Ely Gómez Ortega* y ordene devolver la actuación al Tribunal de origen.

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

RESUELVE:

Declarar infundado el impedimento manifestado por el magistrado del Tribunal Superior de Quibdó, doctor Ely Gómez Ortega, para separarse del conocimiento del proceso. Vuelva la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

EXTRADICION / PRUEBA

Si las pruebas reclamadas se dirigen ha acreditar ante el Estado requerido, la inocencia o irresponsabilidad de la persona solicitada en extradición y no su falta de identidad física o el incumplimiento a lo previsto en los tratados públicos que rigen la materia las pruebas solicitadas con esa finalidad serán negadas por su notoria impertinencia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., julio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 103 de julio 25 de 1995

Proceso No. 10412

VISTOS

Corresponde decidir respecto a la solicitud de pruebas presentada por la defensora del ciudadano extranjero *Sabatino Nicolucci,* pedido en extradición por la Embajada del Canadá.

ANTECEDENTES

Sabatino Nicolucci, ciudadano canadiense, fue solicitado en extradición por el gobierno de dicho país, mediante Nota Verbal 033 del 16 de marzo de 1995, por encontrarse acusado de lavado de dinero y conspiración para importar cocaína a Canadá y distribuirla dentro de su territorio, conforme a 194 cargos que le aparecen en el proceso número 500-36-000025-950 y 233 cargos en el proceso distinguido con el número 500-36-0000233-955, adelantados en su contra por la Honorable Corte Superior, División Criminal de la Provincia de Quebec, Distrito de Montreal.

Según concepto emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, a esta solicitud de extradición le son aplicables el Tratado de Extradición entre la República de Colombia y la Gran Bretaña de 27 de octubre de 1888, el cual se encuentra vigente para Canadá en virtud de la Sucesión de Estados; la Convención Unica sobre Estupefacientes de 1961 y

la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, firmado en Viena el 20 de diciembre de 1988; instrumentos internacionales ratificados por Colombia mediante las leyes 148 de 1888, 13 de 1974 y 67 de 1993, respectivamente.

El señor Fiscal General de la Nación ordenó la captura preventiva con fines de extradición del señor *Sabatino Nicolucci* mediante Resolución de 16 de febrero de 1995, encontrándose actualmente recluido en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota".

Dentro del término para solicitar pruebas contemplado en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, la defensora del solicitado en extradición pidio a través de doce (12) numerales la aducción de abundante prueba documental que al parecer, forma parte de los mencionados procesos; la transcripción de las normas legales que autorizan en Canadá la interceptación de teléfonos celulares; la aclaración, por parte de la Corte Superior de Quebec, Distrito de Montreal, de varios de los cargos formulados a Nicolucci; copias debidamente autenticadas de las Actas de incautación de sustancias estupefacientes, de la importación y distribución del alcaloide; lo mismo que "prueba auténtica existente en los procesos, que respalden las afirmaciones contenidas en los cargos relacionados en ambas Actas Acusatorias"; pruebas destinadas a demostrar "que los cargos contenidos en las acusaciones reseñadas, no podrán atribuirse a mi defendido *Sabatino Nicolucci*, so pretexto de lograr extraditarlo, ya que no es responsable de los mismos, por lo que la Defensa desde este momento lo declara inocente".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De los términos del memorial petitorio resulta palmar que la defensora del ciudadano extranjero *Sabatino Nicolucci* se propone adelantar dentro del incidente de extradición un proceso penal paralelo al que se lleva por las autoridades judiciales competentes del país requirente, con el inocultable propósito de probar que su cliente es inocente de los cargos formulados en su contra y con base en los cuales se pide su entrega, pues las pruebas solicitadas necesariamente apuntan en esa dirección; cometido francamente inconcebible en esta clase de actuaciones.

Con sobrada razón ha expresado la Corte que: "En el incidente de extradición, dada la naturaleza y las finalidades que caracterizan esta institución, no se discute, ante el Estado requerido, la responsabilidad o inocencia de la persona solicitada, ni, por lo mismo, se adelanta un juicio de valoración de las pruebas que sirvieron de fundamento al Estado requirente para predicar del extraditado la comisión del hecho.

Ese debate será el que habrá de adelantarse ante las autoridades judiciales del estado requirente, con toda la amplitud que las normas procedimentales reconozcan y con el obvio derecho de controvertir los elementos de juicio existentes y de aportar aquellos que sirven para comprobar que se es ajeno a la imputación" (Providencia de 30 de abril de 1985. M. P. Doctor Darío Velásquez Gaviria).

De manera que si las pruebas reclamadas se dirigen a acreditar ante el Estado requerido, la inocencia o irresponsabilidad de la persona solicitada en extradición y no su falta de identidad física o el incumplimiento a lo previsto en los tratados públicos que rigen la materia, como en el caso *sub judice*, órbita a la cual se circunscribe la defensa; las pruebas solicitadas con esa finalidad serán negadas por su notoria impertinencia.

En tal virtud, la *Corte Suprema de Justicia* en Sala de Casación Penal, *niega* por impertinentes, las pruebas solicitadas por la defensora del ciudadano extranjero Sabatino Nicolucci.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

HABEAS CORPUS / COMPETENCIA

La petición de habeas corpus, *le corresponde atenderla al juez del lugar donde se halla realizado el acto que se dice arbitrario, esto es, el que priva a una persona de su libertad, y no esta Corporación por tener a su disposición el proceso, la encargada de proteger por dicha vía su derecho a ser libre, ante presuntas irregularidades atribuibles a quienes le impartieron captura.*

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 105

Proceso No. 9444

VISTOS

El procesado *Henry Henao Carvajal,* quien se halla detenido en la Penitenciaría Nacional "Picaleña" de Ibagué (Tolima), con apoyo en lo previsto en los artículos 5o. y 383 del Código de Procedimiento Penal, invoca la acción de *habeas corpus* por considerar que su captura se cumplió con desconocimiento de los mandatos constitucionales y legales, por lo que esta colegiatura, para garantizarle el goce de su derecho fundamental consagrado en el artículo 28 de la Carta Política, debe ordenar su inmediata libertad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Santuario (Risaralda), mediante sentencia de fecha 29 de octubre de 1993, condenó a *Henry Henao Carvajal* a la pena principal de 233 meses de prisión al hallarlo responsable de los delitos de homicidio agravado y hurto simple en concurso, decisión que fuera confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en fallo del 26 de enero de 1994, el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

Debe la Sala empezar por advertir que la petición de *habeas corpus*, le corresponde atenderla al *juez penal del lugar* donde se haya realizado el acto que se dice arbitrario, esto es, el que priva a una persona de su libertad, y no como lo pretende el libelista, que sea esta Corporación por tener a su disposición el proceso, la encargada de proteger por dicha vía su derecho a ser libre, ante presuntas irregularidades atribuibles a quienes le impartieron captura.

Ya esta Corporación en repetidas oportunidades se ha pronunciado sobre la competencia para atender peticiones como la que ahora eleva *Henao Carvajal*, entre otras, en providencias de fechas 19 de noviembre de 1991 y 14 de julio de 1992, precisando en lo pertinente:

"...desde un punto de vista racional que consulte la naturaleza del amparo de *habeas corpus*, fácilmente se desprende que apuntando ese instituto a la garantía de la libertad personal 'contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla', su reglamentación se excepciona de los mecanismos propios de la instancia, dentro de los cuales bien podría de otro modo subsistir, precisamente para que con ajenidad a esos ritos ordinarios, halle prevalencia y efectividad inmediata la garantía que trata de ampararse."

"En un enfoque sistemático, esta primera apreciación sólo halla su confirmación rotunda, partiendo de la observación misma de la regulación que de este derecho se hace dentro de un capítulo aparte e independiente de los atinentes a la libertad del procesado, y que al propio tiempo señala los funcionarios competentes, los términos y los ritos dentro de los cuales se ha de resolver la solicitud..."

"Enseña el artículo 30 de la Constitución Nacional que 'quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante *cualquier autoridad judicial, en todo tiempo*, por sí opor interpuesta persona, el *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis (36) horas". (Destacado fuera de texto).

"Así mismo, el numeral 1o. del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal establece que toda persona tiene derecho a "acudir ante cualquier juez o magistrado del mismo lugar o del más cercano al sitio donde se produjo el acto ilegal, para que decida a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes si decreta la libertad. La solicitud se puede presentar ante cualquier funcionario judicial, pero el trámite corresponde exclusivamente al juez penal'."

"La norma superior antes transcrita está indicando que el amparo de *habeas corpus* puede ser 'invocado' ante cualquier autorida judicial, sin

haber determinado competencia alguna para su trámite y resolución. Por ello, la que la norma legal atribuye al juez penal, resulta compatible con la disposición constitucional transcrita."

"Entonces, cuando la Carta Política hace referencia a *'cualquier autoridad judicial'* ante quien pueda invocarse el amparo de *habeas corpus*, debe entenderse que lo será como lo prescribe el numeral 1o. del artículo 431 del estatuto procedimental penal, ante cualquier juez o magistrado del mismo lugar o del más cercano al sitio donde se produjo el acto ilegal (Civil, Penal, Laboral, Regional) o Fiscal."

"Si se dirige a un funcionario distinto del juez penal, quien la recibe, deberá inmediatamente remitirla al juez penal competente que lo será, se repite, el del lugar o el más cercano al sitio donde se produjo el acto ilegal, o sea, al juez penal municipal o promiscuo penal del circuito, pues lo que el Constituyente previó al consagrar como termino máximo de treinta y seis (36) horas para tramitar y decidir la acción pública a que nos venimos refiriendo, fue el fácil acceso a la administración de justicia de quien considera que se halla ilegalmente capturado, para reclamar la protección inmediata del derecho fundamental de la libertad, es decir, a que no sea restringido sino en virtud del mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (artículo 28 de la C. N.)."

"Ahora bien: es claro que si la acción puede ser invocada por el propio capturado o por terceros en nombre suyo, lo que la norma legal citada está facilitando, es que el afectado con la privación ilegal de su libertad, pueda demandar en forma rápida, es decir, inmediata, la protección de su derecho fundamental, sin importar si lo hace o no ante el juez competente. Corresponde entonces al funcionario judicial que recibe la petición, si lo es el penal, darle el trámite inmediato y decidirla dentro del término improrrogable de treinta y seis (36) horas. Pero si el funcionario que la recibe no es el competente, o sea, distinto a los jueces penales, deberá igualmente en forma inmediata remitirla a éste para su trámite y decisión en los términos ya indicados."

"Debe la Sala precisar que cuando la ley señala como juez competente para el trámite y decisión de la acción de *habeas corpus*, al 'juez penal', no se puede incluir en dicha expresión juez colegiado, es decir, a los tribunales superiores y mucho menos a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación."

"Una ligera lectura del numeral 1o. del artículo 431 del estatuto procesal vigente, pudiera llevar a pensar en principio, que la norma se aparta de la

tradición legislativa al respecto, al otorgar competencia no sólo al juez, como lo señalaban los códigos de 1971 y 1987 en sus artículos 420 y 456 respectivamente, sino además a los tribunales, cuando el precepto permite incoar la acción 'ante cualquier juez o magistrado'."

"Sin embargo, ese no puede ser en ningún caso el alcance y sentido de la norma en cita."

"Siendo el *habeas corpus*, previsto en la Carta Política y en la ley, un recurso excepcional dirigido contra actos arbitrarios de las autoridades que vulneren el derecho a la libertad, su trámite y resolución no puede someterse a ritualidades cuya observancia implica de suyo una dilación en el pronunciamiento judicial correspondiente."

"Es de la esencia de esta acción de *habeas corpus* por los fines que persigue y los intereses que en ella se ventilan, la celeridad en el proferimiento de la decisión y el trámite brevísimo que suprime todos aquellos incidentes o circunstancias que puedan dilatarlo; por ello el artículo 434 del Código de Procedimiento prohíbe que la solicitud se someta a reparto, trámite imposible de omitir en la autoridad de los jueces colegiados, que se admitan recusaciones, señalando un término perentorio de treinta y seis horas para negar o decretar la libertad."

"Si las Corporaciones judiciales se entendieran como "*juez penal*" susceptible de conocer de las acciones de *habeas corpus*, el trámite y decisión no podrían cumplirse dentro del término determinado tantas veces citado, pues por su estructura y organización, las determinaciones interlocutorias solamente pueden ser adoptadas en Sala de Decisión, por mayoría absoluta, es decir, que el Magistrado Sustanciador, a más de tener que darle el trámite respectivo, como lo es el practicar diligencia de inspección judicial al proceso por el que se halla detenido quien invoca el *habeas corpus* o solicitar los informes que sean pertinentes al Director del Centro de Reclusión o al funcionario que dispuso la captura, cuando su sede se encuentra en lugar diferente (ciudad o población), deberá presentar proyecto para ser sometido a consideración de sus compañeros de Sala, con el riesgo de ser derrotado, en cuyo caso, el que le siga en turno deberá elaborar uno nuevo y el Magistrado disidente, presentar su salvedad de voto. Todo ello iría contra los postulados del artículo 30 de la Carta Magna que determina como plazo máximo para decidir la acción el de treinta y seis horas."

"...El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal se refiere a juez singular al establecer que la solicitud puede ser presentada ante cualquier funcionario pero es categórico al señalar que 'el trámite corresponde

exclusivamente al juez penal del lugar más cercano al sitio donde se produjo el acto ilegal'."

"Los artículos 433, 434 y 437 *ibidem* igualmente se refiere al juez singular del lugar, a quien facultan para practicar diligencias de inspección judicial, interrogar a la persona capturada y finalmente decretar su libertad si a ello hubiera lugar, sin que en ningún momento se aluda a tribunal o juez colegiado."

"Es evidente entonces que el legislador ha señalado un ámbito restrictivo, una órbita de competencia en cabeza de jueces penales o promiscuos del lugar donde se produjo el acto ilegal o del más cercano en el supuesto de que allí no exista juez o éste fuere el que dispuso la detención." (Magistrados ponentes Dres. Jorge Carreño Luengas y Juan Manuel Torres Fresneda).

"Y no puede ser otro el correcto entendimiento del precepto analizado, porque pretender otorgar competencia a las corporaciones para conocer de la acción desnaturalizaría el objetivo y la función que a esta garantía del *habeas corpus* han querido darle la Constitución y la ley al amparar la libertad personal, como ya se dejó anotado."

Visto lo anterior, la solicitud elevada por el procesado *Henry Henao Carvajal* no puede ser atendida por esta Corporación por carecer de competencia para conocer de la acción de *habeas corpus*. Por ello, la Sala se abstendrá de considerarla, sin perjuicio de ser presentada nuevamente por el actor ante juez competente, quien decidirá en definitiva sobre la procedibilidad o no del amparo demandado.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se abstiene* de considerar la solicitud de amparo de *habeas corpus* elevada por el procesado *Henry Henao Carvajal* por las razones consignadas en precedencia.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, No firmó *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

PENA / ACLARACION DE PROVIDENCIA

La Corte sólo está facultada para modificar la pena impuesta en la sentencia, al momento de dictar el fallo que ponga fin al recurso de casación, de llegar a prosperar la correspondiente demanda. Mientras tanto, la de segundo grado dictada por el Tribunal conserva su valor, pues se presume su legalidad y acierto.

Establece el inciso segundo del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil que la aclaración de providencias procederá de oficio dentro del término de ejecutoria, o mediante el recurso de reposición.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o.) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 107

Proceso No. 9872

VISTOS

El procesado *José Angel Aparicio Gómez*, quien se halla detenido en el Centro de Reclusión de la Policía Nacional en Facatativá, presenta dos escritos mediante los cuales solicita se le conceda el subrogado de la condena de ejecución condicional o libertad provisional y se aclare el auto de fecha 28 de junio del corriente año mediante el cual se abstuvo la Sala de pronunciarse sobre los beneficios administrativos previstos en los artículos 147, 148 y 149 de la Ley 65 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dice el procesado *Aparicio Gómez* que la condena de 36 meses y 15 días impuesta por el señor Juez Noveno Penal del Circuito y confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, por carecer de ejecutoria, es decir, de firmeza por haber sido recurrida en Casación, al haber recibido aceptación formal la demanda por parte de la Corporación, puede sufrir la sentencia reformas sustanciales, por lo que en su caso tendría derecho

al beneficio de la libertad provisional prevista en el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, pues de conformidad con la calificación que se le pueda dar a los delitos imputados, la sanción estaría entre los 24 y 28 meses de prisión, luego se impone su excarcelación por pena cumplida.

Equivocados resultan los planteamiento del libelista, pues al invocar el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, hace sus propios cálculos para afirmar que ha cumplido la sanción que le pueda corresponder por su conducta y, además, que en su caso se darían los presupuestos del artículo 68 del Código Penal para que se le suspenda condicionalmente la sentencia, pues no podrá negarse el beneficio so pretexto de requerir tratamiento penitenciario. Olvida que si bien es cierto el proceso se halla en trámite del recurso extraordinario de casación, los juzgadores de instancia ya dictaron sus respectivos fallos y que la sanción ya fue tasada, precisamente con fundamento en la calificación que se le dio a su conducta y el grado de responsabilidad penal.

Como ya se puntualizó en proveído de fecha 31 de enero del corriente año, la Corte sólo está facultada para modificar la pena impuesta en la sentencia, al momento de dictar el fallo que ponga fin al recurso de casación, de llegar a prosperar la correspondiente demanda. Mientras tanto, la de segundo grado dictada por el Tribunal conserva su valor pues se presume su legalidad y acierto.

Entonces, en el actual momento procesal, el beneficio reclamado resulta impertinente sobre la base de que *Aparicio Gómez* se halla condenado a la pena de treinta y seis (36) meses y quince (15) días de prisión como autor responsable de los delitos de extorsión en conato y falsedad en documento público agravada por el uso, siendo de agregar que por las múltiples solicitudes y recursos interpuestos por él, no ha sido posible que la Procuraduría Delegada rinda su concepto, presupuesto este de obligatorio cumplimiento para que la Sala pueda dictar el fallo respectivo que ponga fin al recurso extraordinario de casación y con el cual, en definitiva, podrán establecerse los beneficios a que pueda tener derecho.

Con relación a su segunda petición, establece el inciso segundo del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil que la aclaración de providencias procederá de oficio dentro del término de ejecutoria, o mediante el recurso de reposición, luego al haber causado ya ejecutoria el auto de fecha 28 de junio del corriente año, su solicitud resulta extemporánea.

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

RESUELVE:

1° *Negar* al procesado *José Angel Aparicio Gómez* el beneficio de libertad provisional que con apoyo en el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 reclama en esta oportunidad.

2° *Abstenerse* de considerar la petición de aclaración de la providencia de fecha 28 de junio del corriente año, por extemporánea.

3° Sin más dilaciones, remítanse las diligencias a la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, para lo de su competencia.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA / TRANSITO DE LEGISLACION / PROCESO PENAL / *APELACION*

El artículo 13 transitorio de esa misma obra (Decreto 2700 de 1991), previó el trámite a seguir en los procesos que ya estaban en curso en el momento de entrar a regir y señaló:

"Art.13. Trámite de audiencia y sentencia. Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública se continuarán tramitando con base en el anterior código, sin necesidad de traslado en segunda instancia al ministerio público".

De corte similar es la Ley 153 de 1887 en su artículo 40, que regula la vigencia de la ley procesal en el tiempo para las leyes concernientes a la sustanciación y al rito, en tanto establece que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Esta excepción al principio de vigencia inmediata de la ley procesal no tiene cabida tratándose de la regulación de competencias, a no ser que la nueva norma estipule algo diferente para el período de tránsito entre la disposición recién expedida y la derogada.

2. Según Florián el proceso penal tiene un substrato de altísimo interés público: la ordenación de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de observancia de las mismas, etc., son de carácter público. Aquí no se originan derechos adquiridos; sería una herejía hablar de cuasicontratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo mismo el artículo 2 del C. P. no tiene paralelo en el procedimiento penal, y de aquí la vigencia de la regla indicada de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, la cual extiende también su fuerza a los procesos pendientes, procesos incoados por delitos cometidos con anterioridad a su promulgación". (Elementos de Derecho Procesal Penal).

Se tiene que la ley procesal rige, por principio, de manera inmediata afectando las actuaciones en curso, salvo en aquellos eventos excluidos por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y por normas particulares que en

cada ordenamiento regulan el tránsito de legislación. En el caso del actual C. de P. Penal, el art. 13 transitorio definió cómo habrían de culminarse, en cuanto al trámite y a los sujetos intervinientes, los procesos en los cuales, para el momento de entrar a regir, ya se había iniciado audiencia pública. Y respecto de las competencias establecidas en dicho estatuto, allí se regularon las situaciones especiales que se quisieron excluir de la regla general de la vigencia inmediata o aquellas respecto de las cuales se requería alguna claridad especial. Normas específicas de esta laya son los artículos 2, 3, 4, 9, 11, 12, 14 y 15 transitorios de Decreto 2700 de 1991.

La esencia de la norma procesal es reglamentar el método que se llama proceso. Organizar su estructura y disciplinar el ejercicio de los derechos, deberes y cargas procesales de aquellos que intervienen en él. Si por razones de interés público se varía la organización de la judicatura y con ello se afectan las competencias y la manera como se desenvuelven los recursos, lo que interesa, en punto a la garantía de la doble instancia es que exista la posibilidad de impugnación y que ello se produzca ante funcionario imparcial, es decir, que no haya comprometido su posición.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 108 (02-08-95)

Proceso No. 9923

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación excepcional presentada por el defensor del procesado *Roberto Emilio Galofre Fernández*, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, que revocó el fallo absolutorio dictado por ese mismo despacho judicial y en su lugar condenó al aquí recurrente a la pena principal de doce (12) meses de prisión y multa de mil pesos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y al pago de los perjuicios materiales, como autor responsable del delito de abuso de confianza.

I. HECHOS

Fueron resumidos por el Procurador Delegado así:

"Tuvieron ocurrencia en la ciudad de Santa Marta en el Servicentro Turístico El Rodadero de propiedad de Oswaldo Arias Vence, cuya administración le había sido confiada a *Roberto Emilio Galofre Fernández* desde el año de 1978 hasta 1988, año en que se descubrieron múltiples

irregularidades en el manejo de dinero perteneciente a la empresa, que la llevaron a la quiebra.

El contador del mencionado establecimiento comercial analizó la situación contable y dictaminó que faltaban aproximadamente $8'230.000.oo de cuya desaparición responsabilizaron a *Galofre Fernández* y denunciaron los hechos ante las autoridades que iniciaron la presente investigación penal.

II. Actuación procesal

El Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Santa Marta, teniendo como base la denuncia formulada por Oswaldo Javier Arias Vence, ordenó la apertura de la correspondiente investigación, vinculando a la misma mediante indagatoria a *Roberto Emilio Galofre Fernández*, a quien le resolvió la situación jurídica absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en su contra.

Cerrada la investigación, el juzgado instructor en providencia de diciembre 7 de 1989 calificó el mérito del sumario con reapertura de la investigación por el término de ocho meses.

La anterior decisión fue apelada por el representante de la parte civil y resuelto el recurso por el Tribunal Superior de Santa Marta el 17 de agosto de 1990, revocó la reapertura y en su lugar formuló resolución de acusación en contra del procesado por el delito de abuso de confianza y en la misma providencia le dictó medida de aseguramiento en la modalidad de caución prendaria en cuantía de un salario mínimo mensual.

Por competencia le correspondio la etapa del juicio al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, despacho que luego de celebrada la audiencia pública que tuvo lugar el 25 de septiembre de 1991, dictó sentencia el 4 de diciembre siguiente, en la que absolvió al procesado por el delito de abuso de confianza por el que fue acusado.

El apoderado de la parte civil apeló la sentencia de primera instancia y el Tribunal Superior en providencia de mayo 11 de 1992 se abstuvo de resolver el recurso por considerar que se presentaron irregularidades en su trámite. El Juzgado Tercero Penal del Circuito tramitó un incidente y al resolverlo en auto de septiembre 7 del mismo año concedio nuevamente el recurso.

El Tribunal Superior de Santa Marta, luego de haberse presentado el memorial sustentatorio del recurso en el cual se planteó una nulidad por falta de competencia, en providencia del 9 de diciembre siguiente resolvió inhibirse de desatar la alzada por falta de competencia, teniendo en cuenta

que la nueva legislación procedimental penal fijó la competencia de los delitos que requieren querella de parte en los Juzgados Penales Municipales, y el delito de abuso de confianza en cuantía superior a diez salarios mínimos legales mensuales (caso de estudio) es querellable, por lo que ordenó al Juzgado Tercero Penal del Circuito remitir el proceso al Juzgado Penal Municipal (reparto) por ser de su resorte.

El Juzgado Séptimo Penal Municipal que recibió el expediente, en proveído del 2 de marzo de 1993 ordenó enviarlo nuevamente al Juzgado del Circuito, por ser el competente para desatar la segunda instancia de los procesos por delitos en los cuales él conoce en primera.

Recibido el proceso por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, en auto de abril 22 del mismo año decidio inhibirse de conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por ese mismo despacho, en consideración a que se quebrantaría el principio de la doble instancia y ordenó devolver el expediente al Juzgado Séptimo Penal Municipal, quien dispuso remitir el proceso al Tribunal Superior a fin de que se resolviera la colisión de competencias planteada en auto de mayo 12 siguiente.

Llegado el expediente al Tribunal Superior de Santa Marta, la Sala se pronunció el 11 de junio resolviendo inhibirse nuevamente de conocer de la alzada por falta de competencia, ordenando devolver el expediente al Juzgado Penal Municipal para que éste lo envíe al "Juzgado que corresponda".

El Juzgado Tercero Penal del Circuito resolvió el recurso de apelación en los términos antes indicados. Para ese momento, un profesional diferente al que produjo el fallo de primer grado, actuaba como titular del despacho.

III. La demanda

El casacionista invoca la causal tercera consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad. Para el efecto se apoya en la causal segunda de nulidad de que trata el artículo 304 *ibidem*.

Considera el recurrente que al ser resuelto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia por el mismo juzgado que la profirió ("así el titular del Juzgado no sea la misma persona", aclara) se violaron los artículos 211 y 210 del estatuto procesal penal vigente.

Argumenta el libelista que el artículo 211 procesal penal prohíbe la reforma de la sentencia por el mismo juez que la dictó, y que en el caso de estudio el Juez Tercero Penal del Circuito de Santa Marta dictó la sentencia

de primera instancia y fue el mismo Juzgado Tercero el que la revocó al desatar el recurso de apelación; esto viola lo dispuesto en el artículo 210 de la misma obra, que prevé que el recurso de apelación debe ser decidido por el respectivo superior jerárquico, esto es, el Tribunal Superior de Santa Marta.

Expresa el censor que el Tribunal "en ningún momento ordenó que el Juzgado Tercero Penal del Circuito desatara el recurso de apelación contra la sentencia de cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y uno. Ordenó sí que se remitiera al Juzgado Penal Municipal (reparto)".

Sostiene que el Tribunal "cometió el error de no decretar la nulidad de la sentencia de primera instancia para que se dictara por el Juez Penal Municipal (reparto) en primera instancia y que la segunda instancia se surtiera ante el Juzgado Penal del Circuito (reparto)".

Sustenta su petición de nulidad afirmando que: "La institución de las dos instancias es de la esencia del proceso penal pues garantiza el derecho de defensa" y que en el presente proceso se desconoció dicho principio fundamental y que por tal motivo se afectó con el vicio de nulidad la actuación.

IV. ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El apoderado de la parte civil presentó dentro del término de traslado un escrito en el que solicita a la Corte no atender la petición de casación del fallo impugnado, por las siguientes razones:

Que se trata de un delito de querella como es el abuso de confianza cuya competencia es exclusiva de los jueces penales municipales al pasar la cuantía de los diez salarios mínimos mensuales.

Que por ese motivo no procede el recurso de casación contra dichos fallos porque se constituiría a la Corte en una cuarta instancia al pretermitirse la instancia del Tribunal Superior respectivo y concluye que en su opinión la casación excepcional "no puede extenderse a los delitos de querella, competencia exclusiva de los jueces penales municipales".

Agrega que vale la pena recordar el caso seguido "por fraude mediante cheque (delito de querella) contra el doctor *Alfredo Riascos Labarces*" en el cual fue defensor, y que "la misma Corte después de haber casado y ante un recurso de nulidad revocó su propia decisión".

Sostiene "que no se han violado derechos fundamentales en razón de que la sentencia absolutoria dictada inicialmente por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, no estaba en firme y al haber cambiado

la legislación y bajar el negocio por competencia a los penales municipales era el reparto de los jueces penales del Circuito quien debía conocer de la segunda instancia".

Agrega que el derecho de defensa y el debido proceso estuvieron respetados en todo momento y "como el ataque no es sustancial" solicita que se desestime la demanda presentada.

Expresa que "tampoco consideramos que el Tribunal Superior de Santa Marta como se afirma, haya errado por razón de la competencia. El penal del circuito era el superior del *a quo*, y por tanto debía desatar la segunda instancia como se hizo".

V. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de diciembre 9 de 1992 proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en la que tal Corporación se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante de la parte civil contra la sentencia de primera instancia y ordenó la devolución del expediente para la reposición de lo irregularmente actuado.

Estima el Procurador que para verificar la violación de la garantía reclamada en la demanda es importante precisar el momento exacto en que se produjo el cambio de legislación procesal.

Para el efecto, señala que la sentencia de primer grado la dictó el Juzgado Penal del Circuito de Santa Marta el 4 de diciembre de 1991 y la diligencia de audiencia pública se había celebrado el 25 de septiembre del mismo año.

El 11 de mayo de 1992 el Tribunal Superior de Santa Marta, que había recibido el proceso por competencia para que se surtiera el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil, se abstuvo de hacerlo por cuanto estimó que habían ocurrido algunas irregularidades en su trámite y en providencia de 9 de diciembre siguiente se inhibió de conocer del recurso debidamente interpuesto porque consideró que carecía de competencia en virtud de la nueva legislación procedimental penal.

El Decreto 2700 de 1991 de conformidad con lo previsto en el artículo 1o. transitorio del mismo, entró a regir el 1o. de julio de 1992, es decir, cuando la diligencia de audiencia pública ya se había celebrado.

El artículo 13 transitorio de esa obra previó que: "Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuarán tramitando con

base en el anterior Código, sin necesidad de traslado de segunda instancia al Ministerio Público".

Advierte que en el presente caso no sólo se había iniciado la vista pública al momento de entrar en vigencia el nuevo ordenamiento procesal, sino que ya se había culminado y se había dictado la sentencia de primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, con lo cual es el anterior Código el que debe aplicarse en su integridad.

Destaca que en este caso particular se tiene que la ley procesal definió la conducta a seguir, dependiendo de la etapa procesal en la que se hallara el trámite a fin de evitar traumatismos ante el cambio de legislación y no cabe por tanto desconocer sus claros preceptos bajo el argumento de cambio de competencia y la particular naturaleza de las normas que la establecen, pues partiendo de la norma transitoria, se ha de entender que fue voluntad del legislador conservar íntegramente las disposiciones del anterior ordenamiento procesal penal para el trámite, hasta la culminación con sentencia ejecutoriada, de los procesos que podrían resultar afectados con el tránsito de legislación.

Considera que no podría llegarse a otra conclusión si se tiene en cuenta que además el artículo 12 transitorio del Decreto 2700 de 1991 dispuso que: "Las apelaciones que se hayan interpuesto contra la resolución de acusación al entrar en vigencia este código, se surtirán ante el superior jerárquico de la unidad de Fiscalía que tenga competencia para investigar el delito en primera instancia", de donde no surge duda en una interpretacion sistemática de las normas transitorias, que la variación de la competencia solamente podría influir en aquellos casos en los que se presentara la otra condición: celebración de la audiencia pública.

Agrega que: "La aplicación de normas que no eran las que por ley corresponden al caso concreto, determinó el quebrantamiento de la garantía constitucional de la doble instancia, por lo que resulta evidente la comisión de irregularidades sustanciales que determinan invalidez de la actuación".

Sostiene a partir de tal conclusión debe declararse la nulidad de todo lo actuado desde la providencia de 9 de diciembre de 1992 en la que el Tribunal se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil por considerar que no era competente para ello.

Concluye que en el evento presente tiene plena operancia el mecanismo de la nulidad por violación del principio de la doble instancia e

imparcialidad del juez, constitutivos del debido proceso, ocurrida en el trámite del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta el 4 de diciembre de 1991.

VI. Consideraciones de la Corte

La demanda sometida a estudio contiene un único cargo que el impugnante formula al amparo de la causal tercera de casación por considerar que la sentencia de segunda instancia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Sostiene el censor que al resolverse el recurso de apelación por el mismo juzgado que dictó la sentencia de primera instancia, se vulneró el principio fundamental de la doble instancia consagrado en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, así como el artículo 211, según el cual no le es permitido reformar la sentencia al mismo juzgado que la profirió.

Teniendo en cuenta que la situación aquí planteada se originó por el transito de legislación procesal, necesario resulta establecer el momento preciso en que ésta se produjo, por ser indispensable para verificar la violación de la garantía reclamada.

Para el efecto se tiene:

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, el 4 de diciembre de 1991 dictó sentencia de primera instancia absolviendo al procesado por el delito de abuso de confianza, previa celebración de la audiencia pública que tuvo lugar el 25 de septiembre del mismo año.

El Tribunal Superior de esa misma ciudad recibió el proceso por competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil y en proveído de mayo 11 de 1992 se abstuvo de hacerlo por estimar que se presentaban algunas irregularidades en su trámite.

Recibido nuevamente el proceso por el Tribunal, se ordenó fijarlo en lista durante el término de cinco días, durante el cual el representante de la parte civil presentó el escrito sustentatorio y la Sala de decisión en auto de diciembre 9 de 1.992 se inhibió de conocer del recurso de apelación debidamente interpuesto, porque consideró que carecía de competencia en virtud de la nueva legislación procedimental penal.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo primero transitorio del Decreto 2700 de 1991, éste entró a regir el primero (1o.) de julio de mil novecientos

noventa y dos (1992), es decir cuando la diligencia de audiencia pública ya se había celebrado y el fallo de primera instancia ya se había proferido.

El artículo 13 transitorio de esa misma obra previó el trámite a seguir en los procesos que ya estaban en curso en el momento de entrar a regir y señaló:

"Art. 13. Trámite de audiencia y sentencia. Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública se continuarán tramitando con base en el anterior código, sin necesidad de traslado en segunda instancia al ministerio público."

De corte similar es la Ley 153 de 1887 en su artículo 40, que regula la vigencia de la ley procesal en el tiempo para las leyes concernientes a la *sustanciación y al rito*, en tanto establece que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Esta excepción al principio de vigencia inmediata de la ley procesal no tiene cabida tratándose de la regulación de competencias, a no ser que la nueva norma estipule algo diferente para el período de tránsito entre la disposición recién expedida y la derogada.

Eugenio Florián explica así el fundamento del principio de vigencia inmediata de la ley procesal:

"Una vez promulgada la norma procesal penal, se aplica no sólo a los procesos nuevos (que pueden ser llamados respecto a la ley misma), sino también a los pendientes, porque, por ser tal ley de carácter público, es una expresión directa de los intereses generales y públicos. Mientras en el Derecho Penal sustantivo rige el principio de no retroactividad, en el proceso penal vale el de la retroactividad, como regla y salvo particulares excepciones.

La razón de ello es obvia. El proceso penal tiene un substrato de altísimo interés público: la ordenación de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de observancia de las mismas, etc., son de carácter público. Aquí no se originan derechos adquiridos; sería una herejía hablar de cuasicontratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo mismo, el art. 2 del C. P. no tiene paralelo en el de procedimiento penal, y de aquí la vigencia de la regla indicada de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, la cual extiende también su fuerza a los procesos pendientes, procesos incoados por delitos cometidos con anterioridad a su promulgación" . (Elementos de Derecho Procesal Penal).

Se tiene, entonces, que la ley procesal rige, por principio, de manera inmediata afectando las actuaciones en curso, salvo en aquellos eventos

excluídos por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y por normas particulares que en cada ordenamiento regulan el tránsito de legislación. En el caso del actual C. de P. Penal, el art. 13 transitorio definió cómo habrían de culminarse, en cuanto al trámite y a los sujetos intervinientes, los procesos en los cuales, para el momento de entrar a regir, ya se había iniciado audiencia pública. Y respecto de las competencias establecidas en dicho estatuto, allí se regularon las situaciones especiales que se quisieron excluir de la regla general de la vigencia inmediata o aquellas respecto de las cuales se requería alguna claridad especial. Normas específicas de esta laya son los artículos 2, 3, 4, 9, 11, 12, 14 y 15 transitorios del Decreto 2700 de 1991.

Así mismo, la Corte en precedente jurisprudencial de octubre 7 de 1987, señaló la primacía de la norma que establecía la vigencia inmediata de la competencia sobre aquella que en el Decreto 050 de 1987 disponía la aplicación del rito derogado para los procesos que para ese entonces estuviesen con auto de cierre de investigación ejecutoriado (arts. 5 y 677 del Dto. 050 de 1987; M. P. Dr. Saavedra Rojas).

Este análisis previo sobre la competencia, es menester hacerlo por la íntima conexión que en el caso específico tiene con el cargo propuesto en la demanda, patrocinado por la Procuraduría Delegada y recogido en la ponencia inicial. En efecto, el desenvolvimiento del proceso a través de instancias y cómo y ante quién deben desdoblarse éstas, es un asunto que en últimas depende de la forma en la cual entren a regir las disposiciones del tránsito procedimental.

Para el momento en que el Tribunal Superior se abstiene de resolver de fondo la apelación contra la decisión absolutoria de primera instancia (o sea el 9 de diciembre de 1992), el hecho por el que se procesaba al imputado, y al cual se refería la sentencia, era de competencia de los Juzgados Municipales en lo Penal ya que el objeto procesal versaba sobre delito contra el patrimonio en cuantía no superior a 50 salarios mínimos legales (C. P. P. 73.1) y además querellable (73.2) Siendo ello así, la alzada correspondía a los Juzgados del Circuito conforme al numeral 2 del art. 72 *ib.* ya que se trata de la segunda instancia de proceso de conocimiento de Juez Penal Municipal, y es dicha circunstancia, la naturaleza del hecho, la que permite asumir la denominada competencia funcional, que no la mera formalidad de que el proveído haya sido dictado por dicha categoría de funcionarios. Otra cosa es que se hubiese creado una situación *ad hoc* y atípica que la ley procesal no previó y a la cual no otorgó correctivo específico, dejándola diferida a la regla general del procedimiento.

De lo anterior se deriva, entonces, que el proceso sí tuvo dos instancias y que por ello no se produjo vicio de actividad que origine la nulidad de la actuación. Precisamente es como consecuencia del desarrollo de la segunda instancia, en la que el Juzgado del Circuito actúa como juez *ad quem* por expresa disposición legal, que se revoca la sentencia de absolución y se reemplaza por fallo de condena. El Juzgado del Circuito ejerce, en ese momento, la denominada competencia funcional de segunda instancia, atribución que como lo señala Leone "la determina la distribución de la jurisdicción penal en relación a las fases de desarrollo de la relación procesal penal o a particulares actividades". Agrega el mismo autor que son razones de diversa índole las que inducen al legislador a dividir el proceso no sólo en varios grados, sino también en varias fases, a cada cual corresponde una determinada competencia que se denomina funcional. Y cita como ejemplo de esas distintas razones, las atinentes a la especialización de funciones, particular capacidad o particular estructura u organización del oficio y división del trabajo. (Tratado de Derecho Procesal Penal; T. I, p. 361)

La esencia de la norma procesal es reglamentar el método que se llama proceso. Organizar su estructura y disciplinar el ejercicio de los derechos, deberes y cargas procesales de aquellos que intervienen en él. Si por razones de interés público se varía la organización de la judicatura y con ello se afectan las competencias y la manera como se desenvuelven los recursos, lo que interesa, en punto a la garantía de la doble instancia, es que exista la posibilidad de impugnación y que ello se produzca ante funcionario imparcial, es decir, que no haya comprometido su posición. Así ocurrió en este proceso, ya que la decisión final, ahora recurrida en casación excepcional, no fue proferida por la misma autoridad concreta que expidio el fallo impugnado, y porque de haber sido la misma persona el titular del despacho al que correspondía desatar la alzada, respecto de ella habría prosperado una causal de recusación o un motivo de impedimento. Tanta independencia de criterio existió entre los diferentes Jueces del Circuito, tan poca vinculación hubo entre la judicatura, que las decisiones fueron diametralmente opuestas. Por eso, la violación al debido proceso, en su vocación para desenvolverse en grados de competencia que permitan el ejercicio del derecho de contradicción, no existió. Por eso también fracasa el ataque en Casación.

Cuando el recurrente pregona que el Tribunal Superior no ordenó que el Juzgado del Circuito desatara la apelación y que se cometió el error de no decretar la nulidad del fallo de primer grado para que se dictara por el

Juez Penal Municipal, no repara en que dicha anulación era improducente habida consideración de que cuando la sentencia se produjo, el *a quo* era precisamente el competente para hacerlo, según la ley hasta ese momento vigente. Tampoco se repara en que la inmodificabilidad de la sentencia (C. P. P. 211) es mandato concebido sobre el supuesto de que se produzca en desarrollo de una misma instancia, ni en que si el Juzgado Municipal se hubiera abstenido de remitir el proceso al Circuito, para que se desatara la alzada, ahí sí habría dejado el proceso huérfano de la doble instancia, otorgándole tratamiento de única a lo que apenas era de primera.

De ahí que la Sala deba apartarse del concepto del Delegado del Ministerio Público y de la pretensión demandada en Casación, a través del recurso excepcional o discrecional.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese y remítase al juzgado de origen.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel con Salvamento de Voto, *Carlos E. Mejía Escobar,Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* con Salvamento de Voto.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

APELACION

(Salvamento de Voto)

Proceso No. 9923

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto exponemos las razones por las cuales no compartimos la decisión tomada por la mayoría, con la cual no sólo se dejó el fallo sin una verdadera segunda instancia, sino que se creó un recurso de apelación horizontal inexistente en nuestra legislación procesal penal.

El asunto debatido es el siguiente:

1. El 4 de diciembre de 1991, fecha en la cual, no hay ninguna duda sobre su competencia, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta dictó sentencia absolutoria en favor de *Roberto Emilio Galofre Fernández*, quien fue llamado a juicio por el delito de abuso de confianza.

Interpuesto el recurso de apelación por el apoderado de la parte civil, fue concedido por auto de diciembre 19 del mismo año. En enero 24 de 1992, el Magistrado sustanciador ordenó el traslado para el fiscal de la Corporación, y la fijación en lista para que las partes presentaran sus alegatos. Surtido este trámite, la Sala en proveído de febrero 6 de 1992 se inhibió temporalmente de resolver, y remitió el expediente al juzgado para que precisara la fecha de la interposición de la impugnación, con el fin de saber si había sido en tiempo o no. El Juzgado del Circuito adelantó un incidente dentro del cual se demostró que el recurso fue interpuesto y sustentado el día 9 de diciembre de 1991, esto es, dentro del término, razón por la cual dispuso que el expediente volviera al Tribunal Superior para que se pronunciara sobre la objeción planteada.

Como para ese momento, septiembre de 1992, ya había entrado en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal, en el cual se asignó la competencia de los delitos que requieren querella de parte a los Juzgados Penales Municipales, y el delito de abuso de confianza en la cuantía del

caso en estudio en adelante requería de querella, el Tribunal se abstuvo de resolver mediante auto en cuya parte motiva dijo:

"En consecuencia, desaparecida la competencia para conocer del presente asunto por claro imperativo de *lex nova,* la Sala se abstendrá de revisar la providencia que se ha pretendido examinar por no ser susceptible de la alzada, ordenándose la devolución del expediente al juzgado que corresponda, que no es otro diferente al Juzgado Penal Municipal (Reparto) de esta ciudad.

Afortunadamente al Juez Penal Municipal a quien le correspondio el proceso no le atrajo la idea del Tribunal de dejar sin resolver el recurso, pero se le ocurrió que éste debía ser resuelto por el Juzgado del Circuito, con base en que el delito era de su competencia, pero la segunda instancia de su superior funcional, olvidando que en este caso la sentencia fue en su momento válidamente dictada por dicho Juzgado del Circuito.

Recibido el proceso por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, se inhibió de pronunciarse sobre la sentencia, apoyándose en los argumentos que a continuación se transcriben y que los suscritos consideramos acertados:

"... mediante el principio de la doble instancia se busca que el superior jerárquico sea quien revise los actos del inferior y si este Despacho en estos momentos entrara a pronunciarse acerca de la apelación de la sentencia proferida en el proceso que se siguió contra *Roberto Galofre Fernández* estaría violando el principio rector a que nos venimos refiriendo, pues conocería de un auto proferido por Juez de su misma jerarquía. En consecuencia, por carecer de competencia, este Despacho se inhibirá de conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia fechada diciembre 4 de 1991."

Devueltas las diligencias al Juez Penal Municipal, éste resolvió enviarlas al Tribunal, en donde en un confuso auto manifiestan que se atienen a lo resuelto el 9 de diciembre de 1992, y dejan entrever que el recurso lo debe responder el Juez del Circuito, en obedecimiento de lo cual dicho funcionario así procedio.

Recurrida la sentencia en casación excepcional, la Sala mayoritaria estimó que el procedimiento utilizado era correcto y resolvió no casar.

2. Del anterior recuento se infiere con absoluta claridad lo siguiente:

a) Por voluntad de la mayoria de la Sala se puso a producir efectos retroactivos a una reforma procesal que varió la competencia para conocer del delito de abuso de confianza, cuando la cuantía es superior a diez salarios mínimos e inferior a cincuenta. Esto es evidente, si se tiene en

cuenta que le aplicaron la nueva competencia a un proceso en donde ya se había dictado sentencia de primera instancia, y lo que se debía utilizar eran las normas que regulan la competencia y el trámite de la segunda instancia.

b) Desconociendo esa indiscutible realidad, entraron a suponer, que como esa sentencia en el futuro le correspondería dictarla a un Juez Penal Municipal, desde ahora la segunda instancia era de competencia de los Juzgados del Circuito, "inventando" de esa manera una forma horizontal de resolver el recurso de apelación, y llevándose de calle el mandato constitucional del artículo 31, que claramente establece que la segunda instancia la debe resolver "el superior".

Y además, la suposición les sirve de apoyo para afirmar otra cosa que no es cierta, que la sentencia tuvo segunda instancia, cuando lo verdadero es que el proceso culminó en su fase ordinaria con dos sentencias proferidas en la misma instancia y por el mismo juzgado.

c) Como consecuencia de la decisión tomada también violaron el artículo 70 numeral 1o. del Código de Procedimiento Penal, en donde se asigna a las Salas Penales de los Tribunales Superiores la competencia para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos contra las providencias dictadas por los jueces del circuito.

La sentencia de primera instancia fue dictada por el Juzgado del Circuito en ejercicio de la competencia que en ese momento tenía, luego, por la razón legal anotada la segunda instancia correspondía al Tribunal, de manera que la decisión que se ha debido tomar en casación era invalidar el proceso para que se surtiera la apelación oportunamente interpuesta y concedida.

d) Desde el derecho romano, cuya organización judicial también se caracterizaba por la jerarquización y la verticalidad, la apelación, creada como un remedio contra la injusticia de la sentencia, se surtía ante el superior del funcionario que la había dictado.

Y durante la revolución francesa, que se pensó en suprimir el recurso de apelación o en darle un trámite horizontal, triunfó la tesis de que la esencia de la garantía consiste en que esta impugnación la resuelva el superior de quien profirió la decisión, razón por la cual se mantuvo el recurso.

Obviamente, "el superior" al cual se refiere nuestra Constitución Política, y el que entienden la doctrina y las legislaciones extranjeras, es el que está funcionalmente por encima de quien expidio la providencia recurrida, no "el superior" del funcionario que en el futuro le corresponda

tomar esas decisiones, porque con esa curiosa interpretación, que fácil resulta, como en este caso se ve, burlar la verdadera garantía del recurrente.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Enrique Valencia M.

FISCAL / JUEZ / COMPETENCIA

En desarrollo del mandato constitucional, el estatuto procesal distribuyó las competencias entregando a los fiscales la misión de "investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar", ante los jueces y tribunales, a quienes otorgó la función de juzgar. A partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación. (Art. 444 C. de P.P.).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 108

Proceso No. 9117

VISTOS

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Jaime Orlando Reyes Niño,* contra la sentencia proferida el cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 26 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable de un delito de homicidio simple, sancionándolo a purgar diez años de prisión como pena principal, las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y la obligación de indemnizar los perjuicios morales ocasionados con el delito en el equivalente a quinientos (500) gramos oro.

HECHOS

La síntesis la realizó el Tribunal. Aquí sus palabras:

"Están referidos a la muerte violenta ocurrida en zona rural de la Cumbre, Valle, el doce (12) de octubre de 1991, concretamente en el sector rural denominado Santa Inés, ubicado en la vía entre los municipios de La Cumbre y Yumbo, lugar donde fue encontrado el cadáver del Oficial de la

Policía en grado de Subteniente, Rodrigo Rayo Arévalo. Como antecedentes quedaron explicitados en la investigación, el suceso previo que aconteció en la residencia de la señora Miryam Zayra Ramírez Martínez, donde resultó una exacerbada discusión entre ésta y el Subteniente Jaime Orlando Reyes Niño con quien venía haciendo vida marital, altercado que culminó con una herida que el oficial propinara a la dama, causada con el arma de fuego que hizo necesaria su intervención en la Clínica Tequendama de esta ciudad, con heridas leves que dieron lugar a su egreso en tiempo próximo al acontecimiento. El traslado de la lesionada a la clínica se cumplió por el mismo Subteniente Reyes Niño en el vehículo de propiedad de la ofendida, un Mazda 626 de placas CAH 790 en el que posteriormente emprendio ruta hacia el municipio de La Cumbre, sin dar información a sus superiores del incidente con la señora Ramírez Mantilla. El viaje del policial hacia el citado municipio se cumplió hasta encontrarse con el también Subteniente Rodrigo Rayo Arévalo, dirigiéndose los dos compañeros de armas hacia el Corregimiento de Bitaco donde se dedicaron a la faena alcohólica que prolongaron hasta horas nocturnas, sin que el Subteniente Rayo Arévalo se reportara de regreso a su acantonamiento esa noche del 12 de octubre donde cumplía las funciones de Comandante.

El Subteniente Jaime Orlando Reyes Niño regresó a esta ciudad, no compareció a la sede de trabajo durante el transcurso del día 13 de octubre, hasta que en horas de la noche optó por acudir ante sus superiores y dar cuenta de las lesiones que le había causado a la señora Miryam Zayra Ramírez y suministrando algunos detalles sobre el lugar donde estaría localizado su compañero Rodrigo Rayo Arévalo, tal como finalmente fue posible encontrarlo ya sin vida, en la mañana del 14 de octubre".

ACTUACIÓN PROCESAL

El respectivo resumen pertenece a la Delegada. Escúchesele:

"El Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar de Cali con base en las diligencias preliminares practicadas por la Policía Judicial, declaró abierta la investigación penal mediante auto de fecha 15 de abril de 1991. A la par y con fundamento en el acta de levantamiento del cadáver de quien en vida respondía al nombre de Rodrigo Rayo Arévalo, el Juzgado 17 de Instrucción Criminal de Yumbo en proveído de la misma fecha ordenó la apertura de investigación y acto seguido dispuso el envío de las diligencias por competencia, al Juzgado Penal Militar aludido.

Aportados varios informes de Policía, recibidas declaraciones y la indagatoria del inculpado en auto calendado 18 de octubre de mil

novecientos noventa y uno, el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar resolvió la situación jurídica del sindicado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por los delitos de homicidio cometido en Rodrigo Rayo Arévalo y lesiones personales en Miryam Zayra Ramírez Mantilla, y abandono de puesto.

El 29 de octubre de mil novecientos noventa y uno, el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar ordenó remitir el proceso a la Jurisdicción ordinaria -Juzgado 17 de Instrucción Criminal- en razón a que de las diligencias se logró demostrar que los delitos de homicidio y lesiones personales no ocurrieron con ocasión del servicio sino que se trata de delitos comunes, por lo que el Juzgado de Instrucción Criminal avocó el conocimiento de la actuación mediante auto de fecha 30 de octubre de mil novecientos noventa y uno.

En providencia de fecha 30 de diciembre de mil novecientos noventa y uno, el Juzgado 17 de Instrucción Criminal dispuso el cierre de la investigación y en enero 29 de mil novecientos noventa y dos profirió resolución de acusación en contra de Jaime Orlando Reyes Niño como "presunto autor responsable 'del delito de homicidio' en armonía con el artículo 60 del C. Penal". Para continuar con la segunda etapa del proceso, el Juzgado 26 Penal del Circuito de Cali, avocó el conocimiento de la actuación mediante auto de fecha 24 de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Surtida la etapa del juicio, se dictó sentencia de primera instancia en tiempo y decisión anotada, la que apelada por el defensor del condenado fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali; providencia que ahora es motivo de este extraordinario recurso.

LA DEMANDA

Bajo el auspicio de la causal segunda de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente acusa la sentencia de segunda instancia -formulando un único cargo- por no haber consonancia entre la resolución acusatoria y la sentencia.

Luego de presentar los hechos desde su particular punto de vista, originados en la ira que sufriera el procesado por la infidelidad de su compañera permanente con su amigo Rayo Arévalo, el censor invoca la causal precitada dado que las sentencias de instancia no reconocieron la atenuante prevista en el art. 60 del C.P. aceptada en la resolución de acusación. Por consiguiente, a su juicio, el fallo no se encuentra en consonancia con los cargos formulados en dicho calificatorio.

Transcribe a continuación el numeral primero de dicha providencia y señala que como ésta no fue modificada, "hizo *Tránsito a cosa juzgada*

convirtiéndose en ley del proceso", sin que en la etapa del juicio se hubiese allegado prueba que desvirtuara la atemperante y, por ende, hiciese posible la variación consiguiente en la sentencia de rigor.

Por ello la honorable Corte ha indicado en múltiples ocasiones que la variación de la calificación sólo puede hacerse cuando la prueba resulte clara en la etapa de la causa e inclusive dentro de la audiencia de juzgamiento teniendo en cuenta las alegaciones o planteamientos verbales que se hagan en el debate.

Como quiera que el fallo del Tribunal dio ocasión a un salvamento de voto, refuerza su aserto transcribiendo un aparte considerativo del Magistrado disidente, quien advierte sobre el deber de enunciar los elementos estructurales del tipo en la resolución acusatoria porque sobre esas bases se desarrolla el juicio. Por consiguiente, al no existir en la legislación vigente el control de la legalidad como tampoco la variación de la calificación jurídica como en anteriores codificaciones, no es aceptable el reconocimiento de una diminuente, si en la fase subsiguiente no se ha allegado prueba que modifique sustancialmente la situación, "...siendo un imperativo legal proferir la sentencia en consonancia con aquélla, pues de lo contrario se sorprendería al sindicado y Defensa con una sentencia por cargos no previamente deducidos con lo cual se contraría el debido proceso al no haberse permitido el ejercicio debido del derecho a la defensa porque a ese momento procesal -emisión del fallo- ha fenecido la etapa probatoria que permite a los sujetos procesales desarrollar el principio de la contradicción con la práctica de pruebas en la Audiencia".

Esta tesis riñe con lo expresado por la Sala mayoritaria -comenta el casacionista-, para la que solamente basta cumplir con la preceptiva legal que demanda la invariabilidad del género del delito hasta la sentencia, restringiendo, además, la cosa juzgada a las decisiones ejecutoriadas que han puesto término al proceso. Con ello -a su juicio- se borran de un solo tajo los aspectos subjetivos del hecho punible, que dan como resultante una responsabilidad atenuada o agravada para una mayor o menor punibilidad.

Finaliza su intervención haciendo referencia -con la transcripción correspondiente- a un pronunciamiento de esta Sala con ponencia del H. Magistrado Saavedra Rojas (mayo de 1993) en la que se fijan los precisos lindes de la causal segunda. En ella se advierte que este motivo se da cuando la sentencia se dicta en discrepancia con los cargos que fueron formulados en la resolución de acusación sobre todo si se hacen en detrimento de los intereses del procesado, por lo que obviamente se descarta cuando se dicta la sentencia reconociéndole, por ejemplo, la atenuante de la ira.

Luego de la cita aduce que sólo basta tomar el sentido contrario de esta jurisprudencia para encontrar el debido respaldo a sus argumentos. Termina su escrito con la solicitud de que se case parcialmente la sentencia impugnada, reconociéndole a su patrocinado la diminuente en referencia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

De entrada resalta una imprecisión técnica del libelo, pues el desarrollo de la causal segunda de casación no se corresponde con las primeras "indicaciones" que vierte el actor para sustentarla. Además, la particular visión que tiene sobre los hechos no puede en ningún caso "sobreponerse" al sostenido en la sentencia, dada la presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo.

Respondiendo al fondo de la cuestión planteada, critica el entendimiento que el casacionista tiene acerca de la causal que aduce. La congruencia, dice, entre una y otra decisión consiste en la identidad que debe existir entre la calificación jurídica y la sentencia, de tal manera que la primera le sirva de soporte a la segunda, creando una relación causa-efecto en la que las imputaciones del pliego de cargos pueden ser reafirmadas o rechazadas por el fallo, según el caso.

Diferentes resultan las intenciones del censor al otorgarle entidad de cosa juzgada a la resolución de acusación, tornándola en inmodificable, pues entonces no tendría sentido la existencia de la etapa del juicio, al estarle vedado el análisis completo de lo actuado, supuesto del todo equivocado ya que de acuerdo con el artículo 15 del C. de P. P., sólo tienen valor de cosa juzgada las situaciones procesales definidas por sentencia ejecutoriada o que tengan una fuerza vinculante similar, que no es el caso de la resolución de acusación.

Luego analiza la validez de la argumentación que sirvió de sustento a las sentencias de instancia y encuentra equivocada la connotación y cita el fallo de la Corte que trae en su apoyo, pues ella versa sobre los casos "...en que el sentenciador de buenas a primeras, por ejemplo, decide condenar por homicidio simple a pesar que en la resolución de acusación se había reconocido la atenuante punitiva; todo ello sin mediar el análisis pertinente a desvirtuar la ocurrencia de dicha circunstancia...".

Solicita, por tanto, la desestimación del cargo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La inconformidad del recurrente se concreta en que su defendido fue llamado a juicio por el delito de homicidio atenuado por haber obrado

en estado de ira e intenso dolor, al tenor de lo previsto en el artículo 60 del Código Penal, y sin que hubiere variado la prueba en la etapa de la causa fue condenado por homicidio sin la atenuante concedida en el calificatorio.

2. Las razones del *a quo* para negarse a reconocer la disminución de pena anotada las sintetizó en lo siguiente:

"Pero es importante aclarar que si bien encontramos explicables estas reacciones cuando se desplazan en ese momento contra su compañera a quien lesiona, porque existe hasta aquí íntima relación entre los antecedentes inmediatos que encajan dentro de lo que pudiera ser una situación provocadora y el resultado de la misma que se representa en la agresión de la que Zahira es víctima, parece al Juzgado que por el contrario, pender de estos últimos hechos el acto homicida que se teje con posterioridad contra Rayo, encarna otra serie de aspectos y circunstancias que se independizan y que rompen por ello el nexo causal estrecho que debe existir entre la ofensa y la reacción y que no permite a la luz de la legislación disculparle con esa misma base hechos contra un ajeno a la contienda existente entre la pareja, como lo era Rayo."

El Tribunal confirmó la decisión de primera instancia con similares argumentos, haciendo énfasis en que "El acontecimiento criminoso no refleja en su contexto comportamiento grave e injusto por parte de la víctima hacia su victimario por ausencia total de razones en provocar tal situación". Además, estima que cuando la atenuación es otorgada sin fundamento probatorio alguno, el juez de la causa puede desconocerla.

Asi las cosas, es claro que el sentenciador se apartó de la resolución de acusación, en cuanto al reconocimiento de la ira e intenso dolor, porque no estuvo de acuerdo con la apreciación fáctica, probatoria y jurídica del Juez de Instrucción Criminal, y no porque surgieran otras pruebas durante el juicio.

3. Esto pone de presente el tema de si el juez puede al momento de dictar sentencia hacer más gravosa la situación del enjuiciado, bien sea imputándole agravantes modificadoras de la punibilidad no deducidas en el pliego de cargos, o desconociéndole circunstancias de atenuación expresamente reconocidas en ese proveído.

Desde el 1o. de julio de 1987 hasta el 1o. de julio de 1992, el Código de Procedimiento entonces vigente (Decreto 050 de 1987), dispuso que la calificación del sumario tenía carácter provisional, en la medida en que era posible su variación durante la etapa del juicio, cumpliendo el rito previsto en el artículo 501.

Inicialmente la variación de la adecuación típica sólo era posible dentro del mismo título, y siempre que surgiera como consecuencia de las diligencias practicadas en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública. A partir del 18 de agosto de 1989, en virtud de la modificación introducida al mencionado artículo 501 por el Decreto 1861 de ese año, las limitaciones se abolieron, de modo que la variación era posible como consecuencia de las pruebas recaudadas en la causa o sin ellas, y dentro del mismo título o de un título a otro.

En los años anteriores a 1987, primero bajo la vigencia del Código de 1938, y después con el estatuto de 1971, la jurisprudencia fue evolucionando de un criterio muy estricto en cuanto a que la sentencia debía limitarse a los cargos formulados en el auto de proceder, a uno más amplio que permitía adicionar circunstancias de agravación modificadoras de la punibilidad o suprimir atenuantes de acuerdo con lo que se estableciera en la etapa probatoria del juicio.

A manera de ejemplo de la primera etapa se pueden citar las sentencias de casación del 19 de febrero de 1941, y de abril 17 de 1961. En esta última, textualmente se dijo:

"El acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cuál es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que si hay circunstancias específicas que lo agraven o le den particular fisonomía frente a la ley penal, como ocurre cuando el homicidio toma la denominación de asesinato por concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 363 del C. P., sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro modo no podrían controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Sería en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa".

Posteriormente, en el debate sobre si el jurado de conciencia podía incluir en el veredicto circunstancias agravantes o suprimir atenuantes se impuso la tesis afirmativa, con la limitante de que la inclusión encontrara apoyo en las pruebas practicadas durante el juicio. Al respecto es oportuno mencionar las sentencias de mayo 22 de 1975, con ponencia del doctor *Federico Estrada Vélez*, y la de marzo 10 de 1977, actuando como ponente el doctor *Alvaro Luna Gómez*.

En providencia de junio 9 de 1978, Magistrado Ponente *Fabio Calderón Botero*, se casó parcialmente una sentencia por haber anexado circunstancias agravantes específicas no imputadas en el auto enjuiciatorio ni probadas en la causa. El fallo de noviembre 30 de 1978, con ponencia del Magistrado

José María Velasco Guerrero, es muy claro al señalar que la situación en este punto es igual en los juicios de puro derecho y en los que interviene jurado de conciencia. Allí dijo la Corte:

"El auto de proceder debe redactarse con fidelidad a los hechos del proceso que el juez admite como demostrados. En la parte motiva se concretan los cargos que se atribuyen al acusado, con expresión clara de las circunstancias que los especifican y que degradan o agravan su responsabilidad.

"De manera que si en el auto de proceder o pliego de cargos no figura una circunstancia modificadora que agrave la responsabilidad del sindicado, no puede el juez, en los juicios de puro derecho, deducirla en la sentencia condenatoria, salvo el caso que, posteriormente, en la etapa probatoria de la causa, aparezca prueba con virtud suficiente para sustentarla y que, previamente, se hubiere discutido con el sindicado y su defensor, con la amplitud debida, de forma que no resulte sorpresiva, ni secreta, y que se haya aducido al juicio con la observancia de sus requisitos formales, legalmente obligatorios.

"Lo propio ocurre con las modalidades que degradan la responsabilidad del autor del hecho delictuoso. No se pueden desconocer por el juzgador las que dedujo en el auto de proceder, sino porque, igualmente, con posterioridad, en la etapa probatoria del juicio, se aduzca, válidamente, prueba fehaciente, debatida con la defensa, que permita su descalificación en la sentencia condenatoria.

"No es distinta la situación jurídica en los procesos que se tramitan por la vía del jurado de conciencia."

De las decisiones jurisprudenciales citadas emerge con absoluta claridad, que aún en la época de predominio de la tesis más amplia, para poder adicionar los cargos en la sentencia se requería que durante el período probatorio del juicio surgieran pruebas nuevas que le sirvieran de sustento.

4. En el asunto que ocupa la atención de la Sala el llamamiento a juicio se produjo en vigencia del Código de 1987, y la sentencia cuando ya había empezado a regir el Decreto 2700 de 1991, actual estatuto procesal.

Como la atenuante de la ira e intenso dolor fue reconocida al procesado *Jaime Orlando Reyes Niño* en la resolución de acusación, es evidente que le asiste razón al demandante, pues la sentencia no se encuentra en consonancia con los cargos formulados en el auto acusatorio, lo que conduce a que se case parcialmente para ajustar la pena a lo que corresponde aplicando la atenuante mencionada.

El juzgado de primera instancia fijó la pena en el mínimo de diez años de prisión, argumentando que no concurren circunstancias de agravación y en cambio sí algunas de atenuación, de modo que esa es la base de la que se debe partir para hacer la rebaja del artículo 60 del Código Penal, dejando como pena aplicable la tercera parte del mínimo, esto es, cuarenta (40) meses de prisión, tiempo al cual también se reducirá la interdicción de derechos y funciones públicas. Los perjuicios morales se dejarán en los quinientos (500) gramos oro en que fueron tasados.

Atendiendo a que el acusado *Reyes Niño* se encuentra en detención desde el 15 de octubre de 1991, se ordenará su libertad incondicional inmediata, pues en la fecha ya ha descontado la totalidad de la pena de prisión que le corresponde.

5. La decisión tomada obliga a que se aborde el tema de si con el actual sistema procesal es posible que el juez, apoyado en pruebas practicadas en el juicio, desborde la acusación incluyendo en la sentencia circunstancias de agravación modificadoras de la punibilidad, o no teniendo en cuenta atenuantes expresamente reconocidas en el pliego de cargos.

Como es ampliamente conocido, el Código de Procedimiento Penal que hoy rige no surgió como consecuencia de una simple variación legislativa, si no como efecto obligado del cambio de Constitución Política, en donde se dio un giro importante hacia la adopción del sistema acusatorio para el proceso penal, creando la Fiscalía General de la Nación y asignándole la misión de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. (Art. 250 de la C. P.)

De manera que es dentro de la filosofía del sistema acusatorio que se deben interpretar las normas del Código, muy especialmente las que se refieren a las responsabilidades propias de los fiscales y de los jueces, tarea que no es fácil, como quiera que conlleva todo un cambio de mentalidad.

En desarrollo del mandato constitucional, el estatuto procesal distribuyó las competencias entregando a los fiscales la misión de "investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar", ante los jueces y tribunales, a quienes otorgó la función de juzgar. A partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación. (Art. 444 C. de P. P.).

Esto significa que el fiscal no puede pretender en la etapa del juicio adicionar la acusación, ya que los cargos deben estar formulados en su totalidad en el proveído calificatorio, de manera que el enjuiciado tenga la certeza de que es exclusivamente de ellos que debe defenderse.

La dimensión de la responsabilidad asignada a los Fiscales por la nueva Constitución obliga a que su cumplimiento se realice con el mayor esmero, cuidado y profundidad, y a su vez hace necesario que el Ministerio Público esté atento a interponer los recursos de ley cuando la calificación no sea correcta. A la etapa del juicio no se puede llegar con incertidumbre sobre cuáles son los cargos, ni ese es momento oportuno para tratar de concretarlos.

La elaboración de los cargos en cuanto a la tipicidad implica precisión sobre los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, señalando los tipos penales correspondientes a la denominación jurídica y a las circunstancias agravantes y atenuantes modificadoras de la punibilidad, así como a las genéricas que deben ser advertidas desde ese momento, esto es, aquellas que requieren de una valoración o análisis previos a su deduccción.

El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución de acusación, en donde el Estado, por conducto del fiscal, le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que él pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas. De igual modo, los sujetos procesales tendrán en dicha resolución un punto de referencia definido sobre las pruebas que pueden presentar y solicitar en el período probatorio de la causa, las cuales se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretendan dar lugar a nuevos cargos.

Desde luego que lo dicho es sin perjuicio de que el juez frente a una resolución que afecta el debido proceso, bien por inobservancia de sus requisitos formales o por error en la denominación jurídica, deba invalidarla para que el Fiscal subsane la irregularidad advertida.

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. *Casar parcialmente* la sentencia recurrida.

2. Decretar que la pena aplicable en virtud de la atenuante reconocida en el pliego de cargos es de cuarenta (40) meses de prisión. Al mismo término se reduce la interdicción de derechos y funciones públicas.

3. En lo demás se mantiene el fallo impugnado.

4. Como en este momento el condenado ha descontado en detención la totalidad de la pena impuesta, se ordena su libertad incondicional. Líbrense las comunicaciones de ley.

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

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. Con salvamento de voto.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DEMANDA DE CASACION / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / NULIDAD

(Salvamento de voto)

Proceso No. 9117

SALVAMENTO DE VOTO

El proyecto que en este asunto presenté a consideración de la Sala no fue aceptado en ésta. Insisto, pues, en lo mío, toda vez que las razones de la decisión mayoritaria no lograron conmoverme en lo más mínimo:

"1. Variadas son las posibilidades de discrepancia que pueden presentarse entre la resolución de acusación y la sentencia, como también lo son sus alcances y, por ende, su alegación en esta sede extraordinaria. El actor no posee la claridad necesaria sobre el tema y éste el motivo para que sus aspiraciones no tengan la acogida que esperaba. Unas precisiones al respecto son necesarias antes de abordar el tema en cuestión y entre otros supuestos, se tiene:

a). Una primera disparidad puede surgir cuando el juez, al fallar el caso, trasciende los límites o parámetros impuestos por el núcleo central de la acusación, es decir, condena por una especie delictiva que no se enmarca dentro del pliego de cargos como cuando se enjuicia por peculado y se condena por hurto agravado. Esta desarmonía o falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación ha de denunciarse en el ámbito de la causal *segunda.*

b). En tratándose de un error en la denominación jurídica de la infracción, la censura debe invocarse al amparo de la causal tercera de casación al tipificarse la conducta de manera errada, falencia que vicia de nulidad todo lo actuado a partir del calificatorio.

c). Cuanto a las circunstancias específicas de agravación obligatoriamente deben consignarse en el auto calificatorio con el fin de dar oportunidad a las partes de elaborar su estrategia respectiva, en procura de

sacar avante sus propios intereses. Por consiguiente, si son ignoradas en la resolución de acusación y luego formuladas en la sentencia, se vulnera el derecho de defensa, falencia atacable por la vía de la causal *tercera* de casación.

d). También podrían presentarse errores que cabrían dentro del ámbito de la causal *primera* de casación, partiendo del hecho de su existencia previa en el vocatorio a juicio. Es posible que el sentenciador, al motivar su proveído, tenga por acreditada una atenuante y no empece su reconocimiento, no la hubiese considerado al tomar la decisión, omisión que indudablemente lo hace incurso en una violación *directa* de la norma respectiva por *exclusión evidente.*

2. El desconocimiento del tema hace que el recurrente elabore erróneamente sus argumentos con fundamento en la causal segunda, provocando el fracaso de su ataque. Explicable resulta, por tanto, que comience su razonamiento con dos temas diversos, con la pretensión de unirlos y desarrollarlos conjuntamente como si se tratara de uno solo, trayendo oscuridad al debate y confusión a su planteamiento. El primero versa sobre la cosa juzgada y el segundo trata sobre la obligación de respetar los términos de la resolución de acusación si no existiere prueba posterior que la modifique.

3. Es cierto que la providencia calificatoria, una vez queda ejecutoriada, se convierta en ley del proceso. Sin embargo, aunque fija unos cauces dentro de los cuales se debe desarrollar el juicio, ello no quiere decir que, fatalmente, la sentencia deba limitarse a reproducir los razonamientos jurídicos del calificatorio. Si ello fuere así, la etapa del juzgamiento no tendría sentido ni importancia alguna, ni tampoco las pruebas allegadas durante su desarrollo, así como la controversia generada en el debate público. La confusión estriba en el entendimiento equivocado que tiene el libelista de la resolución de acusación, base de una segunda e importante fase procesal, pues sobre sus lineamientos -que no admiten desviación del derrotero marcado por el pliego de cargos- se formaliza y se desenvuelve la acusación, y se elabora la defensa del imputado.

Esto no quiere decir, como parece entenderlo el actor, que por tal motivo la providencia acusatoria se constituya prácticamente en la sentencia misma, impidiéndole al fallador examinar los resultados de la segunda etapa, realizando -si es el caso- las variaciones que se extraen del tenor del artículo 442, numeral 3o. del C. de P.P., norma que señala como uno de los requisitos del vocatorio a juicio, la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del estatuto punitivo. Este carácter provisorio indica que el juzgador -como muchas

veces se ha dicho- al concretar definitivamente la adecuación típica del hecho punible, acomode en la sentencia la conducta a uno cualquiera de los tipos que integran el capítulo respectivo.

Así las cosas, una incongruencia atacable por la vía de la causal *segunda* de casación es aquella que se produce por la desarmonía o falta de coherencia entre el fallo de condena y los cargos formulados en la resolución de acusación, o lo que es lo mismo, cuando el delito, objeto del fallo, no guarda identidad típica con el punible imputado en el pliego de cargos.

Para demostrarlo en casación, el demandante simplemente debe enseñar y comparar los textos respectivos, de cuyo examen debe salir diáfanamente, sin necesidad de lucubración alguna, la discordancia alegada. El actor olvida estas preceptivas como en adelante se verá.

4. Como quiera que el ámbito del ataque elevado en este asunto es la causal *segunda*, el recurrente se encontraba en la obligación de mostrarle a la Corte que la relación jurídica existente entre el auto acusatorio y la sentencia, o por mejor decir, la identidad de la conducta imputada, se ha quebrantado con detrimento de la estructura básica del proceso.

Sin embargo, no procedio de esta manera. Luego de transcribir la parte pertinente de la resolución de acusación, señaló su inmutabilidad por haber hecho tránsito a cosa juzgada, advirtiendo que su variación unicamente puede hacerse cuando las probanzas aportadas en el juicio lo permitan. Si ello no es así, el fallo deberá respetar por completo los términos del calificatorio.

Como claramente se observa la discordancia observada la circunscribe al terreno probatorio. Su razonamiento no indica otra cosa: la prueba existente en el proceso, a juicio del instructor, demostraba la existencia de la diminuente; no obstante, el juzgador al estudiarla, interpretarla y evaluarla, no lo consideró así y descartó su aplicación. Por tanto, la falencia -si es que la hubo- es alegable en los terrenos de la causal *primera* de casación, segundo cuerpo, por violación indirecta de la ley sustancial.

Que su intención era la de controvertir la interpretación que de los hechos hizo el fallador lo confirma cuando coloca como premisa de su estudio su propia interpretación, dando por hecho que todo se debió a un problema pasional. Es por ello que le adiciona ideas personales sobre lo acontecido, para atribuir, finalmente, la conducta homicida a la infidelidad de la concubina de su poderdante quien sostenía amores con su compañero de armas *Rodrigo Rayo Arévalo*, coyuntura que los falladores no encontraron demostrada con la suficiencia del caso para aplicar en debida forma la preceptiva del artículo 60 del Código Penal.

En el caso de la especie, Juzgado y Tribunal, analizaron la circunstancia de atenuación punitiva para negar con buenas razones su existencia, exponiendo en redor del asunto las consideraciones del caso, cuya validez y seriedad no tienen discusión. Obsérvese.

En el auto calificatorio se dijo sin razón ninguna que dada la personalidad "psicopática" del acriminado, "con un temperamento emocional concluyente en una celotípia", la diminuente del artículo 60 del Código Penal se imponía en favor de *Reyes Niño* "a falta de fundamento científico para reconocer su inimputabilidad". La experticia psiquiátrica no alcanzó a llegar para ese momento procesal, pues tan sólo fue arrimada en la etapa del juzgamiento, descartándose cualquier tipo de desarreglo emocional que, por lo menos, hubiere obnubilado su mente (fols. 413 y ss.).

El raciocinio previsto en la resolución de acusación no guarda rigor jurídico, pues se olvidó que el reconocimiento de la atemperante para el caso concreto requería sustento probatorio de todas y cada una de sus exigencias copulativas, esto es, tendría que demostrarse que el autor del punible fue víctima de un injusto y grave comportamiento ajeno, y que entre la acción ofensiva y la reacción, existió una relación causal de acondicionamiento, en forma tal que ésta sea consecuencia de aquélla.

Bien hizo, entonces, el Tribunal al avalar las consideraciones del sentenciador de primer grado sobre la imposibilidad de conceder la figura que se comenta:

"Se insiste por la defensa con énfasis digno de mejor causa, en la circunstancia de la atenuación punitiva del art. 60 del C. Penal, referida a la ira e intenso dolor. La realidad del proceso, como bien lo analizó el Juzgado de instancia, es diametralmente opuesta a esta alegación. Las pruebas revelan hechos necesariamente concatenados entre la lesión causada con arma de fuego a doña *Myriam Zahira Ramírez Mantilla* y el posterior accionar del acusado. Son varios los testimonios que refieren la discordia precedente entre los policiales *Reyes Niño* y *Rayo Arévalo*, al punto que el traslado administrativo del último de los nombrados como Comandante de la Policía en el municipio de la Cumbre, se menciona como resultado de esta situación que involucra a la referida señora. Y la propia defensa enmarca el acontecer dentro del ámbito de un delito pasional (fl. 184); sin embargo, la Sala encuentra que la responsabilidad penal de *Jaime Orlando Reyes*, no tiene afinidad jurídica alguna con los elementos que estructuran el estado de ira alegado en autos. Si observamos la actitud anterior y posterior del procesado frente a la lesión causada a doña *Miryam Zahira Ramírez* y la ejecución de la conducta homicida de su compañero de

armas *Rodrigo Rayo Arévalo*, a la par con el comportamiento huidizo, evasivo de su compromiso respecto al hecho finalmente consumado, encontramos que no habría razón legal para aceptar la ira como atenuante a su favor, en virtud de no surgir dentro del proceso que la víctima tuviera razones para provocar injustamente ese estado de ánimo en el procesado, circunstancia que sí estaría en posibilidad de alegar éste, por cuanto era quien de manera regular sostenía relaciones amorosas con doña *Miryam Zahyra Ramírez* y por ello el esquema lógico de los acontecimientos conduce a justipreciar que no se está dentro de las circunstancias previstas en el art. 60 del C. Penal. El relato acerca del culmen de los hechos en voz del procesado no permite aceptar que el subteniente *Rodrigo Rayo Arévalo* hubiera reaccionado gravemente e injustamente contra su amigo de la Escuela Militar, cuando el propio procesado había manifestado que el motivo de su comparecencia ante el Comandante de Policía de La Cumbre se debió precisamente a tratar de mitigar los efectos de su comportamiento que horas antes había asumido con su amante *Miryam Zahira Ramírez*, al expresar:

"...me acordé que el subteniente *Rayo Arévalo Rodrigo* me había invitado a las fiestas de Bitaco y como estaba tan mal anímicamente me fui para La Cumbre ...los dos hemos sido como hermanos, que yo lo llevé a mi casa..."

Como se ve, el panorama probatorio mostró, sin dubitación alguna, que la conducta imputada no respondio a un comportamiento grave e injusto de la víctima. *Rayo Arévalo* no tenía motivos para generar la situación alegada por la defensa, y *Reyes Niño* carecía de todo derecho para reaccionar con la agresividad delictiva que hoy se le imputa, pues, incluso, buscó su compañía para mitigar sus problemas, yéndose de farra, luego de lo cual se presentó el suceso criminoso. Así, los presupuestos contemplados para la aplicación del delito emocional no se dan por parte alguna, pero en ningún lado de las fojas de este proceso.

5. Cuanto a la referencia jurisprudencial "del mes de mayo de 1993" que hace el casacionista y cree aplicable a su patrocinado, pero "en sentido contrario", la Delegada rechaza la sinrazón de la censura, en los términos siguientes:

"Tal pronunciamiento no se adecua a la situación fáctica objeto de estudio, porque la jurisprudencia se refiere a los casos en que el sentenciador de buenas a primeras, por ejemplo, decide condenar por homicidio simple a pesar que en la resolución de acusación se había reconocido la atenuante punitiva; todo ello sin mediar el análisis pertinente a desvirtuar la ocurrencia de dicha circunstancia, situación que aquí no ocurrió, pues basta examinar l s fallos de primera instancia y segunda instancia en sus apartes anotados

para comprobar que la posibilidad de reconocer el estado de ira en *Rodrigo Rayo Arévalo* fue debidamente estudiada, razón para que no proceda aplicarse tampoco el fallo mencionado siquiera "en sentido contrario".

6. Así las cosas, no teniendo el recurrente razón en el reproche presentado a consideración de la Sala, el libelo ha de rechazarse. Nada más.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado

Fecha, *ut supra.*

SENTENCIA / PENA ACCESORIA / SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD / PERSONALIDAD

1. La falta de sustentación de la sentencia constituye un desconocimiento del debido proceso.

2. No es la suspensión de la patria potestad una medida común a toda clase de delitos, como tampoco de imposición general para todo acusado, pues dentro del principio de judicialidad que la rige (art. 43 C.P.) ha de consultarse en cada caso su viabilidad y conveniencia.

3. Tanto al instructor como al juez compete en su oportunidad cumplir con el deber de escudriñar no solamente sobre los acontecimientos que generaron el proceso, sino además todo aspecto relacionado con antecedentes y personalidad del procesado, y dentro de ellos su condición social, estado civil, nexos y obligaciones familiares. Así, el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal al reglamentar la indagatoria, con plena claridad prevé que es deber interrogar al procesado sobre el nombre de sus hijos, requiriendo datos de su edad y ocupación; y el artículo 449, ibídem, *autoriza el interrogatorio durante la diligencia de audiencia para determinar cuanto aún resulte importante sobre el hecho y sobre el acusado, en particular "todo aquello que conduzca a revelar su personalidad.*

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado por Acta No.108

Proceso No. 9188

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 24 de septiembre de 1993, parcialmente confirmatorio de la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira que dentro del presente asunto condenó a *José Ramiro García Márquez* a la pena principal

de diez años de prisión por el delito de homicidio, adicionándole las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y pérdida de la patria potestad, medidas que el *ad quem* modificó aclarando que de la patria potestad sólo procedía su suspensión, y quedaría sin valor la condena por perjuicios materiales.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A eso de la una de la madrugada del 28 de junio de 1992 en vía pública de la zona de tolerancia del municipio de El Cerrito *José Ramiro García Márquez* propinó a José Ferney Saavedra Prado una herida con arma cortante en el costado derecho del cuello, de tal gravedad que le produjo la muerte a pesar de la atención médica que se le brindó en el hospital local. El victimario fue seguido por uno de los testigos y capturado por la policía en inmediaciones del lugar de los hechos cuando trataba de agredir a su perseguidor.

El Inspector de Policía practicó la diligencia de levantamiento del cadáver, en tanto el Comandante de la Estación recepcionó algunas versiones, para pasar luego el asunto al Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal de Palmira que dio apertura a la instrucción, terminando el expediente bajo la competencia de la Fiscalía de El Cerrito dentro de la vigencia del Decreto 2700 de 1991, donde se perfeccionó y calificó el sumario mediante resolución de acusación del 9 de noviembre de 1992 por el delito de homicidio agravado.

En firme la providencia anterior, correspondio adelantar el juicio al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira, y previa inaplicación de las normas atinentes al jurado de derecho y práctica de pruebas testimoniales mediante comisionado, llevó a cabo la diligencia de audiencia para dictar el fallo de primer grado el 1o. de julio de 1993, condenando al enjuiciado como autor del delito de homicidio simple, imponiéndole como principal la pena de 10 años de prisión y como accesorias interdicción de derechos y funciones públicas y "la pérdida de la patria potestad, si la tuviere", las dos por tiempo igual al de privación de la libertad. También la obligación de indemnizar los perjuicios causados con la infracción, estimando separadamente en 500 gramos oro, tanto los materiales como los morales.

Inconforme con esta decisión, el procesado apeló y sustentó la alzada procurando que se le reconociera un actuar en "legítima defensa". El Tribunal se pronunció modificando la providencia recurrida con la suya del 24 de septiembre de 1993, para aclarar apenas que el derecho a la patria potestad no sufriría su pérdida sino apenas suspensión, y revocar la condena al pago de los perjuicios materiales por no hallarlos demostrados.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal primera, cuerpo Primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el representante del Ministerio Público ante el Tribunal acusa la sentencia de segundo grado por desconocimiento de la ley sustancial -artículo 52 del Código Penal- por la vía directa, al omitirse la motivación debida en cuanto a la imposición de la pena accesoria de "suspensión de la patria potestad", pues se desatendieron los parámetros del artículo 61 del estatuto penal, generando la ilegalidad de la sanción que debería dejar la Corte sin efecto.

Dice el actor que además de haber quedado inmotivada, la pena ni siquiera aparece mencionada en el aparte destinado a la dosificación punitiva del fallo donde se dieron únicamente razones para sustento de la pena principal, y de la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. En tal sentido corrigió el Tribunal en forma parcial los yerros del *a quo* cuando decretó la pérdida del derecho siendo lo correcto su suspensión, pero en todo caso se olvidó de revisar su motivación, o bien equivocadamente la consideró inherente a la pena principal, desconociendo su independencia y sujeción únicamente a la discrecionalidad del juez y a la fundamentación impuesta en el artículo 61 *ibidem.*

En apoyo de sus planteamientos trascribe apartes de jurisprudencia de la Sala para concluir que los juzgadores "incurrieron en error sobre el significado de la norma que dispone la aplicación discrecional de la pena accesoria ..." asignándole un sentido jurídico del cual carece, sea porque la consideraron ligada a la pena principal o porque entendieron que su carácter de accesoria no requería de motivación distinta de la expresada para la pena principal. Por último, solicita casar parcialmente la sentencia y suspender la pena accesoria aludida.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal comparte las observaciones de la demanda sobre el yerro acusado, pero considera que ante la falta de motivación de la pena debió el actor invocar la causal tercera de casación y no la primera. Sin embargo, de este yerro y frente a la irrefutable omisión de los juzgadores, sugiere a la Corte la casación parcial del fallo para anular la suspensión de la patria potestad. Dice la Delegada que

"...ningún esfuerzo hay que hacer para colegir, que dicha pena accesoria no fue motivada por el *ad quem,* consultando y relacionando la naturaleza y

gravedad del hecho con la medida punitiva con la cual se trata. Y si bien, como lo viene sosteniendo reiteradamente la Corte, trátase aquí de una pena facultativa en cuanto a su imposición esto no inhibe al juez para que explique las razones que lo llevaron a decidirse por su aplicación".

Agrega el concepto que ante la expresa manifestación del procesado en su indagatoria en el sentido de carecer de descendencia, la imposición tampoco procedía, vulnerándose el principio de legalidad de la pena tanto por la inexistencia de la relación parental como por la imposibilidad de su predicción.

Finalmente critica la socorrida fórmula de frecuente uso judicial y consistente en imponer la pena de suspensión de la patria potestad bajo la condición de que el acusado "la tuviere", defecto a cuya erradicación aspira.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es evidente que la demanda formulada por el señor Procurador Sesenta y dos en lo Judicial de Cali no acierta en la invocación de la causal de casación que corresponde, pues en lugar del proferimiento de una sentencia de sustitución, evento al cual apunta la violación directa, el vicio detectado corresponde a una causal de nulidad, en cuanto la falta de sustentación de la sentencia constituye un desconocimiento del debido proceso, que deja a los sujetos procesales marginados del conocimiento de la razón de ser de las imposiciones punitivas y por lo mismo en la imposibilidad de acoger o controvertir criterios que no puede reservar el juzgador a su manejo íntimo, sino que de manera expresa le corresponde ofrecer al enteramiento de las partes como soporte ineludible de la decisión de fondo y condicionante de su validez.

El solo hecho de que el vicio se refiera a una parte accidental o adjetiva del fallo que se impugna no desnaturaliza su esencia ni tiene la virtualidad de convertirlo en génesis de una causal de casación distinta de la tercera, pues es el propio legislador el que advierte la posibilidad de que los vicios *in procedendo* se den con exclusividad al interior de la sentencia (artículo 229-1 del Código de Procedimiento Penal), en cuyo caso autoriza a la Corte para proferir con guarda de la legalidad aquella que deba reemplazar la invalidada.

Ahora bien, atendida la solicitud de la Procuraduría para que a pesar de la defectuosa impugnación se entre, ante su ostensible ocurrencia, a remediar el vicio acusado, cabe advertir que de un comparativo examen de las sentencias del Tribunal y del Juzgado resulta fácil comprobar esa parcial falta de motivación que anuncia la demanda, pues, mientras el *a*

quo impuso como pena accesoria la pérdida de la patria potestad sin mencionarla en los considerandos; la segunda instancia, después de expresar su anuencia con la dosificación punitiva, criticó tan sólo por definitiva aquella pena, sustituyéndola por la de suspensión, pero privó de nuevo de la oportunidad de conocer los fundamentos sobre los cuales se hacía descansar esa medida.

En forma reiterada, como se puede consultar entre otros en fallos de marzo y junio de 1994 con ponencia de los Magistrados doctores Dídimo Páez Velandia y Edgar Saavedra Rojas respectivamente, ha sostenido la Sala con base en la disposición del artículo 52 del Código Penal, que de las penas accesorias taxativamente establecidas por el artículo 42 *ibidem* la única de forzosa aplicación es la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, cuando se ha impuesto como principal la de prisión, porque de las demás debe ocuparse el juez dentro de una motivación satisfactoria y debida que haga conocer con qué criterio hace ejercicio de su discrecionalidad, siempre sometidos a las condiciones de fijación establecidas en el artículo 61 del mismo estatuto, que son guarda y aval del principio de legalidad de la pena.

No es, pues, la suspensión de la patria potestad una medida común a toda clase de delitos, como tampoco de imposición general para todo acusado, pues dentro del principio de judicialidad que la rige (art. 43 C.P.) ha de consultarse en cada caso su viabilidad y conveniencia, lo que implica tanto la improcedencia de señalar una medida sin la certeza de que pueda hacerse aplicable como acertadamente lo critica la Procuraduría Delegada en este caso, como la necesidad de revisar la gravedad y naturaleza del delito, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación y la personalidad del delincuente, factores todos que involucran y presuponen su cuidadoso análisis con miras a elucidar tanto la procedencia de la respectiva imposición como su posible prolongación en el tiempo, teniendo parejamente en consideración las diferentes funciones que justifican dentro del ordenamiento penal la imposición de las sanciones, conforme al artículo 12 del Código Penal.

Ya en oportunidades anteriores ha precisado la Corte, a partir del fallo del 29 de enero de 1992 bajo ponencia del Magistrado Dr. Guillermo Duque Ruiz, que

"... es al juzgador a quien le compete determinar si el acusado debe ser condenado también a la suspensión de la patria potestad; para establecer la conducencia de esta sanción, debe estudiar la naturaleza del hecho punible que origina la condena: si éste revela en su autor una personalidad

o comportamiento que permita inferir que sus hijos menores pueden resultar afectados en su seguridad, formación moral, tranquilidad o en otro cualquiera de sus derechos (art. 44 Constitución Nacional), procede la aplicación de esta pena accesoria. Fuera de la hipótesis anterior, dentro de la cual no cabe la conducta del procesado, ella no es pertinente..."

En consecuencia, detectado como queda el defecto de que adolece la sentencia impugnada, pero también su restricción al solo ámbito del fallo de condena, sin otra incidencia sobre la estructura básica del proceso ni de su decisión, será por medio de la nulidad parcial que se subsane como lo autorizan a la Corte en esta sede y oficiosamente los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal, vista la improcedencia de la causal que adujo la demanda, según oportuna crítica de la Delegada.

Asiste también razón a la Procuraduría cuando rechaza el uso de la fórmula condicional "si la tuviere" referida a la justificación de la comentada pena accesoria cuando no hay certeza respecto de su efectivo cumplimiento. Tanto al instructor como al juez compete en su oportunida cumplir con el deber de escudriñar no solamente sobre los acontecimientos que generaron el proceso, sino además todo aspecto relacionado con los antecedentes y personalidad del procesado, y dentro de ellos su condición social, estado civil, nexos y obligaciones familiares. Así, el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal al reglamentar la indagatoria, con plena claridad prevé que es deber interrogar al procesado sobre el nombre de sus hijos, requiriendo datos de su edad y ocupación; y el artículo 449, *ibidem*, autoriza el interrogatorio durante la diligencia de audiencia para determinar cuanto aún resulte importante sobre el hecho y sobre el acusado, en particular "todo aquello que conduzca a revelar su personalidad".

Prefijados a la pena unos fines taxativos y concretos en el artículo 12 del Código Penal, que dentro de la política criminal se encaminan a la efectiva rehabilitación del reo mediante la retribución, protección, prevención y resocialización, y no de simple o simbólica advertencia o amenaza indefinidas, no resultan de recibo medidas a la postre inaplicables o vacías, como sería en este caso la de protección para unos hijos menores que el penado no ha tenido, siendo apenas elementalmente previsible que nadie puede ser privado o suspendido sino de aquello que tiene o que detenta, mas no de bienes o derechos que no existen.

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

RESUELVE:

Primero. Desestimar la demanda formulada.

Segundo. Casar parcial y oficiosamente el fallo impugnado, dejando sin efecto la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta al acusado *José Ramiro García Márquez*, y

Tercero. Mantener en todo lo demás en firme la sentencia de segundo grado objeto de impugnación extraordinaria.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / COLABORACION EFICAZ

1. La Corte ha admitido que también en la sentencia de casación es dable conceder la condena de ejecución condicional, pues como derecho que la misma es, puede ser desconocido y entonces esa violación de la ley sustantiva se permite reparar a través del citado recurso extraordinario.

2. Los beneficios por colaboración eficaz con la administración de justicia a que se refiere el artículo 44 y ss. de la Ley 81 de 1993, deben acordarse con el Fiscal General de la Nación o el Fiscal que éste designe, previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, sujetándose a la aprobación de la autoridad judicial competente.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No. 108

Proceso No. 10205

VISTOS

El Procurador 2° Delegado en lo Penal remitió a esta Corporación el escrito presentado por el procesado *Jaime Romero Hernández*, quien actualmente se encuentra detenido en la Casa Especial de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, memorial en el cual solicita el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Juzgado 4° Penal del Circuito de Espinal, Tolima, mediante sentencia de 3 de febrero de 1994, entre otras determinaciones, condenó a *Jaime Romero Hernández* (ex empleado del entonces Juzgado 19 de Instrucción Criminal radicado en esa ciudad), a la pena de 28 meses de prisión al hallarlo autor responsable del delito de concusión y le negó el subrogado previsto en el

artículo 68 del Código Penal, al considerar que requiere tratamiento penitenciario, decisiones que fueron confirmadas integralmente por el Tribunal Superior de Ibagué, en fallo de 2 de junio siguiente que es objeto del recurso extraordinario de casación.

El acusado *Romero Hernández* se presentó voluntariamente ante esta Corporación el 17 de marzo del presente año, librándose en su contra orden de encarcelamiento en razón a que durante la instrucción fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación.

En esta oportunidad, mediante escrito que dirigió al señor Procurador General de la Nación, el incriminado propone que le sea otorgado el sustituto de la condena de ejecución condicional.

El artículo 68 del Código Penal, establece:

"En la sentencia condenatoria de primera, segunda o única instancia, el juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años..."

Del texto de esta disposición surge claro que es la sentencia el momento o acto procesal donde se puede otorgar dicho subrogado. Y si bien el artículo no lo dice, la Corte ha admitido que también en la sentencia de casación es dable conceder la condena de ejecución condicional, pues como derecho que la misma es, puede ser desconocido y entonces esa violación de la ley sustantiva se permite reparar a través del citado recurso extraordinario.

Así las cosas, no resulta posible que a través de un incidente como el propuesto por el peticionario, se estudie el otorgamiento del sustitutivo que reclama, pues ello sería tanto como entrar a modificar los fallos de instancia por vía extraña con ostensible violación al debido proceso. Y si lo que pretende es acceder a los beneficios por colaboración eficaz con la administración de justicia a que se refiere el artículo 44 y ss. de la Ley 81 de 1993, no debe olvidar que tales beneficios deben acordarse con el Fiscal General de la Nación o el Fiscal que éste designe, previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, sujetándose a la aprobación de la autoridad judicial competente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *se abstiene* de resolver la solicitud hecha por el procesado *Jaime Romero Hernández* en el sentido de que se le otorgue la condena de ejecución condicional.

Notifíquese y cúmplase,

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

PRUEBA / SANA CRITICA / INIMPUTABILIDAD

1. El recaudo de cada elemento de convicción, depende fundamentalmente de su conducencia y pertinencia; por ello, en ocasiones, se puede perfectamente omitir la práctica de una prueba si se considera que el hecho cuya demostración se pretende, ya se encuentra suficientemente probado, siendo por tanto superfluo su ordenamiento.

2. En lo que se relaciona con la posible inimputabilidad del procesado, es claro que no en todos los procesos se debe ordenar la prueba psiquiátrica; tampoco es imperativo hacerlo en todos los procesos en los que el sindicado haya actuado en circunstancias de alicoramiento, porque al juez le corresponde, dentro de su sano y racional criterio, disponer tal experticia cuando cuente con indicios de una posible inimputabilidad; indicadores que pueden surgir de la existencia de problemas mentales en la familia del procesado, de la demostración de traumatismos craneales severos, o de trastornos de la personalidad del sindicado, o cuando el comportamiento delictivo o el observado en los momentos anteriores y posteriores a su realización, demuestren especiales circunstancias que hicieran advertir un posible trastorno de la personalidad del autor.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 108

Proceso No. 9397

VISTOS

El 26 de octubre de 1993, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín condenó a Javier Villegas Muñoz a veinticinco (25) años de prisión como responsable del delito de homicidio cometido en perjuicio de Eduardo de Jesús Molina Niño.

En sentencia del 14 de diciembre de 1993, el Tribunal Superior de Medellín confirmó la anterior decisión.

La misma Corporación de segunda instancia concedio el recurso extraordinario de casación, oportunamente interpuesto. Con posterioridad esta Sala encontró que la respectiva demanda se ajustaba a las exigencias legales y así lo declaró.

Después de haber oído al Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien rindio el concepto que la ley le impone, solicitando no se casara el fallo impugnado, la Sala procede resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

HECHOS

Aproximadamente a las diez y media de la noche del 18 de marzo de 1993, una patrulla de la policía se desplazaba en ronda rutinaria por las calles de la ciudad de Medellín y al pasar a la altura de la carrera 52A con calle 52 sus integrantes pudieron observar que en el establecimiento denominado Heladería Canaguay, una persona le hacía lances a otra que se encontraba sentada en la mesa más cercana al andén, a quien después vieron totalmente ensangrentado. Así mismo, advirtieron que el otro sujeto salió caminando, a quien capturaron poco después, habiendo encontrado en su poder una navaja aún ensangrentada.

El herido murió poco después en la Policlínica de la ciudad.

ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso penal se abrió por auto del 20 de marzo de 1993 y el mismo día se le recepcionó indagatoria a Javier Villegas Muñoz, cuya situación jurídica fue resuelta días más tarde, decretando en su contra detención preventiva.

Con fecha del 29 de junio de 1993 se dictó resolución de acusación contra el sindicado, imputándole el delito de homicidio simple.

Cumplido el rito de la audiencia pública, celebrada el 12 de octubre de 1993, se profirieron las sentencias de primero y segundo grado; aquélla el 26 de ese mes y ésta el 14 de diciembre del mismo año.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera el demandante formula la presunta existencia de una nulidad, pues estima que la sentencia se dictó en un proceso viciado, habida cuenta que desde el principio se demostró que el procesado se encontraba en avanzado estado de embriaguez y que no se practicó la prueba pericial, no obstante que la defensa la solicitó para determinar "sobre la embriaguez del procesado y las alteraciones que en

su comportamiento pudieran tener en el momento de los hechos, dado el consumo de bebidas alcohólicas por parte del procesado".

Para el actor, a pesar de que la prueba solicitada, dadas las circunstancias del ilícito, cobraba una importancia radical, no fue practicada, y el despacho del conocimiento sólo se pronunció al ser alegada en la vista pública.

En la demostración de la causal, el recurrente hizo una serie de consideraciones sobre la importancia y trascendencia de la prueba, en orden a establecer la condición de imputable o inimputable del procesado, para concluir en la vulneración del derecho a la defensa. Por tanto, solicita se case la sentencia y se anule la actuación a partir de la ampliación de la indagatoria del procesado.

EL CRITERIO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público, acepta como realidad que al momento de los hechos el procesado se encontraba ingiriendo bebidas embriagantes; pese a ello, aduce, los agentes captores fueron precisos en manifestar que "el capturado no presentaba signos que permitieren inferir que se encontraba en estado de inimputabilidad, antes por el contrario, aun cuando aceptan que tenía aliento alcohólico, son enfáticos en aseverar que su actitud y comportamiento no daba muestras de que estuviese embriagado sino en pleno uso de sus facultades mentales".

El funcionario comenta que a pesar de estar tomando bebidas embriagantes, el proceder posterior del implicado no fue el de quien sufre una alteración mental, pues al ver a la patrulla de policía cerró la navaja y se la guardó; y en forma clara y coherentemente les dijo los motivos por los cuales había agredido a su contertulio, lo que demuestra el comportamiento de una persona normal.

El Delegado destaca como error técnico de la demanda que, en la parte final, se entremezclen consideraciones de tipo probatorio, al hablar de la suposición de una prueba, e invocar la violación indirecta de la ley sustancial.

Por todo lo anterior el Procurador Delegado sugiere a esta sala no se case la sentencia atacada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala resulta imperativo destacar, haciendo eco del concepto de la Procuraduría, el evidente error técnico en que incurre el libelista, al postular la presunta existencia de una causal de nulidad por violación del

derecho a la defensa y luego, en la parte final, desviar la argumentación al amparo de otra, cuando plantea la hipótesis de la violación indirecta de la ley sustancial, por suposición de prueba.

A tal conclusión se llega al leer las afirmaciones que en tal sentido expresa; principalmente las contenidas en las siguientes frases:

"Cuando se supone o presume una prueba, vale decir, cuando ella no obra en la actuación procesal y la decisión se toma con fundamento en la prueba imaginada por el juzgador, se está incurriendo en error de hecho, lo que aconteció con la decisión que ahora se impugna, al presumir el Tribunal la imputabilidad del procesado, juzgarlo y sentenciarlo conforme a dichos parámetros, cuando no sólo los testimonios de los amigos predicaban su estado de embriaguez, sino los mismos agentes que efectuaron el procedimiento".

Por lo demás, prescindiendo de los yerros técnicos, tampoco le asiste la razón al impugnante, porque como de manera reiterada lo ha sostenido esta Corporación, los jueces no están en la obligación de practicar todas las pruebas que pudieran surgir de la investigación, y tampoco ordenar todas las que le sean solicitadas. El recaudo de cada elemento de convicción, depende fundamentalmente de su conducencia y pertinencia; por ello, en ocasiones, se puede perfectamente omitir la práctica una prueba si se considera que el hecho cuya demostración se pretende, ya se encuentra suficientemente probado, siendo por tanto superfluo su ordenamiento.

Ahora bien, en lo que se relaciona con la posible inimputabilidad del procesado, es claro que no en todos los procesos se debe ordenar la prueba psiquiátrica; tampoco es imperativo hacerlo en todos los procesos en los que el sindicado haya actuado en circunstancias de alicoramiento, porque, al juez corresponde, dentro de su sano y racional criterio, disponer tal experticia cuando cuente con indicios de una posible inimputabilidad; indicadores que pueden surgir de la existencia de problemas mentales en la familia del procesado, de la demostración de traumatismos craneales severos, o de trastornos de la personalidad del sindicado, o cuando el comportamiento delictivo o el observado en los momentos anteriores y posteriores a su realización, demuestren especiales circunstancias que hicieran advertir un posible trastorno de la personalidad del autor.

En el caso que se analiza, si bien es cierto que una serie de amigos del sindicado dicen que ingirieron una cantidad apreciable de medias de aguardiente, e indican que el sentenciado se encontraba muy borracho y enlagunado, lo cierto es que los funcionarios de la autoridad que participaron en su captura dan una versión distinta. Es así como el sargento

vice primero Orlando Bohórquez Trujillo dice que: "El detenido presentaba síntomas de alicoramiento, no mucho, caminaba correctamente"; y más adelante manifiesta: "Además dicho sujeto suministró los datos personales común y corriente, lo que comprueba que sí estaba en capacidad de entendimiento de todo lo que hacía y decía".

Por su parte, el agente Jorge Rubén Avellaneda expresa: "La borrachera no era exagerada, no se le notaba ni en la voz ni en el andar, o sea, que él se percató perfectamente de lo que estaba haciendo".

De acuerdo al testimonio del Teniente que comandaba la patrulla: "Estaba normal, no presentaba apariencia de embriaguez y demostraba un estado síquico normal, pensaba y hablaba correctamente".

En estas condiciones, es claro, entonces, que las instancias dieran credibilidad al testimonio de los policiales y no al de los amigos del occiso, porque, además, había motivos más que suficientes para pensar que se podía tratar de testimonios previamente arreglados.

Sobre el mismo punto, conviene enfatizar cómo de manera reiterada el sindicado negó conocer a su víctima; sin embargo, al final, en la última de sus ampliaciones, admitió haberlo conocido con anterioridad, haber tenido muchos problemas cuando fueron compañeros de trabajo e incluso haber sido herido por él de tres disparos de revólver. Y cuando se le interrogó el motivo por el cual finalmente admitía este conocimiento, contestó: "Porque no había tratado con el abogado todavía, no me había asesorado todavía del abogado para que me defendiera".

No es extraño que el testimonio de los amigos que hablan de una gran borrachera, igualmente hubiera sido el fruto de ese asesoramiento.

En tales circunstancias, esto es, si los jueces se hallaban en presencia de unos testimonios contestes e imparciales respecto al estado de normalidad que presentaba el procesado, obviamente no era imperativo decretar la experticia psiquiátrica.

Recuérdese que a pesar de la negativa insistente del implicado de haber conocido con antelación a su víctima, se demostró que habían sido compañeros en las Empresas Públicas de Medellín por la misma época, y que habían trabajado en la misma sección como repartidores de cuentas; hecho que corroboró un hermano del occiso, al manifestar que la víctima había estado negociando un contador con el procesado, pero que finalmente había decidido no realizar el negocio porque el aparato era robado. Si a ello se agrega lo que el propio procesado manifestó de la existencia de reiterados problemas entre los dos, se concluye de manera

inequívoca que no se trató de un homicidio inmotivado, sino que por el contrario, el procesado tenía varios motivos para pretender acabar con la vida de su ex compañero.

El homicidio, entonces, surgió de viejas rencillas, de venganzas guardadas que nos revelan la existencia de un comportamiento normal, lo que permite concluir que la no práctica del experticio psiquiátrico, no constituye una violación al derecho a la defensa, dando lugar al rechazo de la nulidad formulada.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la *Corte Suprema de Justicia*, acorde con el pensamiento del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, 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.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

IN DUBIO PRO REO

Suponer que una cantidad de pruebas en el mismo sentido frente a otra cantidad menor genera la duda, es convertir el proceso de conocimiento en un asunto de suma de medios de prueba, ya obsoleto en el sistema probatorio. Una prueba, aun con contradicciones internas, bien puede contener datos de veracidad que convencen al juzgador, y no hacerlo una cantidad mayor de pruebas no creíbles obrantes en autos.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 109

Proceso No. 8838

VISTOS

Procede la Corte a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Noé Ortiz Antonio*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ubaté, que condenó al aquí recurrente a la pena principal de diez (10) años de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo término de la pena principal, como autor responsable del delito de homicidio.

I. HECHOS

Tuvieron ocurrencia el 11 de noviembre de 1991, aproximadamente a las cuatro y treinta de la tarde, en la tienda de Ernesto Ramírez Zabaleta ubicada en el municipio de Simijaca, lugar donde José Emigdio Ramírez Caravante recibió varias heridas producidas con arma de fuego, que seis días más tarde le ocasionaron la muerte en el Hospital San Juan de Dios de esta ciudad donde recibía asistencia médica. De estos hechos fue sindicado desde un principio *Noé Ortiz Antonio*.

II. Actuación procesal

Con base en la denuncia formulada por la madre del occiso, el Juzgado Promiscuo Municipal de Simijaca abrió la correspondiente investigación penal contra *Noé Ortiz Antonio* a quien inicialmente vinculó al proceso mediante declaratoria de persona ausente.

El Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Ubaté, luego de practicar las pruebas pertinentes y de oír en indagatoria al sindicado, le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Mediante interlocutorio de septiembre 14 de 1992, el instructor calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de *Noé Ortiz Antonio* por el punible de homicidio.

La etapa del juicio fue adelantada por el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, que luego de celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria en los términos antes señalados. Además impuso al procesado el pago de setenta gramos oro o su equivalente en moneda nacional como indemnización de perjuicios. Igualmente ordenó compulsar las copias pertinentes a fin de investigar el autor o los autores del segundo disparo.

Apelada la sentencia anterior, el Tribunal la modificó únicamente en el sentido de aclarar quiénes son los beneficiarios de los perjuicios, además de que la compulsación de copias se hace es para la investigación de los presuntos punibles que contra la administración de justicia hubiesen podido cometer los declarantes determinados en la parte motiva del fallo.

III. La demanda

Al amparo de la causal primera, inciso segundo del art. 220 del C. de P. P., el censor formula un cargo único por "violación de una norma de derecho sustancial, proveniente de error en la apreciación de la prueba".

Fundamenta el cargo en que por un "error de hecho, en la apreciación de la prueba testimonial" se dejó de aplicar el principio del *in dubio pro reo,* consagrado en el art. 445 del C. de P. P. en favor del acusado, pues el Tribunal estimó que los testigos que declararon en el proceso de alguna manera favorecieron al procesado *Noé Ortiz Antonio,* dada la amistad que le profesaban al mismo o porque se hubiesen sentido *"coaccionados o temerosos de posibles represalias"*.

Estima que la apreciación del Tribunal es *"imaginativa"* por cuanto interpretó erróneamente el informe de la Policía en el que lo que se dice es

que el testigo Ernesto Ramírez *"no pudo ver nada también por miedo"*. Ese miedo era por lo que estaba ocurriendo y no por las represalias.

Agrega que el Tribunal "hace extensivo su desacierto a los demás testigos, para restarles todo valor probatorio, por considerar que fueron coaccionados", teniendo como prueba el acta del levantamiento del cadáver donde no aparece constancia o versión alguna sobre este tema, ya que lo único que obra es la versión de Javier del Carmen Villamil Arenas que informó, entre otras cosas, en relación con los hechos, que *"Segundo Pineda que es el principal testigo, ...*cuenta*... que sin discutir ni nada, se paró Noé y le pegó tres tiros a quemarropa y salió corriendo encañonando a los demás..."*.

Aduce que a esta versión el Tribunal le dio "un valor que no tiene y saca conclusiones erradas", haciendo ver en la sentencia que es prueba de la presunta coacción de los testigos, cuando se trata de una versión sin juramento y recepcionada por funcionario no competente, en la cual para nada se hizo referencia a intimidación a los testigos, pues de ser cierto que *Noé Ortiz* encañonó a los presentes, los coaccionó para salir pero jamás para declarar.

Afirma el censor que la citada versión resulta desmentida por los testimonios de las personas que estuvieron presentes, "inclusive la del señor *Alonso Ramírez*, hermano del occiso, *único testigo de cargo*, quien en su versión jamás dijo haberse ido al baño, ni haber quedado su hermano con Noé Ortiz, ni mucho menos que éste estuviera sentado y se haya levantado para disparar, sólo afirmó que *vio el último disparo*, y que *Noé* salió, pero no dice, como no lo afirma ningún testigo, que al salir haya encañonado a nadie".

En criterio del libelista el Tribunal no debió desechar los testimonios de Ernesto Ramírez, Adinael Albornoz, Jorge A. Cortés Forero, Obdulio Parra, Alvaro Gonzalo Murcia, Esteban Moya, Alvaro Parra, porque no se demostró la supuesta coacción o amistad existente entre el procesado y los declarantes, mas por el contrario debió otorgarles credibilidad.

Afirma que en la diligencia de inspección judicial en la cual los asistentes se ratificaron en sus versiones, "se demostró que por la posición en que se encontraba Noé Ortiz en relación con las personas que de él se despedían, *no pudo ser el autor de los disparos*. Pero como la prueba testimonial fue desechada por el H. Tribunal, no se le dio ningún valor, por error manifiesto de hecho".

Finalmente entra a cuestionar la credibilidad otorgada al testimonio de Víctor Alfonso Ramírez Caravante, quien según el censor, en forma contradictoria sindicó a *Noé Ortiz Antonio* de ser el autor de un disparo

contra su hermano, cuando en un comienzo dijo no haberle visto armas al procesado, para luego afirmar que no supo de dónde sacó el revólver con el que disparó, cuando en un principio aseveró que el procesado "llegó y empezó a disparar", siendo que solamente vio el último disparo efectuado en contra de su hermano.

Se pregunta el casacionista: "Ante esta versión contradictoria, y frente a siete testimonios que declararon la inocencia de *Noé Ortiz Antonio, ¿no surge la duda?*".

Por último advierte el censor, que se incurrió en error de hecho al desechar la prueba testimonial por causas no probadas como son la coacción de los testigos, "ya que la prueba indiciaria y pericial por sí sola no demuestra la responsabilidad del sindicado, ya que a éste no se le probó la autoría material".

Cita como normas violatorias los artículos 247, 254 y 445 del C. de P. P.

Solicita a la Corte casar la sentencia, y en su lugar dictar el fallo que corresponda.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita la desestimación de la demanda, por las siguientes razones:

Se invoca error de hecho, pero en la fundamentación del reproche el demandante traslada el ataque a un ámbito propio del error de derecho (falso juicio de convicción).

En este caso se plantea que "la prueba muestra duda" por lo que se cae en el criterio subjetivo del recurrente que no puede prevalecer frente a la facultad judicial de valorar la prueba, o en el supuesto de que las pruebas tienen un valor legal desconocido por el sentenciador, esto no cabe en el sistema de la persuasión libre que impera en el sistema judicial colombiano.

Observa que los reparos de la demanda se orientan principalmente hacia un análisis restrictivo y parcial de la prueba como al enfoque crítico subjetivo con que la misma se examina, "como cuando el censor propone la desestimación de parte de la prueba incriminatoria, criticándola valorativamente".

Sostiene el Procurador que es cierto que los juzgadores de instancia tuvieron en cuenta entre otros aspectos: 1. Las manifestaciones expuestas por Javier del Carmen Villamil Arenas en el acta de levantamiento en que informó sobre las circunstancias en que sucedieron los hechos según se lo comentaron y de los cuales sindicó a *Noé Ortiz Antonio* como la persona

que disparó en contra del hoy occiso y luego ya al salir de la tienda donde ocurrieron los hechos encañonó a los testigos presenciales. 2. El informe de policía en el que se sindica a *Ortiz Antonio* como presunto responsable del delito, lo anterior como pruebas (indiciarias) incriminatorias, para desechar los testimonios que favorecían al implicado, aseverando que *Noé Ortiz Antonio* en efecto amedrentó a los testigos presenciales de los hechos, par que no lo fueran a sindicar y que además éstos se sintieron coaccionados o temerosos de posibles represalias y que por ello declararon en favor del procesado, según lo infirieron de las precitadas constancias procesales que obran a folios 10 y 24 del C. O.

Al respecto estima el Procurador, que esta forma de análisis y valoración probatoria no puede ser considerada válidamente como errada para tratar de demostrar una supuesta tergiversación probatoria que se infiere de los términos empleados por el censor, porque el juzgador se encuentra legalmente facultado para apreciar racionalmente la prueba, actúa dentro de la libre persuasión probatoria limitada sólo por el principio de la sana crítica, la que se integra con un cúmulo de factores que enmarcan la racionalidad de su decisión, convicción racional que así asumida, no puede ser discutida en casación con base en ópticas diferentes e interesadas, ajenas al error propio de casación, en razón del desconocimiento que sistema tal implicaría a la presunción de legalidad y acierto de los fallos judiciales, y por ende de la seguridad jurídica, característica del Estado de Derecho.

Agrega que los indicios derivados del informe de policía y de las atestaciones de Javier del Carmen Villamil Arenas, para los falladores de instancia son indicativos de la forma real como sucedieron los hechos, así como de la responsabilidad en cabeza de *Noé Ortiz Antonio*; pero estos aspectos no fueron los únicos elementos de juicio considerados como fundamento de condena.

Considera el Procurador que no puede admitirse que la declaración de la denunciante María Teodolinda Caravante de Ramírez (manifestó que Ernesto Ramírez le informó que el agresor de su hijo había sido Noé Ortiz Arenas), así como la de Javier del Carmen Villamil Arenas, carezcan de validez simplemente por tratarse de testigos de oídas, como lo insinúa el recurrente, pues el testimonio de oídas que algunos autores denominan indirecto, es perfectamente válido en el sistema penal colombiano.

El valor probatorio de esta clase de prueba, como cualquier otra, queda sometido a la credibilidad que le otorga el juzgador de acuerdo con el sistema de la sana crítica.

Estima cuestionable la pretensión del recurrente, tendiente a que las pruebas se miren por su cantidad (se dice de 7 testigos frente a uno solo adverso), pues ello es caer en viejos sistemas en donde la prueba no se cualificaba por su contenido de veracidad en un examen racional, sino en lo objetivo del número de pruebas en un sistema de evaluación aritmético. Así la impugnación es una serie de críticas probatorias, basadas en disuetos criterios, o en el tema de las contradicciones internas de la misma.

Transcribe un aparte de la sentencia recurrida, para concluir que "estos análisis corroboran que no hay error protuberante o manifiesto que se alega, sobre el distanciamiento del juzgador frente a las reglas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia". Se apoya en jurisprudencia de enero 20 de 1994.

Solicita que no se case la sentencia por las razones expuestas por el censor, pero como advierte que la sanción accesoria de la suspensión de la patria potestad impuesta al procesado no fue motivada en las instancias, siguiendo jurisprudencia de la Corte, sugiere que se declare la casación parcial del fallo para que se ajuste a la legalidad, en orden a que se suprima de la decisión la mencionada pena accesoria proferida en contra de *Noé Ortiz Antonio.*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o. Como se dejó reseñado, el actor formula un único cargo en el que invoca violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Partiendo de ese reproche al libelista le corresponde demostrar que el sentenciador incurrió en alguna de las siguientes fallas: a) no apreciar pruebas que materialmente obran en el expediente; b) suponer la existencia de pruebas que realmente nunca se practicaron; c) tergiversar el contenido material de las pruebas, esto es, ponerlas a decir lo que en verdad no dicen, y d) violar las reglas de la sana crítica al efectuar la valoración probatoria. La prosperidad del ataque dependerá en todos los casos no sólo de que se demuestre el error, sino también su trascendencia, es decir, que de no haberse cometido la decisión habría sido otra.

2o. En el asunto en estudio el autor de la demanda concreta el ataque aduciendo que no existe prueba de que los testigos que favorecen al acusado obraron coaccionados, esto es, dice que el Tribunal imaginó ese hecho, y si no hubiera incurrido en ese error la sentencia habría sido absolutoria.

Para responder la censura planteada es imporante conocer exactamente lo analizado por el Tribunal, a cuyo texto acudimos:

"Estima la Sala, siguiendo las normas de la experiencia y de la lógica, que para dirimir este aparente conflicto testimonial debe tener en cuenta todas las circunstancias que rodean los hechos: En primer lugar se sabe que en el momento de los acontecimientos había buena visibilidad, habían varias personas en número superior a diez, según el decir de la mayoría de los declarantes, el recinto o sitio de los acontecimientos es reducido, de apenas 22 metros cuadrados de los cuales se deben descontar los ocupados por el mostrador, baño y demás enseres de la tienda, que contra el mostrador se hallaban, entre otros contertulios, el procesado, *Moya, Parra Pinilla*, el hermano del occiso, *Víctor Alonso* y un señor *Pineda*, que entre este grupo y la ventana que da hacia la calle y la puerta de salida, cayó el ofendido, las cuales son circunstancias de tiempo y lugar que llevan a inferir, como lo han hecho la resolución de acusación y el fallo de primer grado, que la mayoría de los testimoniantes que de alguna manera favorecen al procesado se abstuvo de narrar toda la verdad sobre la forma como ocurrieron los hechos y, desde luego, encubrieron al hoy acusado, por amistad la cual admiten sin embajes (sic), ora porque, como se vislumbra en algunas constancias procesales, (fls. 10-24) se hayan sentido coaccionados o temerosos de posibles represalias, toda vez que, desafortunadamente, el país atraviesa por tan generalizada situación en que la justicia cuenta con tan escasa colaboración, especialmente de parte de la misma sociedad que no denuncia los hechos punibles en forma oportuna. Es que de acuerdo con las comprobaciones hechas en el lugar del crimen, fls. 149-154, el occiso cayó frente al procesado y sus acompañantes, lo que robora (sic) la falcia (sic) en sus afirmaciones.

En cambio, contra este grupo de declarantes, o siete como los enumera el señor Fiscal en la vista pública, se levanta el testimonio de *Víctor Alonso Ramírez Caravante*, de 29 años de edad, hermano del interfecto, quien, como se halla probado por otros medios probatorios, estaba presente en la tienda en donde ocurrieron los disparos que segaron la vida de su hermano, testimonio corroborado por circunstancias indiciarias que, valoradas conjuntamente, producen la íntima convicción de que el señor *Noé Ortiz Antonio* fue el autor del homicidio investigado".

Como puede verse, la muy lógica apreciación del *ad quem* es que los declarantes callaron la verdad, porque en el reducido espacio en que ocurrieron los hechos y existiendo perfecta visibilidad, es imposible que no se hubiera dado cuenta de quién fue la persona que efectuó los disparos.

Esta es la razón esencial por la cual concluye que mintieron, y queriendo encontrar las causas por las que tomaron esa actitud, el fallador enuncia como posibles la amistad reconocida entre ellos y el acusado, y como otra alternativa dice que se "vislumbra en algunas constancias procesales", esto es, que de allí conjetura el que hubieren sido coaccionados o tuvieren miedo de eventuales represalias, situación que califica como generalizada en el país.

De manera que no es cierto que los testimonios en mención se hubieren desestimado por considerar el Tribunal como probado que los deponentes fueron coaccionados. La verdadera razón es que por el lugar y las circunstancias como se desarrolló el suceso, es evidente que los allí presentes vieron quién fue el autor del crimen pero se negaron a revelarlo.

Así las cosas es claro que el defensor cuestiona una apreciación del sentenciador que no tiene trascendencia, ya que la coacción fue esbozada como una de las posibles razones por las que los testigos omitieron decir la verdad, pero no hay duda de que fue una causa diferente la que determinó que a los testimonios no se les diera crédito. Dicho de otro modo, así se descarte la posible coacción, lo cierto es que esas versiones no ofrecen credibilidad.

3o. Frente a esos testimonios no creíbles por la forma como ocurrieron los hechos, el *ad quem* apreció pruebas que demuestran la responsabilidad de *Noé Ortiz*, como lo son las declaraciones de *Víctor Alfonso Ramírez*, testigo presencial; *María Teodolinda Caravante*, a quien *Ernesto Ramírez*, dueño de la tienda, le dijo que el autor de la muerte de su hijo fue *Noé Ortiz*; y *Javier del Carmen Villamil*, quien no obstante aportar una versión de oídas, ésta es coincidente con las demás. También se apreció como indicio la huida del implicado de la región, otorgando previamente poder a una defensora, y acudiendo a presentarse sólo seis meses después.

La prueba de mayor fuerza es el testimonio de *Víctor Alonso Ramírez*, hermano de la víctima, quien se encontraba en el lugar de los hechos, cuya versión el demandante sostiene que es contradictoria, pero realmente no lo es, pues como se explica en la sentencia, inicialmente no le vio arma al homicida, no supo de dónde la sacó, pero vio cuando *Noé Ortiz* le hizo el último disparo a *José Emigdio* y en ese instante observó que tenía un revólver, arma con la cual efectivamente se ejecutó el homicidio.

Ante esto es forzoso concluir que el demandante no demuestra en qué pudo consistir la violación de las reglas de la sana crítica, y de modo contrario, lo que la Sala advierte es que las pruebas fueron apreciadas en

su conjunto y de acuerdo con la lógica, con el sentido común y con las normas de la ciencia y la experiencia.

4o. El libelo contiene otras afirmaciones que el recurrente no sólo no hace nada por demostrarlas, sino que ninguna ubicación les da dentro del error de hecho enunciado en la formulación del cargo, como por ejemplo cuando dice que de la inspección judicial se desprende que *Noé Ortiz* "no pudo ser el autor de los disparos. Pero como la prueba testimonial fue desechada por el Tribunal, no se le dio ningún valor por error manifiesto de hecho".

A la tendencia de cuestionar la valoración probatoria sin demostrar que se desconocieron las reglas de la sana crítica, hay que sumarle que la inconformidad del censor se reduce a que estima que las conclusiones han debido ser otras, pretensión explicable por su condición de defensor, pero que en nada altera la presunción de legalidad que ampara la decisión del tribunal.

De otra parte, pretender que las pruebas se valoren por su cantidad (siete testigos frente a uno solo adverso), haciendo caso omiso de su contenido de veracidad conforme a un examen racional, resulta a todas luces inaceptable.

El sistema aritmético de evaluación probatoria que reclama el libelista para plantear la duda -como con acierto lo destaca el Procurador- parte de un supuesto errado, ya que la duda como fenómeno de conocimiento del ser no está fuera de él sino en su propio criterio interno, y por ello suponer que una cantidad de pruebas en el mismo sentido frente a otra cantidad menor genera la duda, es convertir el proceso de conocimiento en un asunto de suma de medios de prueba, ya obsoleto en el sistema probarorio. Una prueba aun con contradicciones internas, bien puede contener datos de veracidad que convencen al juzgador, y no hacerlo una cantidad mayor de pruebas no creíbles obrantes en autos.

Cuando el recurrente asegura que la valoración de la prueba conducía al reconocimiento de la duda imposible de eliminar, es su deber demostrar los errores de hecho o de derecho que determinaron ese estado que debe resolverse a favor del sindicado, y no es posible aceptarse como tal comprobación, porque no lo es, el afirmar que la "duda surge de comparar siete testimonios, contra uno contradictorio", como lo hace el casacionista sin sujeción a elementales reglas de lógica jurídica.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

5o. Finalmente, la Corporación estima acertada la sugerencia del Procurador Delegado sobre la pena accesoria de suspensión de la patria

potestad, ya que efectivamente se impuso sin ninguna motivación, como si ella fuera inherente a la pena de prisión.

Pero de otra parte, no existe fundamento alguno para su imposición pues no se ve de qué manera el hecho cometido pueda conducir a que resulte inconveniente el ejercicio de la patria potestad, de modo que la irregularidad se subsanará casando parcialmente la sentencia y revocando esa sanción accesoria, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda presentada por el defensor del procesado.

2. *Casar* oficiosamente la sentencia impugnada, en el sentido de anular la imposición de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta al procesado *Noé Ortiz Antonio,* dejando en todo lo demás en firme el fallo condenatorio recurrido.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devúelvase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Enrique Arboleda R., Ricardo Calvete Rangel, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Cuando se alega error en la calificación jurídica del hecho, por fuera del nomen iuris *correspondiente, la causal que debe invocarse es la tercera, no la primera, puesto que si el actor alega ésta y la censura prospera, la Sala no podría dictar fallo de sustitución, como lo ordena el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, sin incurrir en un nuevo error judicial denunciable por la vía de la causal segunda.*

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 109

Proceso No. 10659

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada a nombre del procesado *Luis Eduardo León Monguí.*

ANTECEDENTES

El 20 de noviembre de 1993, alrededor de las 7:30 de la noche, en la finca La Primavera de la vereda El Corzo, circunscripción territorial del municipio de Facatativá, se presentó un enfrentamiento entre Jorge Enrique Salgado Rojas y Luis Eduardo León Monguí, del cual resultaron ambos lesionados, el primero con heridas múltiples graves producidas por arma cortopunzante, y el segundo con una herida en la frente ocasionada con elemento contundente. Este proceso trata de la agresión física de que fue víctima Jorge Enrique Salgado Rojas.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá, mediante sentencia de 28 de octubre de 1994, condenó a León Monguí, en consonancia con la resolución de acusación, a la pena principal de 12 años y 6 meses de prisión, por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa (fls. 277 y ss.). Al revisar por vía de apelación este fallo, el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Cundinamarca lo confirmó en todos los puntos que fueron objeto de la impugnación (fls. 3 y ss. Cd. Tribunal).

Contra este pronunciamiento, el procesado y su defensor interpusieron oportunamente recurso de casación.

LA DEMANDA

Al amparo de las causales primera y tercera de casación, sendos cargos formula el actor a la sentencia impugnada.

El primero, lo enuncia y desarrolla de la siguiente manera:

-La sentencia es violatoria de "normas de derecho sustancial, por error en la apreciación de buena parte de la prueba testimonial obrante al plenario", especialmente las declaraciones del agente Miguel Ernesto Moreno Moreno, el señor Julio Eduardo Torres Luque y el lesionado Jorge Enrique Salgado Rojas a quienes, a pesar de sus contradicciones, se les dio mayor credibilidad que al procesado (fls. 40).

-El hecho se calificó desde un comienzo como tentativa de homicidio, tratándose simplemente de lesiones personales, y a pesar del esfuerzo de la defensa por ilustrar a los funcionarios instructor y de conocimiento, "no fue posible variar en lo más mínimo su determinación, en el sentido de corregir la valoración jurídica del hecho punible investigado, recaudando las pruebas ordenadas en la resolución de apertura de investigación, esto es, los exámenes de medicina legal a ambos lesionados y los antecedentes de todo orden, iniciar la investigación penal contra el señor Jorge Enrique Salgado Rojas, conjuntamente con la presente investigación y recibir los testimonios y declaraciones de los testigos presentes en el lugar y momento de su ocurrencia..." (fl. 40).

-El Juez de primera instancia no tuvo cuidado al valorar la prueba testimonial en conjunto, sino que buscó y relacionó la que perjudicaba al procesado, "desechando absolutamente todo lo que le favorecía, movido por el afán de condenar a un campesino trabajador que recibió fuerte golpiza por su administrador agrícola, sin que por ese hecho se adelantara investigación alguna" (fls. 40 y 41).

-El citado funcionario tampoco tuvo en cuenta la confesión de su defendido, a pesar de reunir todos los requisitos del artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, y en cambio "les dio mayor credibilidad" a los testimonios ya referenciados, no obstante las contradicciones aludidas (fls. 41).

-El Juez infirió que el motivo de la riña fue de orden laboral, olvidando que el declarante "es una persona mentirosa y creativa, capaz de engañar

y de dar por cierto lo que no le consta, y con se (sic) hecho indicador viciado, no se puede inferir nada verídico o cierto" (fl. 42).

Aparte de estas consideraciones, ninguna otra trae el censor en el capítulo correspondiente al primer cargo, pero en el acápite destinado al recuento de la "investigación sumarial", hace las siguientes precisiones sobre el error en la calificación jurídica del hecho:

"La defensa ha insistido incansablemente en el *error en la calificación o denominación jurídica de la infracción*, lejos de ser tentativa de homicidio sólo se trata de *lesiones personales recíprocas* en riña imprevista iniciada precisamente por el mismo *Salgado Rojas* al propinar un botellazo en la cabeza de mi defendido, *lo habilitó para su defensa y solo para ella* y no con otro propósito que el de evitar un daño aún más grave del ocasionado y no con otra finalidad como lo ha interpretado equivocadamente la Fiscalía..., sin tener en cuenta los elementos estructurales de la tentativa, con base en el contenido del artículo 22 del C. P. son: La realización dolosa de actos idóneos, inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho punible y la no consumación del hecho por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Cabe entonces clasificar en este caso, dos clases de dolo, el dolo de ímpetu y el dolo de propósito, en este último se presenta la premeditación como la frialdad en el cálculo, resolución perseverante, voluntad tranquila de cometer el delito, preparación sistemática y ponderada del hecho, merodeo constante para sacrificar a la víctima y comprobados actos de preparación para acertar en la tentativa y que en la presente causa queda completamente descartado, puesto que no se da ninguno de sus elementos y por la misma causa tampoco puede hablarse de tentativa y sin embargo así se ha calificado jurídicamente la infracción erróneamente; el dolo de ímpetu, no es otro que el ideado y puesto en práctica de manera súbita que al valorarlo, no se puede comparar con la perversidad del dolo anterior, *en el que se podría enmarcar la conducta de mi defendido* al responder frente a un fuerte botellazo propinado en su cabeza, pues normalmente, *hasta el sujeto menos inofensivo procura su defensa, y así lo hizo tratando de repeler la golpiza que le estaba propinando Salgado Rojas, hasta dejarlo tirado en el piso, como efectivamente ocurrió*" (fl.37. Cursivas fuera de texto).

El cargo propuesto dentro del marco de la causal tercera se presenta por violación del deber de informar al capturado sobre sus derechos, conforme lo establece el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, pues, en opinión del censor, el acta visible a folio 2 del proceso fue firmada por su representado en estado de inconsciencia, "producto de las lesiones propinadas por Salgado Rojas" (fl. 42).

SE CONSIDERA

Bastante confuso, carente de sustentación y equivocado en la técnica se presenta el cargo primero de la demanda de casación objeto de estudio.

Confuso, porque en su desarrollo el actor mezcla alegaciones cuando no ilógicas, jurídicamente irreconciliables, que impiden medir el alcance de su pretensión, como afirmar, por ejemplo, que existe error en la calificación jurídica del hecho y en seguida sostener que el procesado actuó en defensa propia, o que el delito de homicidio en la modalidad de tentativa no se estructura porque el dolo que acompañó a su representado fue de ímpetu, no de propósito, o que se dejaron de practicar pruebas, o que se omitió investigar conjuntamente las "lesiones recíprocas", aspectos que en su mayoría no pueden siquiera plantearse separadamente, a menos que se haga de manera subsidiaria.

Carente de sustentación, porque se limita a criticar desde su punto de vista personal el valor probatorio que los juzgadores de instancia les dieron a los testimonios de Jorge Enrique Salgado Rojas, Miguel Ernesto Moreno y Julio Eduardo Torres Luque, sin reparar que no es su opinión personal, sino la disparidad existente entre la valoración hecha por el Juez y la que correspondería hacer de acuerdo con los postulados de la sana crítica, lo que determina la presencia del error en estos casos. Obsérvese, además, que el actor, a pesar de enunciar una presunta violación indirecta de la ley sustancial, por parte alguna identifica el sentido de la violación, la clase de error, las normas sustanciales indirectamente violadas, ni, mucho menos, la posible relación existente entre la desacertada valoración de los citados testimonios y la errónea calificación jurídica de la conducta.

Equivocado en la técnica, porque presenta al interior planteamientos incompatibles que atentan contra el principio lógico de no contradicción, haciendo que el cargo resulte incomprensible, y también porque, cuando se alega error en la calificación jurídica del hecho, por fuera del *nomen iuris* correspondiente, la causal que debe invocarse es la tercera, no la primera, puesto que si el actor alega ésta y la censura prospera, la Sala no podría dictar fallo de sustitución, como lo ordena el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, sin incurrir en un nuevo error judicial denunciable por la vía de la causal segunda.

El cargo por nulidad, a su turno, se queda en el simple enunciado, toda vez que el censor no dice, ni la Sala logra desentrañarlo, de qué manera el procesado se vio afectado en su defensa por el hecho de no habérsele enterado de los derechos del capturado, pero es evidente, además, que dicha omisión no se presentó, y que el supuesto estado de inconsciencia

en que, en opinión del casacionista, se encontraba su representado, no pasa de ser una simple conjetura.

Frente a las anotadas inconsistencias de la demanda y dado que a la Corte no le es permitido, en virtud del principio de limitación, entrar a suplir sus deficiencias, se impone su rechazo, conforme a lo dispuesto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Luis Eduardo León Monguí. En consecuencia, se declara *desierto* el recurso.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

IRA E INTENSO DOLOR / LEGITIMA DEFENSA

La ira o el dolor son estados afectivos de la persona provocada, quien a su merced sintió o vivió un momento de emoción violenta.

Cabe observar que el exceso defensivo y la ira o intenso dolor son dos fenómenos autónomos e independientes, que no pueden converger a explicar de modo razonable el comportamiento del procesado, porque aquél supone la existencia de una agresión actual e injusta que genera un peligro inminente contra un bien jurídicamente tutelado (la vida y la integridad personal), mientras que la segunda hipótesis emerge de un agravio o de una ofensa ya consumados, que desata en el ofendido reacciones de ira o de dolor.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 109

Proceso No. 8844

VISTOS

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *José Félix Burbano Villarreal* contra la sentencia de 10 de junio de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior de Pasto confirmó la dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó a la pena principal de 45 meses de prisión como responsable del delito de homicidio simple "bajo la circunstancia de exceso en la causal de justificación de la legítima defensa" y tomó otras determinaciones.

HECHOS

De ellos dijo el Juzgado del conocimiento:

"Los hechos que han dado lugar a esta causa, ocurrieron aproximadamente a las cuatro de la tarde del 3 de noviembre de 1991, dentro del

establecimiento de la gallera 'La Favorita', ubicada en el perímetro urbano de esta ciudad, calle 16 No. 38-52.

"Para ese día se habían programado varias riñas de gallos, y como es obvio al lugar habían concurrido muchos aficionados, entre ellos el señor Humberto Enríquez González, sus hijos Mauricio y Franco y su yerno Lorenzo Lucio Nacaza; así mismo había asistido el señor José Félix Burbano Villarreal. Luego de realizadas las primeras riñas de gallos, el señor Humberto León Enríquez Ordóñez, disgustado porque José Félix Burbano no le quiso aceptar una apuesta, procedió a ofenderlo verbalmente, mediante insultos, palabras hirientes e incluso amenazas de muerte, razón por la que Villarreal (sic), pretendiendo evitar problemas decidió abandonar el establecimiento, por ello salió del ruedo y se dirigió a la entrada, lo mismo hizo el señor Humberto León Enríquez y posteriormente su hijo Franco; en determinado momento se encontraron nuevamente los señores José Felix Burbano y Humberto León Enríquez, y éste continuó con la agresión verbal, obteniendo igual respuesta; los hechos entonces pasaron de la ofensa verbal a la agresión de obra, pues el señor Enríquez le asestó un golpe en la cara a Burbano, ante lo cual éste le respondió con otro golpe e inmediatamente desenfundó su pistola e hizo unos disparos al aire y al suelo; Humberto León Enríquez se le abalanzó entonces y Burbano Villarreal accionó nuevamente su arma haciendo blanco en la humanidad de Enríquez; inicialmente intervino Franco Enríquez y luego Mauricio Enríquez y Lorenzo Lucio Nacaza, quienes se encontraban en el ruedo o circo de la gallera, y quienes al escuchar los primeros disparos acudieron al sitio de los acontecimientos y allí todos trataban de desarmar a Burbano, quien seguía disparando hasta agotar la carga; en estas últimas secuencias resultando lesionados de muerte Franco Enríquez Salcedo y Fernando León Gomez, este último un desprevenido asistente, ajeno totalmente a los hechos, quien falleció también en el mismo lugar. Los señores Enríquez fallecieron en el hospital San Pedro de esta ciudad, a donde fueron llevados con el fin de que recibieran asistencia médica".

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue iniciada por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal Ambulante de Pasto, despacho que luego de practicar algunas diligencias y escuchar en indagatoria al sindicado Burbano Villarreal, le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por triple homicidio culposo, denominación que luego varió el Juzgado Séptimo de la misma especialidad, a solicitud del agente del Ministerio Público, por la de homicidios dolosos en concurso de hechos punibles.

Explicó el incriminado que la pistola que portaba, amparada con salvoconducto, se le disparó en el forcejeo con sus agresores, uno de los cuales, Humberto, hizo ademán de llevar la mano a la cintura.

Clausurada la etapa instructiva, el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado José Felix Burbano Villarreal por los delitos de homicidio doloso cometido en exceso de legítima defensa respecto a Humberto y Franco Enríquez y homicidio culposo en cuanto a Fernando León Gómez; enjuiciamiento apelado por el representante del Ministerio Público y confirmado íntegramente por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Pasto.

Tramitado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de dicha ciudad, finiquitó la instancia con sentencia de 10 de marzo de 1993, por la que condenó al acusado Burbano Villarreal a la pena principal de 45 meses de prisión como responsable de homicidio simple en Humberto León Enríquez Ordóñez, excedido en la legítima defensa y a la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y lo absolvió de los homicidios en Franco Enríquez Salcedo y Fernando León Gómez, por haber obrado en legítima defensa respecto al primero y tratarse de un caso fortuito en cuanto al segundo; fallo apelado por la defensa y confirmado, sin ninguna modificación, por el Tribunal Superior de Pasto mediante el que es objeto del recurso de casación.

No hubo condenación por perjuicios en virtud de desistimiento de la parte civil y en orden a efectivizar la pena impuesta, se dispuso que en firme la sentencia, se librara la correspondiente orden de captura en contra del sentenciado.

DEMANDA DE CASACIÓN

En el marco de la causal primera de casación, se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria, en forma indirecta, del artículo 60 del Código Penal por error de derecho proveniente de un falso juicio de convicción porque no se tuvo en cuenta la "expresión integral" de la prueba testimonial indicativa "en forma fehaciente que el procesado actuó en un estado de emoción que a la luz del derecho estructura la causal de atenuación de la pena conforme con el art. 60 del Código Penal y que no obstante la expresión que en forma clara y contundente ofrece el medio probatorio se dejó de estimar al momento de producir el fallo...".

El demandante se ocupa de relacionar en capítulos separados lo expuesto por algunos declarantes respecto a la forma como sucedieron los hechos y

analizar los elementos estructurantes de la ira o intenso dolor para concluir que a su representado se le desconoció dicha aminorante punitiva pese a resultar demostrado que obró en un estado de excitación emocional provocado por comportamiento ajeno grave e injusto de la víctima.

Luego expresa:

"Se observa que esta causal de atenuación punitiva no es inconciliable con el exceso en la causal de justificación a que hace referencia el art. 30 del Código Penal, pues se trata de situaciones autónomas e independientes que perfectamente se presentan en un mismo caso y por ende hay lugar a efectuar las rebajas de pena correspondientes al momento de dosificar la pena principal respectiva".

Agrega que el error de derecho endilgado al sentenciador devino de la defectuosa estimación de la prueba testimonial demostrativa de la diminuente punitiva de la ira, la que de haber sido reconocida le hubiera significado a su asistido una pena imponible de 22 meses y medio de prisión en lugar de los 45 meses de prisión a que fue condenado "dando vía a la concesión del sustituto penal de la condena de ejecución condicional de que trata el art. 68 del C. Penal", al cual se hace acreedor por el monto de la pena a imponer en virtud de no registrar antecedentes penales o policivos ni requerir de tratamiento penitenciario.

Solicita en consecuencia, casar parcialmente la sentencia recurrida y dictar la que deba reemplazarla reconociendo la atenuante deprecada y el subrogado de la condena de ejecución condicional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal se opone a las pretensiones del censor, argumentando que la demanda adolece de protuberantes fallas de técnica que la convierten en un típico alegato de instancia, pues no precisa los testimonios sobre los cuales recae el error probatorio denunciado, lo que de suyo impide a la Corte conocer el verdadero sentido de la impugnación.

Agrega que, conforme a pacífica y reiterada doctrina de esta Corporación, es a todas luces inconcebible alegar error de derecho por falso juicio de convicción respecto a pruebas, como el testimonio, deferidas a la libre y racional apreciación del juzgador y que el reproche concerniente a la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional no merece ser considerado por aparecer planteado sin el mínimo de las exigencias técnicas que impone este extraordinario medio de impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Si la violación indirecta del artículo 60 del Código Penal proviene; según el censor, de un error de derecho por falso juicio de convicción respecto a varios testimonios demostrativos de que el acusado obró movido por la ira que le produjo el comportamiento grave e injusto de la víctima; pero en desarrollo de la censura predica que el yerro endilgado consistió en no haberse tenido en cuenta lo dicho por ellos, no cabe duda que desvió el ataque hacia la hipótesis del error de hecho por falso juicio de existencia de la prueba testimonial, tornando inepta la demanda, pues la Corte no podría salirse del marco impugnatorio que le asigna el demandante para incursionar en terrenos vedados, so pretexto de corregir o completar el sentido mismo de la impugnación.

Los testimonios que el recurrente relaciona en capítulo separado, como antecedentes fácticos de la sentencia, sin cuestionar como pruebas erróneamente apreciadas, no son idóneos para comprobar el estado de ánimo o de excitación emocional padecidos por el procesado, porque los deponentes se limitan a relatar aspectos o circunstancias percibidos por los sentidos, constitutivos de una agresión grave e injusta de parte del occiso.

Frente a lo anterior, puede advertirse que la ira o el dolor son estados afectivos de la persona provocada, quien a su merced sintió o vivió un momento de emoción violenta; circunstancia que, de existir, habría podido reconocerse oficiosamente, así no la pusiese de presente el procesado Burbano Villarreal, quien a través de sus intervenciones en el proceso lo fundamental que planteó fue la defensa de su vida o integridad personal en orden a justificar su conducta.

La improsperidad del cargo formulado por las fallas de orden técnico cometidas en su presentación y desarrollo y la flaqueza de las argumentaciones en que se apoya, dan al traste también con el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional del procesado, solicitado por el recurrente a manera de reproche complementario, porque no habiendo prosperado la rebaja de pena por debajo del límite de tres años de prisión, contemplado en el artículo 68 del Código Penal como uno de los presupuestos para su viabilidad, huelga cualquier otro comentario sobre el particular.

Pero lo anterior no impide a la Sala hacer las siguientes precisiones respecto a la pregonada compatibilidad del exceso en la legítima defensa

de que trata el artículo 30 del Código Penal, con la ira o intenso dolor de que se ocupa el artículo 60 de la misma codificación.

Entre otras amplias consideraciones sicológicas y jurídicas que puedan ensayarse sobre el particular, cabe observar que el exceso defensivo y la ira o intenso dolor son dos fenómenos autónomos e independientes, que no pueden converger a explicar de modo razonable el comportamiento del procesado Burbano Villarreal, porque aquél supone la existencia de una agresión actual e injusta que genera un peligro inminente contra un bien jurídicamente tutelado (la vida y la integridad personal), mientras que la segunda hipótesis emerge de un agravio o de una ofensa ya consumados, que desata en el ofendido reacciones de ira o de dolor.

El exceso, que resulta punible aunque en menor grado, es una desproporción en la respuesta defensiva ante una agresión actual inminente, al paso que la ira y el intenso dolor constituyen perturbaciones emocionales generadas en la causa ya cumplida, esto es, en la ofensa o provocación grave e injusta de un tercero.

En otras palabras, la actualidad es uno de los factores que permite distinguir la agresión de la provocación: en la defensa excedida el agente reacciona en forma desproporcionada contra un peligro actual o inminente; en cambio, ante el impulso de la ira no existe ese peligro injusto que rechazar, sino que la reacción proviene de una ofensa ya consumada.

En ese orden de ideas, las dos diminuentes punitivas resultan inconciliables en casos como el que es motivo de análisis en el presente recurso, de manera que si en el episodio que culminó con la muerte de Humberto León Enríquez Ordóñez, se dio por sentado que el procesado José Felix Burbano Villarreal reaccionó ante una agresión actual e inminente de parte del occisó, pero excediéndose o extralimitándose en la defensa, porque al disparar arma de fuego para repeler un ataque a puños, rompió el equilibrio que debe existir entre agresión y defensa, mal puede aducirse que además obró en estado de obnubilación o perturbación emocional por la agresión de que había sido objeto por parte de la víctima.

Puede acontecer sí, que en casos como el presente el impulso del miedo o del temor, arremolinado a veces con la ira o acrecentando por élla, dé lugar a excesos en la defensa privada, o a dificultades apreciativas sobre la proporcionalidad de las propias reacciones. Pero ésto no conduce, en el asunto *sub judice*, a que se dupliquen las probabilidades de atenuación.

Por lo dicho, no prospera el cargo formulado.

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.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, (con aclaración de voto); *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* (con aclaración de voto).

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

IRA E INTENSO DOLOR / LEGITIMA DEFENSA

(Aclaración de voto)

Con el debido respeto, me propongo consignar brevemente algunas consideraciones sobre lo que estimo que debe ser el fundamento para que se rechace la concurrencia del reconocimiento del exceso en la justificante y de la atenuante modificadora de la ira (arts. 30 y 60 del C. P.).

Ello porque propuse que se tomara partido sobre los distintos aspectos que pudieran derivarse del análisis de fondo de la problemática, principalmente en cuestiones que repercuten en la Teoría del Delito y, porque si bien de manera expresa ello no fue rechazado, el texto final de la decisión no ahonda -al menos para mí- en la materia pertinente. Su lectura me acaba de convencer de que el razonamiento de la Sala aborda el problema desde una sola perspectiva, más sicológica que jurídica.

Sin embargo, como el punto de llegada es el mismo (la no concurrencia de ambas figuras), el presente es un documento de aclaración y no de salvamento.

La sentencia afirma que el exceso defensivo y el estado de ira o intenso dolor atenuante constituyen dos fenómenos autónomos e independientes "que no pueden converger a explicar de modo razonable el comportamiento del procesado Burbano Villarreal". Y señala las siguientes diferencias entre uno y otra:

1. La pérdida de actualidad del peligro, como elemento que caracteriza la atenuante de la provocación.

2. El exceso es una desproporción "en la respuesta defensiva" y la circunstancia de ira o intenso dolor es perturbación emocional generada en la causa; es decir, en la ofensa o provocación grave e injusta de un tercero.

3. Si el episodio juzgado dio por sentado que hubo rompimiento del equilibrio agresión-reacción, mal puede aducirse que además se obró en estado de obnubilación o perturbación emocional.

4. Y aunque puede ocurrir que el impulso del miedo se mezcle con la ira, y que ello dé lugar a excesos en la defensa privada, ello no conduce "a que se dupliquen las posibilidades de atenuación" (pero no dice por qué).

Realmente, el problema no parece estribar en los elementos con que el legislador definió ambas figuras, ni en la circunstancia de que alguien pueda reaccionar por necesidad de defender un bien jurídico y a la vez le acompañen sentimientos de ira, de temor o de dolor, ni en la intensidad de la perturbación emocional que puede coexistir con la defensa excesiva. El suscrito se inclina a creer que es la diversa naturaleza de ambos fenómenos, la que conduce a rechazar su concurrencia jurídica. Y que mientras el exceso en la justificante tiene un sustrato de culpabilidad culposa (simplemente legislada de manera específica en el art. 30 del C. Penal), la circunstancia del delito provocado es propia de los hechos dolosos. Y que es esa contradicción en su fundamento jurídico la que impide que ambas se puedan reconocer simultáneamente respecto de una misma conducta.

Lo que sucede es que para llegar allí hay que sostener previamente dos cuestiones: La una, que el exceso legislado en el art. 30 del C. P. es únicamente el denominado exceso intensivo. Y la otra, que lo que se conoce como exceso doloso en la causa es, simplemente, un factor que puede repercutir en un menor grado de reproche culpable (v. gr. una atenuante dosimétrica), o puede no influir en el grado de culpabilidad, o puede llegar a modificarla como circunstancia atenuante específica (art. 60 del C. P.) siempre y cuando esa causa sea la misma provocación grave e injusta. Todo lo anterior sin perjuicio de que la valoración errónea de la agresión (entendida como motivo de la conducta) constituya una causal de inculpabilidad en tanto sea invencible (art. 40 C.P.) o que pueda derivar hacia la culpabilidad culposa, en tanto sea vencible y originada en culpa.

Si la Corte, tras desestimar por razones técnicas la demanda, decidió precisar algo sobre el tema de la concurrencia del exceso y la ira, lo deseable habría sido, en mi concepto, que se hubiera debatido el punto desde esta perspectiva porque así se desarrollaba lo más ampliamente posible el problema jurídico de fondo. Al fin y al cabo es por esa vía por la que se facilita la discusión del derecho y se abre camino el desenvolvimiento de la jurisprudencia.

Carlos E. Mejía Escobar.

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / COLISION DE COMPETENCIA

Es claro que cuando se trata de cuestiones relacionadas con la ejecución de penas y medidas de seguridad, le corresponde conocer al Juez de Ejecución de Penas del lugar donde se encuentre descontando la sanción el condenado, sin importar la jurisdicción donde se haya proferido la sentencia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., agosto tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 109

Proceso No. 10741

VISTOS

Decide la Corte de plano el conflicto de competencias surgido entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar (Tolima) y el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá, dentro del proceso adelantado contra Oliver Benítez Madroñero por infracción a la Ley 30 de 1986.

ANTECEDENTES

1. En virtud de algunos disparos que se efectuaron el 13 de junio de 1990 en la carrera 28A con calle 2a. del barrio Siconoro del municipio de Melgar, ingresaron al lugar algunos agentes de la "Dijin" con el fin de realizar un operativo; una vez allí, percibieron un olor característico al de estupefacientes, por lo que revisaron una bolsa plástica blanca que se hallaba en el suelo y constataron que contenía un polvo blanco cuyo peso neto fue 180 gramos, el que luego de efectuado el respectivo examen en el laboratorio de Medicina Legal, dio positivo para cocaína.

2. Por estos hechos el Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar condenó a Oliver Benítez Madroñero el 24 de octubre de 1990 a cuatro (4)

años de prisión y 10 salarios mínimos mensuales por infracción a la ley 30 de 1986.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la decisión del *a quo*, pero se modificó la pena en el sentido de imponer cinco años de prisión y 20 salarios mínimos mensuales a Benítez Madroñero.

El sentenciado y su defensor interpusieron el recurso extraordinario de casación, el que fuera resuelto el 19 de mayo de 1992, casando parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar se condenó al procesado a la pena impuesta en la sentencia de primera instancia.

3. Luego de reunidos los requisitos, el 17 de julio de 1992 el Juzgado Primero Penal del Circuito concedió al sentenciado la libertad condicional caucionada por un período de prueba de dos años, debiendo cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 69 del Código Penal, especialmente la de presentarse cada mes al Juzgado.

Ante el incumplimiento en las presentaciones se indagó por el paradero del sentenciado, y se logró establecer que se hallaba recluido en la Cárcel Nacional Modelo a órdenes de la Fiscalía Regional, quien le había proferido resolución de acusación por los delitos de secuestro extorsivo agravado en concurso heterogéneo con porte ilegal de armas, municiones y explosivos de las Fuerzas Armadas.

En vista de que el sentenciado incumplió las obligaciones impuestas al obtener la libertad condicional, y que se encuentra recluido en la Cárcel Nacional Modelo, el Juzgado del Circuito remitió las copias del proceso al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá para los fines establecidos en el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal y lo dispuesto en el Acuerdo 54 del Consejo Superior de la Judicatura, proponiendo colisión negativa de competencias.

5. El Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, se abstuvo de avocar conocimiento de las diligencias y aceptó la colisión de competencias negativa propuesta, al considerar que el sentenciado Benítez Madroñero no está descontando la pena impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar, ya que se encuentra a órdenes de la justicia regional, y mientras esta situación se presente, no se puede dar aplicación al artículo 1o. del Acuerdo 54 del 24 de mayo de 1994, por lo tanto remite el proceso a esta Corporación para que dirima el conflicto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dada la divergencia de criterios entre un Juez Penal del Circuito y uno de ejecución de penas de distinto distrito judicial para conocer la ejecución de la sentencia del condenado Oliver Benítez Madroñedo, se presenta la colisión de competencias, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 numeral 5o. del Código de Procedimiento Penal, le corresponde dirimir a la Corte.

La disposición que ha llevado a estos jueces a tener diferencia de criterios sobre la competencia es la siguiente:

El artículo Primero del Acuerdo No. 54 del 24 de mayo de 1994 del Consejo Superior de la Judicatura, dice:

"Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, conocen de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentren en las cárceles del respectivo circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia...

...

...En los sitios donde no exista aún juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, continuará dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal.

Es claro que cuando se trata de cuestiones relacionadas con la ejecución de penas y medidas de seguridad, le corresponde conocer al Juez de Ejecución de Penas del lugar donde se encuentre descontando la sanción el condenado, sin importar la jurisdicción donde se haya proferido la sentencia.

En el caso *sub judice* observa la Sala que el sentenciado no se encuentra purgando la pena impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar, porque cuando fue detenido por su presunta participación en un punible contra la autonomía personal, se hallaba gozando del subrogado de la libertad condicional, es decir, el cumplimiento de la pena se encuentra suspendido por un período de prueba de dos años, y según obra en el proceso, Benítez Madroñero está a disposición de la justicia regional respondiendo por la resolución de acusación dictada en su contra por los delitos de secuestro en concurso con porte ilegal de armas, municiones y explosivos de las fuerzas armadas.

Ante esta realidad no queda la menor duda de que le asiste razón al Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé

de Bogotá, porque aunque el sentenciado está recluido en una cárcel de esta ciudad, no lo es por cuenta del proceso donde resultó condenado como infractor a la Ley 30 de 1986, sino que está a disposición de la justicia regional, de modo que la decisión pendiente de tomar es de competencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar, toda vez que no hay juez de penas y a él le corresponde actuar como tal.

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

RESUELVE:

Primero: Declarar que la competencia para conocer de este proceso radica por ahora, en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar (Tolima), a quien debe remitirse el expediente en forma inmediata.

Segundo: Comuníquese esta decisión al Juez Sexto de Ejecución de Penas de Santafé de Bogotá.

Cópiese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

RECURSO DE HECHO / ACCION DE REVISION

La finalidad del recurso de hecho no es otra que la de facultar al superior para conceder el recurso de apelación o de casación cuando éstos han sido indebidamente denegados por el inferior. Sin embargo, el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal le exige al recurrente de hecho que dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias en la Secretaría lo sustente, explicando claramente los fundamentos legales de su inconformidad, pues de lo contrario se desechará.

2.- El artículo 197 ibídem establece que la providencia que decide la acción de revisión cobra ejecutoria el mismo día que es suscrita por el funcionario judicial, y al ser considerado este trámite de única instancia, es improcedente cualquier recurso que se interponga contra los interlocutorios que se dicten en él; por lo tanto, excluye al superior del conocimiento de las decisiones que se tomen en este trámite especial como lo es la acción de revisión.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., agosto tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995)..

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No.109

Proceso No. 10752

VISTOS

Conoce la Sala del recurso de hecho interpuesto por el sentenciado Jairo Arnoldo Pérez Pimiento, contra el auto mediante el cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá negó el recurso de apelación de la providencia que inadmitió la demanda de revisión, presentada contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Los hechos que dieron origen a este proceso ocurrieron en la mañana del 26 de octubre de 1980, cuando Jairo Arnoldo Pérez Pimiento se disponía a abordar un avión de Avianca con destino a Miami y las autoridades de policía descubrieron que la maleta que éste llevaba como equipaje personal, tenía doble fondo y ocultaba allí setecientos cincuenta gramos de cocaína.

2. Luego de un largo período de inercia judicial, el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el 23 de marzo de 1993 condenó a Pérez Pimiento a la pena de cuarenta (40) meses de prisión y cincuenta mil pesos de multa como infractor al artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, sentencia que no fue apelada.

3. El apoderado de Jairo Arnoldo Pérez Pimiento presentó demanda de revisión contra la referida sentencia, argumentando que fue emitida en un proceso que no podía proseguirse por haber prescrito la acción penal; invoca igualmente la causal del numeral tercero del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

4. Luego de analizadas las causales referidas para obtener la revisión solicitada, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá no accedió a decretar la revisión de la sentencia condenatoria.

Inconforme con esta decisión el defensor de Pérez Pimiento interpuso el recurso de apelación, el que se denegó por ser la acción de revisión de única instancia. Decisión que fue objeto del *"recurso de queja"* por parte del sentenciado.

5. Recibida la actuación procesal, la Secretaría de la Sala entendió que se trataba de un recurso de hecho, dándole el trámite respectivo. Vencido el término establecido en el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, el impugnante se abstuvo de sustentar el recurso dentro de los términos, según se evidencia del informe secretarial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La finalidad del recurso de hecho no es otra que la de facultar al superior para conceder el recurso de apelación o de casación cuando éstos han sido indebidamente denegados por el inferior. Sin embargo, el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal le exige al recurrente de hecho que dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias en la Secretaría lo sustente, explicando claramente los fundamentos legales de su inconformidad, pues de lo contrario se desechará.

En el escrito de impugnación el recurrente únicamente manifestó que interponía el *"recurso de queja"* el cual sustentaría ante el superior, obligación que olvidó, pues ningún argumento expuso para fundamentar el recurso que ocupa la atención de la Sala, omisión que constituye por sí sola motivo suficiente para desecharlo como dispone la ley procedimental penal.

De otro lado, es importante señalar que el artículo 197 *ibidem* establece que la providencia que decide la acción de revisión cobra ejecutoria el mismo día que es suscrita por el funcionario judicial, y al ser considerado este trámite de única instancia, es improcedente cualquier recurso que se interponga contra los interlocutorios que se dicten en él; por lo tanto, excluye al superior del conocimiento de las decisiones que se tomen en este trámite especial como lo es la acción de revisión.

En vista de que el recurrente omitió la sustentación del recurso de hecho dentro del término que la ley le concede, la Sala lo desechará.

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

RESUELVE:

Desechar el recurso de hecho interpuesto contra el auto del seis de junio del presente año, proferido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / PORTE ILEGAL DE ARMAS

La única excepción contemplada por la norma que define la competencia de los Jueces Regionales, en relación con las conductas descritas en el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, es la que se refiere al porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento quedó en cabeza de los Juzgados del Circuito.

En tratándose de municiones o explosivos, la competencia de los Juzgados Regionales se extiende a todas las previsiones fácticas del artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, en tanto que cuando son armas de fuego de defensa personal, se excluye de su marco de competencia el simple porte.

Resulta oportuno señalar, para prevenir futuros e innecesarios conflictos de competencia, que la munición correspondiente a la carga natural, entendida como el número de cartuchos que el tambor o proveedor está en capacidad de recibir según su diseño de fábrica, se integra al concepto o noción de arma de fuego, pero la ausencia de carga en nada modifica la modalidad delictiva, ya que el artefacto es considerado arma no porque este dotado de proyectiles, sino porque reúna las características señaladas en el artículo 6o. del Decreto 2535 de 1993.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 109

Proceso No. 10565

Se pronuncia la Sala sobre la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar y un Juzgado Regional de Barranquilla dentro del proceso que, por infracción al artículo 1° del Decreto 3664 de 1986 (adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, artículo 1°), se adelanta contra *Tarcisio Moreno Méndez* .

ANTECEDENTES

El 9 de octubre de 1992, al practicar una requisa a los pasajeros del bus de placas VW1326 que de Maicao se dirigía a Valledupar, personal de la Compañía de Granaderos "B" de la Policía Nacional hallaron en poder de Tarcisio Moreno Méndez 75 cartuchos para escopeta calibre 12, en tres cajas de 25 unidades cada una, munición esta de defensa personal según peritación practicada dentro del proceso (fl. 9).

Al momento de su aprehensión, Moreno Méndez manifestó a las autoridades que se trataba de una encomienda cuyo contenido desconocía (fl. 22), pero en su indagatoria declaró que esa munición le había sido entregada en Maicao por Edison Rodríguez para que la vendiera y el dinero producto de la venta se lo diera a Juan Rodríguez, padre de Edison (fl. 6 y ss.), quien vive, al igual que él, en Alto del Rosario (Bol.).

La investigación fue adelantada, cerrada y calificada por la Fiscalía 13 Especializada Grupo "C" de Valledupar, que profirió resolución acusatoria contra Moreno Méndez como "autor material y presunto responsable del delito de tráfico de municiones" (fls. 37 y 40 a 43).

Remitido el proceso a los Juzgados Penales del Circuito de Valledupar para la iniciación de la causa, correspondió por reparto al Octavo, el cual, por auto de 21 de mayo de 1993, se abstuvo de asumir su conocimiento, argumentando que la competencia de los Juzgados del Circuito se circunscribía al simple porte de armas y municiones de defensa personal y que de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario la conducta por la que Moreno Méndez debía responder era la de tráfico, cuyo juzgamiento estaba asignado a los Jueces Regionales, a donde ordenó el envío del expediente planteando colisión negativa de competencias (fls. 53 y ss.).

Por razones que se desconocen, fue un Fiscal Regional quien se pronunció sobre la colisión propuesta, mediante providencia en la cual aceptó los planteamientos expuestos por el Juzgado Octavo y decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de cierre de la investigación por estimar que la Fiscalía Especializada no tenía competencia para calificar el proceso, dada la naturaleza del hecho. Seguidamente, dispuso la práctica de algunas pruebas (fls. 63 y ss.).

Con posterioridad, la Fiscalía Regional, tras advertir que la colisión no había sido correctamente rituada, ordenó el envío del proceso a los Juzgados Regionales, de donde fue devuelto para que anulara la actuación por ella cumplida desde cuando lo recibió del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar, a lo cual accedió mediante proveído de 20 de enero del presente año (fls. 143 y 144).

Finalmente el Juzgado Regional se pronunció sobre la colisión planteada declarándose incompetente para conocer del asunto, luego de concluir que los hechos investigados constituían porte de municiones y no tráfico. En lo sustancial, se dijo a este respecto:

"...ningún otro comportamiento dentro de esa gama puede atribuirse al procesado, pues si lo que se quiere es adjudicarle el propósito de venta... tal resulta un injurídico en razón que dada la naturaleza de ejecución permanente de ese delito, la conducta por la que debe responder es la actual en la que fue capturado, y no las que antecedieron a éstas, pues de acudir a tal interpretación, al mismo sería adjudicable la de fabricar, vender, a que naturalística como lógicamente, primigeniamente se remontan los antecedentes de esa conducta.

"Menos puede hacerse consistir ese comportamiento en el de transporte de municiones de defensa personal a que ya con posterioridad se acomodó la conducta del procesado; dada la naturaleza del objeto constitutivo de delito por su ilícita tenencia, que fueron 75 cartuchos, no es admisible que ello sujete una acción de transporte, este que se predica de abundancia de municiones, su número consustancial por cierto, a lo que normalmente una persona puede tener o adquirir ante los organismos autorizados para su venta" (fl. 153).

SE CONSIDERA

Ninguna incidencia tiene para la solución del conflicto planteado la precisión de la modalidad conductual imputable a Moreno Méndez, pues cualquiera sea a la que corresponda de entre las varias que trae el artículo 1° del Decreto 3664, la competencia es de la justicia regional.

El artículo 71 del Código de Procedimiento, modificado por el artículo 9° de la ley 81 de 1993, al precisar la competencia en primera instancia de los Jueces Regionales dispone, en su numeral 4°, que conocerán "de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple *porte de armas de fuego de defensa personal,* de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio" (destacado fuera de texto).

Ya se dijo que el Decreto 2266 de 1991 adoptó como legislación permanente, en su artículo 1°, el Decreto 3664 de 1986.

Obsérvese que la única excepción contemplada por la norma que define la competencia de los Jueces Regionales, en relación con las conductas descritas en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, es la que se refiere al *porte de armas de fuego de defensa personal,* cuyo conocimiento quedó en cabeza de los Juzgados del Circuito.

El error de los Juzgados colisionantes radica en creer que la excepción comprendía también el porte de *municiones y explosivos,* pero la norma es bien clara al excluir solamente el de *armas de fuego de defensa personal,* aparte de que estos conceptos son muy distintos, como se desprende de las definiciones que de cada uno de ellos trae el Decreto 2535 de 1993 en sus artículos 6°, 46 y 50, respectivamente, para postular una posible equiparación de los mismos. Por lo demás, la competencia no es posible establecerla, ampliarla o restringirla por vía distinta al mandato legal.

Esto quiere decir que en tratándose de *municiones o explosivos,* la competencia de los Juzgados Regionales se extiende a todas las previsiones fácticas del art. 1° del Decreto 3664 de 1986, en tanto que cuando son armas de fuego de defensa personal, se excluye de su marco de competencia el simple *porte.*

Resulta oportuno señalar, para prevenir futuros e innecesarios conflictos de competencia, que la munición correspondiente a la carga natural, entendida como el número de cartuchos que el tambor o proveedor está en capacidad de recibir según su diseño de fábrica, se integra al concepto o noción de arma de fuego, pero la ausencia de carga en nada modifica la modalidad delictiva, ya que el artefacto es considerado arma no porque esté dotado de proyectiles, sino porque reúna las características señaladas en el artículo 6° del Decreto 2535 de 1993.

Hechas estas precisiones, ninguna duda queda sobre la competencia del Juzgado Regional de Barranquilla para conocer del proceso, pues, por tratarse de municiones de defensa personal, su conocimiento le está asignado, indistintamente de la modalidad comportamental que desde el punto de vista puramente objetivo, o en razón del fin que se hubiera propuesto, le sea atribuible al procesado.

Como es a los Fiscales Delegados ante los Jueces Regionales a quienes corresponde investigar, calificar y acusar los delitos cuyo juzgamiento está atribuido en primera instancia a éstos (art. 126 del C. de P. P.), el Juzgado tomará las decisiones del caso a fin de encauzar la actuación por las vías del debido proceso, teniendo en cuenta que la Fiscalía 13 Especializada no tenía competencia para cerrar la investigación ni calificarla.

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 Regional colisionante, a donde se remitirá el expediente.

Comuníquese esta decisión al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. (con salvamento parcial de voto).

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES

(Salvamento parcial de voto)

El tipo de que trata (art. 1 Decreto 3664/86), eleva al carácter de delictiva la conducta de quien sin permiso de autoridad copetente, "importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, o porte arma de fuego de defensa personal, municiones o explosivos".

La conducta en cuestión la recoge el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, estatuido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, art. 1o., cuya competencia según el artículo 71 del C. P. P. (modificado por el 9o. de la Ley 81/93), está atribuida a los jueces regionales, salvo el simple porte de armas de defensa personal.

Pienso que la conducta comportamental que se enrostra al sujeto de la acción se insume dentro del verbo activo vender. Lo confesado por el procesado no da lugar a vacilaciones acerca del fin que se proponía, cuando le fue decomisada la munición en los momentos en que la transportaba: *Venderla*. Esta era indudablemente la dirección a que apuntaba su voluntad cuando fue sorprendido por los agentes del orden. Es que, el procesado, terminantemente afirma en su indagatoria que la había recibido con ese exclusivo propósito por parte de *Edinson Rodríguez*, y a eso iba a Alto del Rosario.

El tipo de que se trata (art. 1o. Decreto 3664/86), eleva al carácter de delictiva la conducta de quien sin permiso de autoridad competente, "importe, fabrique, *transporte*, almacene, distribuya, *venda*, suministre, repare o porte arma de fuego de defensa personal, *municiones* o explosivos". Y aquí resulta indubitable que *Tarcisio Moreno* la llevaba en el bus de placas UW 1326, de la empresa ´Cootracosta´, con fines de enajenación. En este orden de cosas, no es dable predicar un mero porte de la munición sino -ello es diáfano- la venta de la misma.

La conducta en cuestión la recoge el artículo 1o. Del Decreto 3664 de 1986, estatuido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991,

art. 1o., cuya competencia, según el artículo 71 del C. P. P. (modificado por el 9o. de la Ley 81-93), está atribuida a los Jueces Regionales, salvo el simple *porte* de armas de defensa personal, que es -exactamente- de lo que no se trata en el caso *sub examine*.

Sin querer sustraerme a las meditaciones que el asunto origina he sostenido este criterio jurídico de tiempo atrás sin que los argumentos de la Sala me hayan hecho cambiar de opinión. Por lo demás, no entiendo que la modalidad comportamental se enrostra al sujeto agente sea del todo indiferente o inane. Y si no véase el problema de la tentativa en algunos de los verbos rectores que la admiten. Así de simple.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Magistrado

Fecha *ut supra*.

CONCILIACION / QUERELLA

Considerando la prevalencia del interés privado sobre el público en la comisión de aquellas infracciones de que se ocupa el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, previó el legislador dejar a la discreción de la persona ofendida la iniciación de la respectiva acción penal, mediante formulación de su querella oportuna.

Por esa misma naturaleza del delito y la relativa levedad del daño irrogado al interés que se defiende, buscó la ley al mismo tiempo fórmulas de entendimiento encaminadas a procurar la pronta solución de los conflictos y el menor esfuerzo del aparato judicial, confiando al juez la noble y no menos trascendente función de mediador e instrumento de conciliación y paz frente a las inconformidades derivadas de un derecho ofendido.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta número 109

Proceso No. 10290

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

VISTOS

Decidirá la Sala si hay lugar a prosperar con el trámite de las presentes diligencias iniciadas en contra del aforado *José Guerra de la Espriella*, a quien se imputa la comisión de delitos contra la integridad moral.

ANTECEDENTES

Se inició la presente instrucción con fundamento en la querella formulada en contra del Senador doctor *José Guerra de la Espriella* por el Director del Diario La Prensa de esta capital, doctor *Juan Carlos Pastrana Arango* inconforme con el parlamentario porque mediante entrevistas ampliamente publicadas por los medios de comunicación hablados y

escritos, estuvo imputando mentirosamente al quejoso la comisión de hechos delictivos graves que mortificaban su buen nombre y su reputación de periodista y responsable del diario ya citado.

Luego de practicar distintas diligencias previas y confirmar el aforamiento del querellado como congresista, se dio apertura a la instrucción, verificándose en el Despacho del ponente y bajo su dirección la diligencia de conciliación prevista en el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal.

Como después de explicar a los enfrentados la naturaleza del acto e invitarlos a conciliar sus intereses en conflicto, de modo voluntario convinieron, frente al Magistrado y sus respectivos representantes judiciales en zanjar sus diferencias mediante una fórmula equitativa, dictó la Sala el auto del 14 de junio último suspendiendo la actución procesal por el término de treinta (30) días, contados a partir de la indicada diligencia.

Dentro del término legal ya dicho, la Fiscalía Local 34 de Santafé de Bogotá, Unidad de Delitos Querellables, hizo saber que el mismo día catorce (14) de junio del año que transcurre había extinguido la acción penal dentro de otra actuación allí seguida en contra del doctor *Juan Carlos Pastrana Arango.*

Como esa información se había constituido como requisito para que el acuerdo obtenido en estas diligencias se consolidara como fórmula conciliatoria, se ordenó completarla con la constancia sobre ejecutoria, la que allegada permitirá el pronunciamiento que se avisa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Las infracciones por las que se procede -delitos de injuria y de calumnia- se hallan enlistadas en el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 2o. de la ley 81 de 1993 como "delitos que requieren querella de parte", lo que ha hecho operante para el caso que se examina la diligencia de conciliación prevista en el artículo 38 *ibidem.*

2.- Como ya ha sido avanzado por parte de la Sala, la diligencia de conciliación contó con la buena voluntad de querellante y querellado, quienes después de deponer sus intereses en conflicto y acoger la convocatoria del ponente a superar de modo razonable y pacífico sus diferencias, optaron por terminar de una vez por todas sus dos conflictos pendientes al suscribir como fórmula conciliatoria que en el presente se extinguiría la acción por mutua voluntad, "una vez se precluya la instrucción en el proceso que adelanta la Fiscalía".

3.- Suscrito el anterior acuerdo y suspendida la presente actuación, la Fiscalía 34 Local de la Unidad de Delitos Querellables con sede en esta

ciudad envía la comunicación sobre extinción de la acción penal allí adelantada por los delitos de injuria y de calumnia en contra del doctor *Pastrana Arango*, acompañando fotocopia informal del proveído que también ingresó por la iniciativa del defensor del doctor *Guerra de la Espriella.*

La información anterior fue complementada por la misma oficina fiscal en el sentido de que la decisión quedó ejecutoriada el día 30 del pasado mes de junio, lo que permite dar cabalmente por cumplido el acuerdo contenido en la conciliación.

4.- Considerando la prevalencia del interés privado sobre el público en la comisión de aquellas infracciones de que se ocupa el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, previó el legislador dejar a la discreción de la persona ofendida la iniciación de la respectiva acción penal, mediante formulación de su querella oportuna.

Por esa misma naturaleza del delito y la relativa levedad del daño irrogado al interés que se defiende, buscó la ley al mismo tiempo fórmulas de entedimiento encaminadas a procurar la pronta solución de los conflictos y el menor esfuerzo del aparato judicial, confiando al juez la noble y no menos trascendente función de mediador e instrumento de conciliación y paz frente a las inconformidades derivadas de un derecho ofendido.

La decisión de conciliar que adoptaron las partes en conflicto fue fruto de su capacidad legal y libre voluntad, y como a su cumplimiento defiere la ley la extinción de la acción penal en este caso (artículos 35 y 38 del Código de Procedimiento Penal), en respeto del acuerdo logrado y el demostrado cumplimiento de la condición que lo perfecciona habrá de decretarse la preclusión de la actuación seguida en contra del aforado y como consecuencia el consecutivo archivo final del expediente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal, administrando justicia por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que la conciliación suscrita dentro del presente asunto entre el querellante doctor *Juan Carlos Pastrana Arango* y el imputado doctor *José Guerra de la Espriella* se ha cumplido formal y cabalmente.

SEGUNDO: Precluir la presente instrucción en favor del aforado doctor *José Guerra de la Espriella*, frente a los delitos de injuria y calumnia de los cuales trata la querella formulada en su contra.

TERCERO: Disponer que una vez en firme esta providencia, se archive la actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

PERITAZGO / CASACION DISCRECIONAL / TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

1. En el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal se le otorgaban al juez las facultades de apreciación de la experticia, precisamente para obligar su entendimiento tomando en cuenta su firmeza, su precisión y la calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los expertos "y los demás elementos probatorios que obren en el proceso", lo que muy lejos de integrar un abusivo proceder gozaba de la autorización clara y precisa del precepto.

2. En el caso de la casación discrecional, su interposición se halla limitada al Procurador, su delegado o el defensor del acusado, lo que sustrae y margina de su interposición y su sustento al tercero civilmente responsable.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 109

Proceso No. 10663

VISTOS

Decide la Sala sobre el recurso excepcional de casación interpuesto por la acusada *Kerstin Rojas Hucks* y el tercero civilmente responsable José Vicente Rojas Moreno en contra de la sentencia de segunda instancia proferida dentro del presente asunto por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante el cual confirma la condena impuesta de 18 meses de prisión por el delito de lesiones personales, modificando lo relacionado con la indemnización de perjuicios respecto del fallo emitido en primera instancia por el Juzgado 23 Penal Municipal de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

El 27 de enero de 1993, aproximadamente a las seis de la mañana, sobre la calle 170 de esta ciudad se desplazaba la joven *Kerstin Rojas Hucks* al

mando del automóvil Volkswagen de placas AD-1916, cuando al tratar de esquivar un bus de servicio público estacionado sobre la vía que ocupaba atropelló en el carril contrario al individuo Otoniel Copete Ovalle quien avanzaba sobre una bicicleta en dirección opuesta, causándole lesiones que determinaron la pérdida de su capacidad laboral.

Tramitado el proceso, el Juzgado 23 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del 13 de marzo de 1995 condenó a *Kerstin Rojas Hucks* a la pena principal de 18 meses de prisión, y tanto a ella como al señor José Vicente Rojas Moreno en su condición de tercero civilmente responsable impuso el pago solidario de la suma de $110.860.00 por concepto de Daño Emergente y el equivalente en moneda nacional a 500 gramos oro en razón del lucro cesante.

Inconformes con esta determinación, la acusada y el represente de la parte civil interpusieron el recurso de alzada, dando lugar para que mediante la suya del 3 de mayo siguiente, el Juzgado Novenò Penal del Circuito de Santafé de Bogotá la confirmara en lo relacionado con la pena principal, reformando lo concerniente a la indemnización para fijarla en el equivalente de tres mil cuatrocientos (3.400) gramos oro por concepto de perjuicios materiales.

Tanto la acusada como el tercero José Vicente Rojas Moreno optaron por recurrir en casación, otorgando poder para esos fines a dos profesionales del derecho.

MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

1o. En el escrito presentado a nombre de la acusada *Kerstin Rojas Hucks* la invocación del artículo 218.3 del Código de Procedimiento Penal se funda en la protección de sus derechos fundamentales, aduciendo que al reformar el *ad quem* el monto de los perjuicios violó el principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y complementado en el Código de Procedimiento Penal.

La violación se da en la medida en que el funcionario de segunda instancia liquidó indebidamente los perjuicios materiales y morales, pues al desconocer la previsión del artículo 55 inciso 3 del Código de Procedimiento Penal, recurrió a los artículos 106 y 107 del Código Penal con motivo de la definición del resarcimiento, siendo que su aplicación procede cuando no se les puede valorar pecuniariamente.

En el presente asunto el resarcimiento había sido establecido pericialmente mediante dictamen (en principio objetado por error grave pero a la postre desestimada la objeción por el *a quo*, quien decretó

oficiosamente su complemento y aclaración), y el aporte en copia de la resolución que decretó la pensión de invalidez decretada por el Instituto de los Seguros Sociales, lo mismo que un certificado sobre cancelación de la incapacidad determinada en los reconocimientos médicos al perjudicado.

Sobre estos antecedentes, la nueva perito fijó los perjuicios morales en 500 gramos oro y los materiales en $110.860.00, folios 395 y 396, absteniéndose de cuantificar el lucro cesante por considerar que al lesionado se le había reconocido la pensión de jubilación a partir del día en que sufrió la lesión.

Luego en sentencia de segunda instancia se aplicó indebidamente el procedimiento contemplado en el inciso 3 del artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, incurriendo en un error *in procedendo*, al tiempo que socavó la esencia del derecho procesal respecto de los perjuicios causados con la infracción al oponerse a lo establecido por el perito con el argumento de que no consideró unos comprobantes aportados al proceso como prueba de los gastos de recuperación cuantificados en $920.000.00, y sobre el lucro cesante sostuvo que no había sido actualizado por el perito, y que tampoco él era el llamado a calcularlo, olvidando que esos supuestos daños eran susceptibles de valoración.

Si el *ad quem* no estuvo de acuerdo con algunos aspectos de la prueba pericial, mal podía en forma caprichosa dar aplicación a los artículos 106 y 107 del Código Penal por causa diferente a la señalada en el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, porque con ello vulneraba el derecho fundamental del debido proceso, no dejando otra vía que la de recurrir a la casación excepcional, resultando necesaria y de interés la jurisprudencia de la Corte sobre estos aspectos atinentes al debido proceso y las garantías de los intervinientes procesales.

2o. El señor apoderado del tercero civilmente responsable considera a su vez imperioso que se siente jurisprudencia sobre aspectos relacionados con el desarrollo de las garantías fundamentales, las que estima violadas de manera ostensible por parte del Juzgado de segunda instancia que vulneró el debido proceso al aplicar un trámite diferente del legalmente consagrado en lo atinente a la fijación de daños y perjuicios en el trámite penal.

Enseguida se refiere a la indebida liquidación de los perjuicios materiales y morales, a las previsiones del artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, a la designación de peritos cuando los perjuicios pueden valorarse pecuniariamente, al nombramiento hecho en esta

actuación, el dictamen, la objeción del apoderado de la parte civil, la negativa del *a quo* a la objeción, la aclaración de la experticia y el oficioso aporte de algunos documentos, e igualmente al dictamen rendido por la nueva perito.

Con términos similares a los propuestos por el defensor de la acusada concluye que se incurrió en error *in procedendo* y en el quebranto al derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, no quedando otra vía jurídica para subsanarlo que la nulidad del fallo de segunda instancia, y ello por vía de la casación excepcional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Por provenir el fallo de segundo grado que se ataca, de un juzgado del Circuito, la alternativa de su impugnación en casación quedaba restringida según correctamente lo asume la defensa, a la consignada en el final inciso del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, valga decir que invocando o bien la garantía de los derechos fundamentales, ora la necesidad de un desarrollo jurisprudencial concreto.

Como a cada una de estas dos razones hace mérito el impugnante en su escrito, en ese mismo orden tendrá que contestarse que por ninguna parte el fallo muestra un desconocimiento del debido proceso en la modificación que le introduce el *ad quem* a la fijación de los perjuicios, o cuando menos el proponente no se aproxima a demostrar que ello haya sucedido, pues lo primero que brota es el ejercicio de su competencia por parte del *ad quem* para asumir la discusión del tema del resarcimiento, si justamente sobre él hizo recaer como apelante su inconformidad el representante de la parte civil, lo que otorgaba la posibilidad de hacer las modificaciones que en ese ámbito se hicieran pertinentes.

Obrando dentro de esa atribución, que de por sí desvirtuaba la posibilidad de un sorprendimiento de los sujetos procesales, el funcionario emitió el pronunciamiento luego de una motivación concreta que no por generar ahora la inconformidad de la defensa puede valer para abrir camino al recurso extraordinario, pues para el caso de que hubiese resultado violatoria de una norma de derecho sustancial ya no podría atacarse en esta sede, como que a diferencia de la interposición corriente de esta impugnación, sólo podría intentarse su proposición acreditanmdo su sujeción a los motivos que se señalan en el final inciso del artículo 218 cuya aplicación promueve.

Como ante esa perspectiva el recurrente invoca un vicio *in procedendo*, fácil se observa que en su sentencia el juzgador consigna fundamentos sobre los cuales entra a cuestionar para abandonarla, la ampliación del

dictamen que rindió el perito, pero con ese actuar tampoco se muestra gratuito ni arbitrario, pues como puede verse, en el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal se le otorgaban al juez las facultades de apreciación de la experticia, precisamente para obligar su entendimiento tomando en cuenta su firmeza, su precisión y la calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los expertos "y los demás elementos probatorios que obren en el proceso", lo que muy lejos de integrar un abusivo proceder, conforme se insinúa, gozaba de la autorización clara y precisa del precepto, llevando ahora a concluir en que tampoco por este aspecto el trámite del juzgado transgredía las reglas legales impuestas.

De ninguna otra manera la parte inconforme acredita que el juzgador se haya desviado de cuanto integraba su deber de actuar en esta causa, obligado como estaba por el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal a pronunciarse sobre el resarcimiento de perjuicios, de donde haya de reiterarse en que si la inconformidad se centra y se restringe a la eventualidad de un error en el pronunciamiento (vicio *in iudicando*), por el origen del fallo de segunda instancia y la restricción derivativa de las causales aducibles, éste escapa a su revisión en esta sede, que muy lejos está de convertirse como se le insinúa en tribunal de instancia.

Como además la casación excepcional se aduce bajo la pretensión de que la Corte siente doctrina en tema de perjuicios, a falta de una sustentación que lleve a comprender en dónde puedan estar esos vacíos, o sea necesario uniformar pronunciamiento discrepantes, bastará precisar que ya se ha dado una pluralidad de decisiones que como bien puede consultarse por vía de ejemplo en fallos de octubre 8 de 1985 con ponencia del doctor Fabio Calderón Botero, marzo 10 de 1987, M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz, marzo 25 de 1987, M. P. Dr. Jaime Giraldo A., enero 25 de 1991, M. P. Dr. Edgar Saavedra Rojas, agosto 6 de 1992, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y noviembre 11 del mismo año con ponencia de quien aquí cumple el mismo encargo, entre muchos otros han abordado el tema de las pruebas, el dictamen y el resarcimiento de perjuicios.

No tiene, pues, cabida, la impugnación extraordinaria.

2. En relación con el recurso que ha interpuesto el tercero civilmente responsable, se le responderá que es por mandato del mismo precepto al cual se acoge (art. 218, inciso tercero del C. de P. P.) que en este caso media una restricción frente a los titulares del recurso extraordinario que identifica el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, porque en el caso de la casación discrecional cual es el que se asume, su interposición se halla limitada al Procurador, su delegado o el defensor del acusado, lo que

sustrae y margina de su interposición y su sustento al tercero civilmente responsable.

Esta sola razón es suficiente para el rechazo del recurso que este interviniente intenta, sin que por ello sea de recibo el estudio de sus razones de sustento.

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

RESUELVE:

Primero. Inadmitir, por las razones expuestas, el recurso discrecional de casación presentado por la defensora de la acusada *Kerstin Rojas Hucks* dentro del presente asunto, y

Segundo. Rechazar, por falta de personería, el recurso extraordinario interpuesto a nombre del tercero civilmente responsable señor José Vicente Rojas Moreno.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

NULIDAD / IRREGULARIDAD / ACCION DE REVISION

1. Conforme a uno de los principios que rigen las nulidades procesales, los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento, ya sea expreso o presunto, del perjudicado con la actuación irregular.

2. La acción de revisión, como técnicamente se le ha denominado, es un derecho que surge para cambiar una situación que ha sido considerada como verdad indiscutible en el proceso en razón a la presunción de acierto y legalidad que acompañan las decisiones proferidas por autoridad judicial en su función de administrar justicia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. E., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobada Acta No. 104 (26-07-95)

Proceso No. 8987

VISTOS

Procede la Corte a proferir la decisión que en derecho corresponda, acerca de la acción de revisión instaurada por el apoderado judicial de *Martha Cecilia Montoya Valencia* contra los fallos de instancia proferidos por el Juzgado Primero de Orden Público de Medellín y el Tribunal Superior de Orden Público, respectivamente, por los delitos de hurto calificado y violación al decreto 180 de 1988.

ANTECEDENTES

El día cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), aproximadamente a las cuatro de la tarde, varias personas hombres y mujeres dotados de armas de corto y largo alcance, irrumpieron en las instalaciones del Banco Popular ubicado en la Secretaría de Tránsito Departamental de la ciudad de Medellín, quienes se apoderaron de dinero en efectivo y algunos títulos valores de esa entidad bancaria y de particulares.

Como algunos de los empleados de dicho establecimiento se encontraban armados, se suscitó un enfrentamiento entre éstos y los atracadores, resultando lesionada *Martha Montoya,* la cual se entregó a quienes la rodeaban, incautándosele una granada de fragmentación y una pistola 9 milímetros, al tiempo que fue trasladada, por la gravedad de las heridas, a un centro asistencial.

Sus compañeros, entre tanto, huyeron del lugar haciendo disparos, y llevándose consigo el monto de lo hurtado.

Por los anteriores hechos, el Juzgado Primero de Orden Público, luego de agotadas las respectivas etapas procesales, profirió sentencia de primer grado el tres (3) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) en la cual condenó a *Martha Cecilia Montoya Valencia* o *Montoya Sánchez* a la pena principal de trece (13) años de prisión como responsable de la violación al decreto 180 de 1988 en su artículo 13 , en concurso con el delito de hurto agravado y calificado.

Como la decisión no fue apelada, el proceso pasó al Tribunal de Orden Público, hoy Tribunal Nacional, en consulta, donde el veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa (1990) confirmó en su totalidad el fallo del *a quo,* con la adición de pena de multa en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos.

LA ACCIÓN DE REVISIÓN

El apoderado de la aquí accionante, *Martha Cecilia Montoya Valencia,* al amparo del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, fundamenta su solicitud en las causales tercera y quinta así:

CAUSAL TERCERA

Comienza el actor por destacar que en los hechos quedó consignado que Martha Cecilia Montoya Sánchez fue intervenida quirúrgicamente en la fundación hospitalaria San Vicente de Paúl de la ciudad de Medellín; que con seis (6) folios que anexa de la historia clínica No. 1.355.540 la citada señora fue la que participó en el hecho delictivo y además fue intervenida quirúrgicamente por penetrante abdominal por arma de fuego.

Que con la fotocopia del oficio No 5185 de junio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y tres (1993) se envió por parte de la Fiscalía a su poderdante *Martha Cecilia Montoya Sánchez* identificada con la cédula de ciudadanía No 42.997.698 de Medellín a que se le practicara un reconocimiento médico y certificara si la misma presentaba cicatrices de índole quirúrgica y se hiciera un descripción morfológica de ella, y en

respuesta a este oficio dictaminó el médico legista que '...no tiene cicatrices de índole quirúrgico'.

Explica el accionante que estos documentos fueron desglosados de la acción de tutela No. 7389-40 impetrada por su prohijada *Martha Cecilia Montoya Valencia,* así como el fallo del Juzgado Treinta y uno (31) Penal del Circuito de Medellín. Estas pruebas documentales del oficio No 5185 y su respuesta, agrega, constituyen pruebas nuevas surgidas con posterioridad a las sentencias de primer y segundo grado.

Según él, la prueba del médico legista ya referida "es suficiente para valorarla, demostrar, afirmar que Martha Cecilia Montoya Valencia es inocente de los hechos investigados y fallados en las sentencias que se acude en esta acción de revisión."

CAUSAL QUINTA

Manifiesta el actor que la prueba falsa se encuentra a folio 38 del expediente y corresponde a la cédula de ciudadanía de la señora *Martha Cecilia Montoya Valencia* No 42.997.698, expedida en Medellín y que no se sabe cómo fue incorporada al proceso, pues al respecto no se dejó constancia. No obstante, el despacho "se la acomodó" a *Martha Montoya Sánchez* quien, como consta en el proceso, es indocumentada.

Explica asimismo, que en interrogatorio que rindiera ante el Juzgado décimo (10) Penal Municipal de Medellín la señora *Martha Montoya Sánchez* se apuntó sobre sus datos personales que es "hija de Luis Adán y Eunise, nacida en Pereira (Risaralda) y residente en el Carmen de Viboral, soltera, de 23 años de edad, sin oficio o profesión, desempleada, indocumentada". El Juzgado Primero de Orden Público, por su parte consignó al respecto 'Martha Montoya Sánchez hija de Luis Adán y Eunise, natural de Pereira (Risaralda), residente en el Carmen de Viboral, soltera de 23 años de edad, alfabeta y sin oficio conocido, cédula de ciudadanía No. 42.997.698 expedida en Medellín.'

El mismo despacho, al proferir sentencia de primer grado dice en su parte motiva :

IDENTIFICACIÓN O INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS PROCESADOS

Martha Montoya Sánchez hija de Luis Adán y Eunice, natural de Pereira, residente en el Carmen de Viboral, soltera, de veintitrés años de edad, desempleada e indocumentada.

Y en la parte resolutiva dice:

'1o). Condénase a la pena principal de 13 años de prisión a la señora *Martha Montoya Valencia* o *Montoya Sánchez* a quien se considera responsable de la violación al Decreto 180 de 1988...'

Conforme a lo anterior, considera el accionante que existe una incongruencia entre la parte motiva y resolutiva de la sentencia, pues en la primera se involucra a una persona diferente por sus datos biográficos con la referenciada y en la parte resolutiva porque no es cierto que *Martha Cecilia Montoya Valencia* sea hija de Luis Adán y Eunise, estas características son propias de *Martha Montoya Sánchez*.

Anexa copia del registro civil de nacimiento de la Notaría Primera de Cali de *Martha Cecilia Montoya Valencia*, "hija de Ramón Antonio Montoya y Helena Valencia", así como declaración de la misma ante el Jefe de la Unidad de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, dirección regional.

Hace referencia a que a la copia de la cédula de ciudadanía correspondiente a su representada, el Juez Cuarto de Orden Público no le dio valor probatorio por no haberse cumplido, para su incorporación, con los requisitos del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, y que en el trámite del proceso no se pudo establecer qué persona la introdujo ni cómo ni por qué.

Finaliza diciendo que salta a la vista que *Martha Cecilia Montoya Valencia* es una persona totalmente diferente a *Martha Cecilia Montoya Sánchez*, por su nombre, documentación y rasgos morfológicos.

La demanda fue admitida, por reunir las exigencias legales, en auto de diciembre trece (13) de mil novecientos noventa y tres (1993), al tiempo que se dispuso el envío del proceso a esta Corporación.

Luego, se ordenó la apertura a pruebas del trámite de esta acción de revisión y, en septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), se aceptaron las aportadas por el apoderado de la accionante *Martha Cecilia Montoya Valencia*. Ellas son:

- Historia Clínica No 1.355.540 de la fundación San Vicente de Paúl, perteneciente a *Martha Montoya Sánchez*, para probar la intervención quirúrgica a que fue sometida por penetrante abdominal con arma de fuego.

- Oficio No 5185 expedido por la Unidad Investigativa Regional de Medellín y respuesta del mismo por parte del Dr. Juan Guillermo Tabares, médico legista, Decypol Medellín, para probar que *Martha Cecilia Montoya Valencia* no tiene en su cuerpo cicatrices de índole quirúrgica y por sus rasgos morfológicos es diferente a la condenada *Martha Montoya Sánchez*.

- Fallo de la acción de tutela del Juzgado treinta y Uno Penal del Circuito de Medellín, donde su titular manifiesta que la condenada de marras y su poderdante son personas diferentes morfológica y biológicamente.

- Registro Civil de su representada para probar su filiación.

- Declaración de *Martha Cecilia Montoya Valencia* ante la Unidad Investigativa Regional de Medellín con la cual se prueba que ella no fue vinculada al proceso legalmente, sólo se le recibió declaración y no fue emplazada como reo ausente, tampoco se le escuchó en diligencia de indagatoria.

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de *Martha Cecilia Montoya Valencia,* nombre diferente al de *Martha Montoya Sánchez,* siendo ésta indocumentada y a quien vincularon al proceso mediante diligencia de indagatoria.

- Original del pasaporte No. P0791466 de su representada, para probar que el día en que ocurrieron los hechos, cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), ésta se encontraba en México a donde emigró el día 9 de agosto de 1987, regresando al país el 23 de octubre de 1988.

Mediante auto de febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cinco (1995) se decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual se admitió la demanda de revisión, habida cuenta que se había omitido notificar dicho auto al absuelto Rubén Suárez Bustamante, tal y como lo ordena el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal.

Subsanada la irregularidad de trámite, esto es, notificado en forma personal el auto admisorio de la demanda y la providencia acabada de mencionar al señor Suárez Bustamante, quien solicitó fotocopia de esta última decisión, llegan las diligencias al despacho nuevamente con escrito mediante el cual el señor apoderado de la accionante solicita a esta Corporación suspender la orden de captura que recae contra su defendida *Martha Cecilia Montoya Valencia* y en tal sentido se oficie a las autoridades correspondientes.

Consideraciones de la Corte

Antes de ocuparse la Sala del asunto de fondo que motivó el trámite de esta acción de revisión, se hace necesario aclarar que conforme a uno de los principios que rigen las nulidades procesales, los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento, ya sea expreso o presunto, del perjudicado con la actuación irregular.

Pues bien, como al sanearse el acto viciado de nulidad en el asunto sub examen, esto es, al notificarse de la admisión de la demanda de revisión al absuelto Rubén Suárez Bustamante, éste, a pesar de que ya ha transcurrido un tiempo prudencial, no hizo manifestación diferente a la solicitud de unas copias cuya expedición le fue ordenada, compareciendo de este modo al proceso, ha de entenderse convalidada la actuación que con posterioridad a dicha etapa se había surtido, la cual todavía se mantiene incólume, a la par que con ello no se están desconociendo las garantías de ninguno de los sujetos procesales involucrados en este asunto, ni tampoco se socavan los requisitos básicos de procedimiento.

En cuanto al aspecto central que ocupa la atención de la Sala, ha de advertirse que la acción de revisión, como técnicamente se le ha denominado, es un derecho que surge para cambiar una situación que ha sido considerada como verdad indiscutible en el proceso en razón a la presunción de acierto y legalidad que acompañan las decisiones proferidas por autoridad judicial en su función de administrar justicia.

Así las cosas, desde ya hay que decirlo, la acción de revisión impetrada a nombre de *Martha Cecilia Montoya Valencia* procede conforme a las razones que se pasan a consignar.

Aduce el peticionario la causal tercera de revisión para derrumbar el fallo condenatorio que pesa contra *Martha Montoya Valencia* o *Martha Montoya Sánchez*, porque, según él, surgió la prueba nueva que determina la inocencia de su poderdante *Martha Cecilia Montoya Valencia*, consistente en la respuesta del Médico Legista al oficio No. 5185 por medio del cual la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de una comisión que debía hacer parte de la acción de tutela que había instaurado la mencionada, ordenaba se le practicara reconocimiento, e igualmente se hiciera una descripción morfológica de ella.

En efecto, la citada ciudadana instauró acción de tutela por cuanto al querer tramitar su certificado de antecedentes judiciales, se encontró con que en su contra pesaba una orden de captura por parte del Juzgado Primero Especializado de Medellín, que luego pasó a ser Juzgado de Orden Público y hoy Juzgado Regional, ante los cuales solicitó precedentemente le aclararan su situación, aduciendo para ello que nada tenía que ver con los hechos que originaron el proceso penal dentro del cual se impartió la mencionada orden de captura.

Tramitada la acción de tutela, el Funcionario Judicial que la resolvió, decidió tutelar el derecho fundamental de petición incoado por la accionante, al tiempo que en la parte considerativa de la providencia

definitiva plasmó que la vinculada al proceso mediante indagatoria y la aquí accionante eran dos personas morfológicamente diferentes, y por ello concedió un término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas para que el Juzgado Regional diera respuesta a su solicitud.

El Titular de ese Despacho Judicial, en cumplimiento de lo ordenado por el Juez de Tutela, dio respuesta a la peticionaria en el sentido de que no podía ordenar la cancelación de la orden de captura porque como se trataba de sentencia ejecutoriada, ello era motivo de una acción de revisión, a lo que al efecto procedió su apoderado judicial.

Ahora bien, expresa la causal tercera de revisión que la acción procede contra las sentencias ejecutoriadas, "cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas nuevas, no conocidas al tiempo de los debates, *que establezcan la inocencia del condenado*, o su inimputabilidad" (destacado fuera del texto).

En el caso que nos ocupa, es claro que surge la prueba que se requiere para establecer la inocencia de la persona que fue condenada por los hechos acaecidos el pasado cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988) en las dependencias del Banco Popular; porque de manera francamente ligera y ausente de actividad analítica la judicatura fusionó dos personas en una, incorporando a ésta, la condenada, el documento de identidad de la aquí accionante. De esta manera hizo sujeto de la sentencia a Martha Cecilia Montoya Valencia, quien como se demostró con las pruebas allegadas no presenta señales de haber sido herida o intervenida quirúrgicamente, hecho éste que constituía el hilo indiciario entre la partícipe en el asalto bancario y la vinculación procesal de la condenada.

La cuestión, entendida en esos términos, va mucho más allá de un simple caso de homonimia, solucionable tradicionalmente a través de la vía incidental en vista de los vacíos procedimentales que en esta precisa materia han acompañado a la legislación colombiana. Por eso no se podría sostener, como en otras oportunidades ha debido la Corte hacerlo, que se está ante la hipótesis de desconocerse a quién se condenó, a quién se emplazó, o a quién se ordenó capturar (cfr. autos de mayo 9 y 24 de 1990, M. P. Dr. Gómez Velásquez) y que alegando el accionante en revisión que no es él (o ella) la misma persona, lo que así se propicia es la ausencia de legitimación. No. Acá es de trascendencia indiscutible la circunstancia de que la judicatura hubiese insistido en distintos actos procesales que la persona juzgada se identificaba con la cédula de ciudadanía número 42.997.698 de Medellín y que ese dato se hubiese incluido en el texto de la decisión que formulaba los cargos y en el de la que desataba de fondo la

instancia (en aquella época y por el procedimiento especial el interlocutorio que resolvía situación jurídica y la sentencia, respectivamente). Y como a la portadora de dicho documento de identidad se le condenó sobre el supuesto de que había sido la asaltante que en el cruce de fuego resultó gravemente herida, y debió luego ser intervenida, probado como está con los medios de convicción surgidos después del proceso que no presenta vestigios de intervenciones quirúrgicas, ha de concluirse la configuración plena de la causal 3a. de Revisión, la necesidad de derrumbar la cosa juzgada y la imprescindible restauración del proceso desde el momento que permita practicar las pruebas que en el sumario conduzcan, por un sendero seguro, a una calificación jurídica de los hechos y la responsabilidad de la accionante, como que a ella se le vinculó al proceso. Esta etapa procesal es la del auto que resolvió la situación jurídica de la acusada.

La remoción de la cosa juzgada únicamente se afecta respecto de la accionante. La situación jurídica del absuelto no se ve comprometida y por ello permanece indemne.

También se dispondrá la libertad de la accionante y se cancelarán las órdenes de captura expedidas en su contra. Como en la actualidad esta clase de procesos están sujetos a ritualidad y competencias diferentes, el expediente se devolverá a las Fiscalías Regionales donde se repondrá la actuación conforme al trámite actualmente previsto por la ley.

Como se ha advertido que lo sucedido en este proceso en principio sólo se explica por la ligereza y falta de rigor analítico en la actuación procesal y ello puede constituir falta disciplinaria, se expedirán copias a fin de que la autoridad competente defina si es del caso iniciar acción contra los funcionarios judiciales que así intervinieron en el asunto.

La decisión así tomada, releva a la Sala de desatar lo atinente a la causal 5a. de revisión.

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:

Ordénase la revisión de este proceso, respecto de *Martha Cecilia Montoya Valencia*, identificada con C.C. 42.997.698 de Medellín.

En consecuencia, se deja sin valor lo actuado a partir del auto que resolvió su situación jurídica, se dispone la cancelación de las órdenes de captura contra ella expedidas y se declara que la accionante queda en

libertad bajo caución por 300.000 pesos con que garantice su comparecencia al proceso. Este regresará a la Unidad de Fiscales Regionales de Medellín donde se rehará la actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

COLISION DE COMPETENCIA

Es claro que mientras se dirime la colisión, corresponde exclusivamente al juez que tuviere el proceso atender cualquier petición de los sujetos procesales, salvo aquellas que en forma expresa la ley le asigne a cualquier autoridad judicial diferente (art. 101 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta No. 111.

Proceso No. 10812

VISTOS

El procesado *Jorge Iván Bonilla Sánchez,* quien se halla detenido en la Cárcel del Circuito Judicial de Pitalito, Huila, solicita que la Corte decrete su libertad inmediata como consecuencia de la declaratoria de nulidad del proceso seguido en su contra, a partir, inclusive de la diligencia de indagatoria, en razón a que no fue asistido por abogado titulado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El proceso seguido contra *Jorge Iván Bonilla Sánchez* llegó a esta corporación para decidir el conflicto de competencia trabado entre el Juzgado 3° Penal del Circuito de Pitalito, Huila, y un Juez Regional de Santafé de Bogotá.

Reiteradamente la Corte ha dicho que con motivo de incidentes como los de recusación e impedimentos, colisiones de competencia y cambio de radicación, solamente puede pronunciarse respecto de esos temas y, por consiguiente, no tiene facultad para tomar decisiones distintas, como 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.

En el presente caso, el procesado *Bonilla Sánchez* reclama la libertad no por pena cumplida, sino como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la actuación procesal que aspira sea decretada, postura que implica un pronunciamiento respecto de diversos factores cuyo análisis desatiende 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, es claro que mientras se dirime la colisión, corresponde exclusivamente al juez que tuviere el proceso atender cualquier petición de los sujetos procesales, salvo aquellas que en forma expresa la ley le asigne a cualquier autoridad judicial diferente (art. 101 del C. de P. P.).

En el asunto tratado, como el Juez Regional de Santafé de Bogotá de manera desacertada envió todo el expediente a la Corte, sin tomar las copias respectivas (art. 159 *ejusdem*), estas deben ser remitidas de inmediato a dicho funcionario, quien es el llamado por previsión normativa a pronunciarse sobre la petición formulada.

Por lo anteriormente expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se abstiene* de considerar la petición de libertad solicitada por el procesado *Jorge Iván Bonilla Sánchez.*

Por la Secretaría de la Sala procédase de inmediato conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

Hágasele saber al procesado el curso de su solicitud y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

ACCION CIVIL

La acción civil es un procedimiento anejo a la acción penal, no inexorable, pues puede ser adelantada concomitante con la acción penal o independiente a ella, porque lo que persigue es el pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados con el ilícito, que obviamente involucran el valor del bien sobre el cual recayó éste si de delitos contra el patrimonio se trata.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto nueve de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 112-VIII-9/95

Proceso No. 10758

Se decidirá lo que en derecho corresponde en relación con la demanda presentada a nombre propio por el sentenciado, doctor *Marino Restrepo Murillo*, para sustentar la acción de revisión que intenta contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, confirmatoria de la del Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó por el hecho punible de defraudación tipificado como disposición de bien propio gravado con prenda.

ANTECEDENTES

1o. Refiere el fallo impugnado que "el 21 de diciembre de 1987, la compañía Exdiquim Ltda. prestó al doctor *Marino Restrepo Murillo* la suma de $1.470.100, pagaderos el 21 de marzo de 1988, la que respaldó celebrando un contrato de prenda abierta de primer grado sin desprendimiento del deudor, sobre un vehículo ... marca Renault 18, modelo 1983, color beige,..., tipo de carrocería sedán. El deudor incumplió el pago tanto de capital como de intereses, por lo que la compañía acreedora se vio en la obligación de demandarlo ante el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Armenia, el cual el 28 de abril de 1988, admitió la demanda y decretó el embargo y secuestro del bien gravado con prenda ..., diligencia que no pudo realizarse, por cuanto el demandado no suministró los datos necesarios para establecer

ciertamente dónde se encontraba el vehículo, manifestando tan sólo que estaba en Bogotá...

"Estos hechos fueron la base para que el señor Rodrigo Pérez Rodríguez -socio-gerente- de la empresa citada, formulara denuncia penal en contra del citado profesional, por el delito enunciado antes" (fl. 63 cd. C.).

2o. Adelantado el proceso, como se anotó, el acusado fue condenado en los fallos de las instancias, en los que se le impuso la condigna obligación civil indemnizatoria con plazo de tres meses para pagarla, se le concedió el sustituto de la ejecución condicional de la sentencia -aunque al incumplir la condición debió pagar efectivamente la pena-, se ordenó el embargo del vehículo referido en el proceso y se adoptaron otras determinaciones pertinentes (fls. 59, 81 cd. C.).

LA DEMANDA DE REVISIÓN

Luego de purgar la pena y, cuatro años después de emitido el fallo, el sentenciado lo impugna en *acción de revisión*, bajo el auspicio de las causales 2a. y 3a. del artículo 232 del C. de P. P., así:

Señala como "Fundamentos de Hecho" cuatro aspectos que distingue en varios apartes: "A) Incumplimiento de una obligación civil y presunta compraventa de vehículo pignorado". En éste, tras consignar según su propia óptica los hechos por los cuales fue condenado y registrar en respaldo de ese relato los testimonios rendidos en el proceso, de Ignacio Bustos García y Elvia Baquero Sierra (fls. 106-107) afirma:

"Este último hecho deliberado de la señora *Elvia Luz Baquero Sierra*, por haber dispuesto del vehículo a sabiendas de que no podía venderlo sin cancelar el gravamen, como así confiesa en los autos, de que lo vendió para recuperar el dinero que había invertido en élla (sic), la ubica como la autora del delito que ha deducido la justicia en mi contra, porque actuó de mala fé y con conocimiento de que no podía negociarla (sic) no sólo por estar pignorada (sic) sino, además porque estaba embargada por el Juzgado 3o. Civil del Circuito y ordenado su secuestro, circunstancia que en mi proceso pasó inadvertida por los juzgadores de instancia. De allí la razón por qué guardó silencio sobre el precio real pagado por el comprador César de Granada (Meta) como del lugar real donde se encuentra el vehículo para ser usado con burla manifiesta de la justicia e ineficacia del Juez de Instrucción que la interrogó y no le exigió referir con exactitud el valor de venta y sitio donde reposaba la camioneta para permitir la real acción de la justicia".

A continuación y bajo el titular de "B) Mora del pago del resto del precio", asevera:

"El pago inoportuno del resto del dinero estipulado en la compraventa proyectada de la mencionada camioneta por parte de la señora *Elvia Luz Baquero Sierra* generó en mi contra el proceso Ejecutivo que la firma acreedora del gravamen prendario formuló para hacerlo efectivo ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, Quindío, y que aún permanece inactivo y dentro del cual me embargaron y secuestraron bienes muebles de mis hijos..., incluyendo las líneas telefónicas... y que fueron rematadas por el Juzgado Primero Civil del Circuito en juicio Ejecutivo que la firma 'Exdiquim Ltda' me instauró con base en las sentencias condenatorias ejecutoriadas del Juzgado Segundo Penal del Circuito y el Tribunal Superior...", entrando luego a afirmar que le exigió a la señora Baquero Sierra cancelar "el mayor valor" resultante "por costas y agencias en derecho" y comentando que por ese no pago fue él detenido, procesado y condenado.

En los restantes apartes de los fundamentos de hecho, explica la manera como pretendió llegar a una transacción con el abogado de la firma acreedora a cuyo favor se hallaba establecida la prenda del automotor de la negociación; y, afirma la *inexistencia del contrato de compraventa* de este bien a la señora Baquero Sierra, con el argumento, que respalda con extensas citas jurisprudenciales -que dice haber planteado durante el proceso sin ser atendido por los falladores-, de que no aparece inscrito el traspaso en la correspondiente oficina de Tránsito.

En el capítulo de "Fundamentos de Derecho" consigna que con el fallo impugnado se violaron los artículos 364 del C. P., 41, 232 y 233 del derogado C. P. P. y 43 del actual, el 1521 del C. C., el 29 de la C. N. en el tópico de *debido proceso*, entrando a explicar la razón de ser de esas aducidas transgresiones.

Así, al hablar del artículo 364 del C. P. afirma que para la "estructuración jurídica de la conducta ilícita que consagra" se requiere un dolo específico del infractor y, como en él esa subjetividad delictiva no estuvo presente porque al entregar en depósito el vehículo al comprador final en presencia de la señora Baquero Sierra, no lo hizo "para ocultar el vehículo o para que el presunto comprador realizara tal conducta en perjuicio de los intereses del acreedor prendario", quien entonces cometió el hecho punible, conforme a las reflexiones que plasma en la interpretación de los hechos y la norma, fue la tantas veces mencionada señora Baquero Sierra, por ser quien vendió su camioneta y además "incumplió el pago oportuno para realizar el traspaso a favor de su cuñado Bustos...".

Reafirmando su criterio adiciona extensas consideraciones sobre la estructura del delito materia de la sentencia, en las que incluye la afirmación de que en la persecución del crédito en referencia se embargaron y remataron bienes de algunos miembros de su familia, para añadir:

"Y prueba una vez más que mi venta no era prohibida, de haberse efectuado, por la ley y de que menos tenía objeto ilícito está consagrada por el artículo 1521 del Código Civil ...", el cual transcribe.

A continuación, partiendo de la inexistencia del contrato de compraventa ilícita que aduce no se realizó por la falta del registro, asevera que habiendo asegurado el acreedor prendario su pago con el embargo de las líneas telefónicas y constituida la garantía con la póliza de seguros que había él adquirido, carecía de derecho para incoar la acción penal.

Así entonces, concluye, inexistente el delito que se le imputó y habiendo "carencia de legitimación en la causa de la parte civil", la sentencia debe revisarse.

El delito, dice, no pudo ser cometido por él, lo fue por la "testaferro", la señora Baquero Sierra.

Concretando la causal 2a. de revisión, "la falta de petición válidamente formulada" para el proceso penal que pide revisar el que se le adelantó, explica que la firma que le concedió el préstamo para comprar el carro, acreedora del gravamen prendario fue liquidada sin que cediera el crédito a ningún socio, sin embargo de lo cual uno de ellos, el que se constituyó parte civil en el proceso penal habló a nombre de la extinta sociedad, lo que le impedía representarla, por lo que no podía demandar el pago de ese crédito ni adelantar la acción penal, y no obstante fue permitido por los juzgadores de las instancias.

Así en su criterio, irregular situación, por el mismo hecho se le adelantaron dos procesos, éste penal con acción civil concomitante por un delito que él no cometió y, el ejecutivo, además de que con fundamento en la sentencia penal también se le demandó ejecutivamente.

Con esta aserción pregona la transgresión de los artículos 37 del C. P. P. derogado y el 43 del vigente, que definen qué personas son las titulares de la acción civil y, del 50 del último mencionado estatuto que señala las causas de rechazo de la demanda de parte civil, añadiendo nuevas reiterativas reflexiones sobre el punto.

En lo atinente a la causal 3a. de revisión, alega el surgimiento de prueba nueva demostrativa de *su inocencia* en cuanto, aunque fue solicitada

durante el trámite del proceso, no se practicó, sin que el Juzgado explicase la razón de esa omisión con la cual se decretó el cierre de la investigación.

Consiste la prueba nueva -respecto de la cual dice también el Tribunal guardó silencio- en el testimonio de su yerno Gustavo Henao Rivera, que afirmar, fue quien lo llevó a la casa del último comprador del vehículo de que trata el proceso y presenció los términos de la conversación que sostuvo con él respecto de su incumplimiento "para cancelar el gravamen y realizar el traspaso" y a quien él le envió algunos documentos que recibió su esposa, señora Odhola Baquero.

Para finalizar su alegato afirma que todas y cada una de las normas de orden legal que invocó fueron transgredidas "en forma directa y manifiesta" y solicita a la Corte que "disponga el beneficio de la revocatoria de las sentencias acusadas" en su lugar profiera sentencia absolutoria, y "en resarcimiento" de los perjuicios por él recibidos se "ordene compulsar las copias pertinentes para que se investiguen ... las conductas que así lo ameriten".

Con la demanda adjunta diversas pruebas, a saber:

El memorial en que solicitó entre otras pruebas, la recepción del testimonio de Gustavo Henao; la constancia de que esa prueba no fue practicada; dos certificaciones del Juzgado 3o. Civil del Circuito de Armenia; dos providencias del Juzgado 2o. Penal del Circuito de Armenia del 26 de noviembre de 1991 y del 22 de julio de 1994; contrato de compraventa del vehículo de que habla el proceso, sin la firma de Elvia Luz Baquero; dos constancias del Instituto Departamental de Tránsito del Quindío; un memorial suscrito por él fechado el 4 de diciembre de 1990; las actas de los testimonios de Ignacio Bustos García, Elvia Luz Baquero Sierra y Odhola Baquero rendidos en el proceso penal; un certificado de la Cámara de Comercio de Armenia; copia de la escritura número 5594 del 18 de diciembre de 1988; una constancia de la cárcel de Chiquinquirá; y una constancia suscrita por doña "Odhola Bustos".

Consideraciones de la Corte

Pretende el actor sentenciado la revisión del fallo señalado al comienzo de este proveído con fundamento en las causales 2a. y 3a. del artículo 232 del C. de P. P. aduciendo, respecto de la primera, que la acción penal por el delito de disposición de bien propio gravado con prenda no podía iniciarse debido a que por el mismo hecho ante la jurisdicción civil se le había promovido acción ejecutiva para el cobro del crédito cuyo pago se hallaba garantizado con la prenda constituida sobre el vehículo automotor

de que trata el proceso y, en relación con la causal 3a., por el surgimiento de una prueba no conocida durante los debates, que es demostrativa de su inocencia.

Entiende el demandante que se configuró la aludida causal 2a. de revisión por la *inexistencia de petición válidamente formulada* en cuanto no podían coexistir las acciones civil y penal para el cobro del crédito impago por parte suya. Pero es lo cierto, por una parte, que la conducta imputada al sentenciado está catalogada como hecho punible en el artículo 364 del C. P. y sancionada con pena de prisión y de multa; por otra, que este delito *es investigable de oficio*, vale decir, que la jurisdicción debe cumplir con el mandato de orden público de perseguirlo y sancionarlo; por otra parte, que la acción civil es un procedimiento *anejo* a la acción penal, *no inexorable, pues puede ser adelantada concomitante con la acción penal o independiente a ella*, porque lo que persigue es el pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados con el ilícito, que *obviamente involucran* el valor del bien sobre el cual recayó éste si de delitos contra el patrimonio económico se trata.

Así pues, aunque el juez penal declare la obligación civil indemnizatoria, ésta se halla por fuera de la connotación de *sentencia condenatoria* susceptible de revisión por la vía penal, pues es apenas esa declaración judicial, una consecuencia de la condenación penal.

Por lo demás, cabe diferenciar entre el simple cobro de un crédito, así se halle garantizado con prenda cuya tenencia conserve el deudor y, el hecho fenoménico de *disponer éste en perjuicio del acreedor* del bien gravado con esa prenda, obligándolo a procurarse el pago de esa deuda persiguiendo en primer momento y si ello es posible el bien que sirve de garantía.

Son dos situaciones totalmente distintas, la primera de significación exclusivamente civil y la segunda atinente con la misma exclusividad, al campo penal, aunque, como se advirtió, al lado de ésta pueda efectuarse ese cobro.

Ahora bien, si se atiende al hecho no controvertido por el actor y referido en la sentencia de segundo grado, de que cuando el acreedor prendario instauró la acción civil ante el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Armenia y este Despacho pretendió efectuar el embargo y secuestro del vehículo sobre el cual pesaba la prenda *no pudo efectuar* la diligencia porque el demandado -hoy impugnante en revisión penal- no suministró los datos que lo permitieran y que después se estableció que había entregado el bien a otra persona sin autorización del acreedor, en otras palabras, que dispuso del bien en la forma ilícita que penaliza el Código Penal, resulta fuera de

contexto ante la realidad, afirmar, como ocurre en la demanda, que se iniciaron dos procesos, uno por la vía civil y otro por la vía penal con el mismo objetivo.

No, el cobro del crédito sí pretendió hacerse a través del proceso civil en el que se persiguió en principio el bien que servía de garantía; mas establecido que este bien ya no estaba en manos del deudor porque dispuso de él encuadrando su comportamiento en el tipo penal del artículo 364, *nada impedía que se iniciase la acción penal, no para el cobro de la deuda, que esa no es la función del juez penal, sino para sancionar el hecho punible*; es más, ésta podía ejercitarse independientemente del pago de la deuda, pues según se ha puntualizado, la conducta del deudor con relación al bien estaba prohibida expresamente en la ley.

Cosa distinta es que, fallado el proceso penal y declaradas en él la responsabilidad civil y la obligación indemnizatoria, la acción civil a través del proceso civil hubiera cumplido el objetivo del cobro; mas es lo cierto, a juzgar por la prueba allegada por el mismo demandante, que ese proceso se halla en suspenso, es decir, estático porque al parecer, al juez que lo adelanta no se le ha impuesto de que el cobro de la deuda se efectuó a raíz de la acción civil *que dentro del proceso penal se adelantó*. Esa omisión informativa *no es atribuible a error judicial, y menos, del juez penal,* lo que hace más ostensible aún la inviabilidad de la acción de revisión.

No sobra advertir, además, *que la valoración jurídica* que expone el revisionista en el esfuerzo por desquiciar la estructura del delito que se le atribuyó por error, alegando que no fue él quien lo cometió sino una tercera persona que habría servido de intermediaria para la venta que él buscaba hacer del bien pignorado a otra y en el esfuerzo de demostrar que tampoco el delito llegó a su consumación porque esa venta no se perfeccionó debido a la falta de registro de ese contrato en la correspondiente oficina de Tránsito, *carece de ubicación en la acción incoada,* dado que, los errores de valoración jurídica en la interpretación de las normas aplicadas al caso fallado acceden por antonomasia y únicamente, al ámbito del recurso *extraordinario de casación,* procedente cuando aún no existe cosa juzgada y con los requisitos para él establecidos, esto es, que no existe armonía entre la causal de revisión invocada y los hechos alegados para fundamentarla.

Otro tanto puede pregonarse del argumento de que *hubo ilegitimidad en la personería del demandante de la acción civil,* ya que la glosa no guarda con la causal de revisión invocada la relación necesaria para cuestionar la cosa juzgada penal.

Así pues, no siendo los hechos juzgados en el proceso la causa eficiente del motivo de revisión alegado dentro de la causal 2a. del artículo 232 del C. de P. P., es decir, *inexistiendo* la indispensable relación de causalidad entre la causal aducida y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, debe declararse no satisfecha en la demanda la exigencia 3a. del artículo 234 del C. de P. P. para la instauración de la acción.

Situación similar se observa respecto de la prueba que el actor invoca como desconocida al tiempo de los debates, es decir la declaración de su yerno, el señor Gustavo Henao, quien dice, pretende probar su inocencia en el delito por el cual se le condenó.

La prueba aducida, en verdad, carece de la connotación de desconocida en los debates, pues está destinada únicamente a controvertir las conclusiones del fallador que basado en los contundentes elementos de juicio a su disposición, *no le confirió crédito* a sus explicaciones sobre su no intencionalidad de disponer del bien prendado enajenándolo y entregándolo a otra persona sin autorización del acreedor.

A ello se debe el laconismo de la exposición de este motivo de revisión argüido, en que se limita a decir que ese no escuchado deponente presenció sus conversaciones con el comprador último del vehículo y fue destinatario de unos documentos que él le envió y que recibió la esposa de aquél.

No siendo en estricto sentido prueba desconocida para los efectos de la causal 3a. del artículo 232 del C. de P. P., carece de la virtualidad de "demostrar los hechos básicos de la petición" para lo cual debe venir orientada toda prueba que se aduzca con la demanda de revisión según la exigencia formal 4a. del artículo 234 de la misma normatividad.

No instaurada como en derecho corresponde, la acción de revisión, por desconocer imperativos requisitos de la disposición últimamente mencionada, se impone el rechazo de la demanda, como así se decidirá.

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

RESUELVE:

1o. *Reconócese* al doctor *Marino Restrepo Murillo* portador de la T.P. de abogado número 1.554 del M. de J., la personería para actuar a nombre propio en esta acción de revisión.

2o. *Recházase* in *Limine* la demanda de revisión presentada por el doctor *Marino Restrepo Murillo* a nombre propio contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Armenia que se le adelantó por el delito de defraudación de disposición de bien propio gravado con prenda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS /APELACION / SEGUNDA INSTANCIA

La competencia del superior para decidir, de conformidad con el artículo 217 del C. de P.P., se encuentra inequívocamente aquí señalada: sin limitación alguna, si del grado de consulta se trata; únicamente los aspectos impugnados, si fue apelada, y cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el Fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuando tuviere interés para ello, la hubieren recurrido.

De lo anterior se infiere lógicamente que el fallo de segunda instancia no tiene, en principio, poder dispositivo sobre la situación jurídica de los no recurrentes salvo, por ,ejemplo, que se imponga la anulación de toda la actuación o que se les deba aplicar por extensión, pues su competencia solamente alcanza a quienes, a través de ese instrumento, muestran su inconformidad con lo decidido en la primera instancia, mas no a los que, con su silencio, demuestran su aprobación con lo resuelto. La interposición del recurso es señal evidente de que se pretende acceder a otra instancia en busca de la justicia que el inferior le negó; su no interposición, demuestra que no hay interés en que se revise por el superior lo decidido, pues se considera justo.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 112

Proceso 10745

VISTOS

De plano decide la Corte lo que fuere de ley en punto al recurso de hecho interpuesto por el defensor del condenado *Jesús Alberto Gutiérrez Julios* contra el auto fechado el 12 de junio del presente año, mediante el cual el Tribunal Superior de San José de Cúcuta no concedió el recurso

extraordinario de casación que interpusiera contra su sentencia de 25 de abril del mismo año.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

1. En fallo del 23 de febrero de 1995, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de San José de Cúcuta (fl. 1), resolvió condenar a *Jesús Alberto Gutiérrez Julios*, a la pena principal de 37 meses de prisión, por hallarlo responsable del delito de Hurto, y a *Félix Enrique Cárdenas Romero*, por el punible de receptación, a la pena de 6 meses de prisión.

2. Contra esta sentencia solamente interpuso recurso de apelación el defensor del procesado *Cárdenas Romero*, siendo confirmada por el *ad quem* mediante la suya del 25 de abril del citado año (fl. 39).

3. El defensor del mismo *Cárdenas Romero*, de conformidad con el artículo 218 *in fine* del C. de P. P. impugnó el fallo acudiendo a la casación discrecional, mientras que el procurador judicial de *Alberto Gutiérrez Julios* invocó el recurso extraordinario de casación, el cual le fue denegado en auto del 12 de junio del presente año (fl. 62), en consideración a que ".el Dr. *Alvaro Francisco Silva Uribe*, defensor del procesado sentenciado por el delito de Hurto, *Jesús Alberto Gutiérrez Julios*, no impugnó la sentencia condenatoria proferida el día veintitrés (23) de febrero del año en curso, limitándose el Tribunal a revisar la sentencia condenatoria del apelante *Dr. Juvenal Valero Bencardino*, por el delito de receptación; *no existe fallo de segunda instancia*, y es contra éste que se propone recurso de Casación." (destacado del texto).

4. Inconforme con tal decisión, el defensor de *Gutiérrez Julios* interpuso recurso de hecho, para cuyo trámite se expidieron las copias pertinentes con destino a esta colegiatura, ante la cual hace la sustentación, insistiendo en que ".es admisible mi recurso, porque mi prohijado sigue afectado por una condena, tanto de primera como de segunda instancia; y es menester casar la segunda, para revocarla, por haber sido dictada dentro de un juicio viciado de nulidad..."

Y agrega por último:

"...Es lo anterior fundamento del *recurso de hecho* de conformidad con el artículo 208 del C. de P. P., por lo mismo, podríamos explicar que no puede mermarse este derecho a la Casación, por ejemplo., cuando el sindicado no tuvo oportunidad la sentencia de primera instancia, o su defensor, y le fue imposible apelar de ella. Porque razonar así, permitiría eliminar un derecho, por no haber hecho uso de otro anterior, como sería la apelación..." (fl. 82).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1o. Los recursos ordinarios son instrumentos que la ley concede a los sujetos procesales para instar de nuevo el examen de una situación procesal ya resuelta e intentar la revocatoria o reforma del proveído que se considera injusto o gravoso para los intereses del recurrente.

La competencia del superior para decidir, de conformidad con el artículo 217 del C. de P. P., se encuentra inequívocamente aquí señalada: sin limitación alguna, si del grado de consulta se trata; únicamente los aspectos impugnados, si fue apelada, y cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el Fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuando tuviere interés para ello, la hubieren recurrido.

De lo anterior se infiere lógicamente que el fallo de segunda instancia no tiene, en principio, poder dispositivo sobre la situación jurídica de los no recurrentes salvo, por ejemplo, que se imponga la anulación de toda la actuación o que se les deba aplicar por extensión, pues su competencia solamente alcanza a quienes, a través de ese instrumento, muestran su inconformidad con lo decidido por la primera instancia, mas no a los que, con su silencio, demuestran su aprobación con lo resuelto. La interposición del recurso es señal evidente de que se pretende acceder a otra instancia en busca de la justicia que el inferior le negó; su no interposición, demuestra que no hay interés en que se revise por el superior lo decidido, pues se considera justo.

El recurso extraordinario de casación solamente procede contra las sentencias de *segunda instancia*, pronunciadas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 1o. del artículo 218 del Estatuto Procesal Penal.

Si esto es así, como en efecto lo es, síguese que, en el caso del condenado *Jesús Alberto Gutiérrez Julios*, no hay legitimación para interponer el recurso extraordinario de casación, como lo entendió con acierto el Tribunal Superior de San José de Cúcuta, habida cuenta de que no agotó las dos instancias al omitirse la interposición del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, lo cual si bien facultativamente podía hacerse, dado que es un derecho del que discrecionalmente se puede hacer uso, para acudirse a la casación constituía *"conditio sine qua non"* que revisara el superior la sentencia del Juez de primera instancia.

De ahí que el Tribunal de instancia al decidir sobre la sentencia impugnada, específicamente hubiera apuntado:

"...Sólo revisa la Sala la sentencia condenatoria proferida en contra de *Félix Enrique Cárdenas Romero,* ya que su defensor es el único apelante y por eso en lo referente a la sentencia y a la prueba existente para condenar tenida en cuenta por el Juzgador, se hará el correspondiente análisis..." (fl. 43).

Luego, no es cierta la afirmación que hace el recurrente de hecho, respecto a que su patrocinado fue condenado también en segunda instancia, toda vez que dicha Corporación limitó su atención a la suerte de *Cárdenas Romero,* que fue el único apelante de la sentencia de primer grado.

Y como quiera que en nuestras instituciones procesales no ha hecho tránsito en materia penal la casación *per saltum,* en la que es dable la omisión de una instancia y por tanto no se precisa de agotar los medios impugnatorios ordinarios, repítese que con relación a *Félix Alberto Gutiérrez* no existe legitimación para interponer el recurso extraordinario de casación en virtud a que éste sólo procede contra la sentencia de segunda instancia y, por lo ya visto, en su caso concreto hubo conformidad con la sentencia dictada por el Juzgado Penal del Circuito, ya que no la impugnó para que la revisara el superior.

En consecuencia, ha de declararse la improcedencia del recurso de hecho.

2o. Fusionada la presente actuación a la relacionada con el recurso discrecional de casación interpuesto contra el fallo que afectó al otro procesado, *Félix Enrique Cárdenas Romero,* por receptación y que indebidamente separó el Tribunal, por principio de economía procesal entra la Sala a decidir lo que corresponda en derecho respecto de esta particular impugnación.

Al revisar la sentencia del Tribunal que confirmó la condenatoria de primera instancia contra este procesado, observa la Corte: fue proferida el 25 de abril de 1995 (fol. 4 C. del Tr.); se notificó personalmente al Ministerio Público y al Fiscal el 26 y el 27 al defensor de Cárdenas Romero; a los demás, la notificación se hizo por edicto desfijado el 8 de mayo (fol. 23 v. C. Tr.), fecha en la cual se recibió el escrito del defensor de Cárdenas Romero con manifestación expresa de recurrir en casación según el inciso final del artículo 218 del C. de P. P. pero solamente lo sustenta en escrito presentado el 23 de junio (fol. 39 C. Tr.), es decir, en forma extemporánea, pues el término legal para hacerlo (15 días hábiles, según el artículo 223 del C. de P. P.) vencía el 30 de mayo -el proceso pasó al despacho el 7 de junio-.

Con razón el Tribunal en el auto que denegó el recurso extraordinario a Gutiérrez Julios (12 de junio), recordara: "Así mismo, en cuanto al otro recurso discrecional de casación interpuesto por el Dr. *Juvenal Valero Bencardino,* de la sentencia de segunda instancia, debe decírsele que su interposición se hace ante este Tribunal pero debidamente motivado...".

Así las cosas, se impone su rechazo.

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

RESUELVE:

1o. *Desechar* el recurso de hecho interpuesto contra el auto de fecha 12 de junio del año en curso, mediante el cual el Tribunal Superior de San José de Cúcuta no concedió el recurso extraordinario de casación respecto del procesado *Jesús Alberto Gutiérrez Julios.*

2o. *Declarar improcedente* el recurso de casación discrecional respecto del procesado *Félix Enrique Cárdenas Romero* por extemporáneo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

SUBROGADO PENAL / REHABILITACION / COMPETENCIA

Según lo previsto en el artículo 523 del Código de Procedimiento Penal, las decisiones que deba adoptar el juez de penas y medidas de seguridad o el que dictó la sentencia de primera instancia conforme a lo previsto en el artículo 20 transitorio de la misma codificación, con relación a los subrogados penales y la rehabilitación, deben ser adoptadas mediante resolución interlocutoria susceptible de los recursos ordinarios, estando limitada la competencia de la Corte para conocer de ella en virtud del recurso de apelación.

Corte Suprema de Justicia.–Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Aprobada Acta No. 114

Proceso No. 9785

VISTOS

La Corte, en sentencia de fecha 13 de junio del corriente año, revocó parcialmente la dictada por el Tribunal Superior de Valledupar el 2 de agosto de 1994, para condenar a *Jairo José Ruiz Romo* a la pena privativa de la libertad de tres (3) años de prisión como coautor del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional y le fijó como caución prendaria la de trescientos mil pesos ($300.000.00) que debía consignar en el Banco Popular en la cuenta del Tribunal.

El referido fallo fue debidamente notificado por la Secretaría de esta Sala y una vez causó ejecutoria, con oficio No. 1834 del 4 de julio del corriente año, las diligencias fueron devueltas al *a quo* para lo de su competencia.

El presidente del Tribunal Superior de Valledupar, a quien se comisionó para recibir el título judicial y asentar la diligencia de compromiso al tenor del artículo 69 del Código Penal, citó al procesado para dicha finalidad, quien en escrito presentado el 24 de julio del corriente año, solicitó la sustitución de la caución prendaria por juratoria, para lo cual demandó se recepcionara el testimonio de dos ciudadanos residentes en Valledupar.

El Magistrado sustanciador mediante auto de fecha 31 de julio ordenó remitir las diligencias a esta Corporación por considerar que la competencia para "pronunciarse o tomar alguna decisión en relación con el cambio de caución solicitado por el sentenciado Jairo José Ruiz Romo, radica única y exclusivamente en la Sala de Casación Penal de la *Corte Suprema de Justicia...*".

Como ya se dejó consignado en párrafo precedente, la sentencia proferida por esta Sala quedó debidamente ejecutoriada a principios del mes de julio del corriente año, luego la Corte no tiene competencia para conocer de la actuación subsiguiente a ella, pues según lo previsto en el artículo 523 del Código de Procedimiento Penal, las decisiones que deba adoptar el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad o el que dictó la sentencia de primera instancia conforme a lo previsto en el artículo 20 transitorio de la misma codificación, con relación a los subrogados penales y la rehabilitación, deben ser adoptadas mediante resolución interlocutoria susceptible de los recursos ordinarios, estando limitada la competencia de la Corte para conocer de ella en virtud del recurso de apelación.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la petición que elevara al Tribunal el procesado Ruiz Romo, pues contrariamente a la interpretación dada por el Magistrado sustanciador de dicha Colegiatura, le corresponde a ella en Sala de Decisión Penal, previo el trámite probatorio que se le demandó, pronunciarse mediante auto interlocutorio sobre su procedencia o inconducencia.

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

RESUELVE:

1o. *Abstenerse* de considerar la petición de sustitución de la caución prendaria por juratoria que elevara el procesado *Jairo José Ruiz Romo,* ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, por las razones consignadas en precedencia.

2° *Disponer* la inmediata devolución del proceso al referido Tribunal para que obre conforme a lo dicho en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA*

Si la libertad provisional busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso y la eventual ejecución del fallo, es claro que, proferida sentencia condenatoria, la excarcelación por regla general pierde su razón de ser. Esto indica que excepcionalmente en sede de casación puede solicitarse y concederse la liberación provisional. De ahí que esta Corte viene reconociendo en el recurso extraordinario la libertad condicional o el cumplimiento total de la pena, pero únicamente como vías para otorgar la excarcelación (art. 55.2 de la Ley 81 de 1993).

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobada Acta No. 115

Proceso No. 10332

VISTOS

El defensor del procesado *Guillermo Ricardo Arciniegas Narváez*, quien actualmente se encuentra detenido en la Cárcel del Circuito Judicial de Ipiales, Nariño, solicita el otorgamiento de la libertad provisional con fundamento en la causal prevista en el artículo 55.5 de la Ley 81 de 1993 en razón a que desde la ejecutoria de la resolución de acusación transcurrió un tiempo superior a los 6 meses sin que el juez de primera instancia en su momento hubiese llevado a cabo la audiencia pública, no siendo exigible para ese entonces que el implicado deba estar privado de la libertad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Fiscal 30 Seccional de Ipiales, Nariño, mediante auto de 24 de septiembre de 1993 profirió contra *Ricardo Guillermo Arciniegas Narváez*, quien fue declarado persona ausente, resolución de acusación por el delito de homicidio en la persona de *Jorge Guillermo Vela.*

En la etapa del juicio el defensor del acusado reclamó el otorgamiento de la libertad provisional, en consideración a que habían transcurrido más de 6 meses desde la ejecutoria del pliego de cargos sin que se hubiese celebrado la correspondiente audiencia pública, petición que fue resuelta adversamente por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Ipiales por auto de 6 de abril de 1994, providencia que fue recurrida por la defensa y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto en decisión de 13 de mayo siguiente.

El 9 de junio del año anterior, se llevó a cabo el debate público.

En sentencia de 19 de agosto siguiente, el Juzgado 1° Penal del Circuito de Ipiales, halló al incriminado *Arciniegas Narváez* autor responsable del delito de homicidio, lo condenó a la pena de 10 años de prisión, le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenó reiterar las órdenes de captura impartidas en su contra en razón a que fue objeto de medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a excarcelación.

Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto en fallo de 20 de octubre siguiente confirmó la sentencia impugnada, decisión que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

Estando cumpliéndose el traslado al Procurador Delegado en lo Penal para los fines previstos en el artículo 226 del C. de P.P., el implicado fue capturado por miembros de la Policía Nacional, Estación Pupiales, Nariño, y dejado a disposición de esta Corporación, insistiendo ahora su defensor en el otorgamiento de la liberación provisional consagrada en el artículo 55.5 de la Ley 81 de 1993.

Pues bien. Tiene dicho de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia de la Sala de esta Corte, que "La libertad provisional es un derecho que la ley concede al procesado para no ser privado de su libertad de locomoción por haberse proferido en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, o para recobrarla si fue privado de ella, la que se concede mediante caución prendaria o juratoria, en los casos expresamente determinados (art. 415 del C. de P.P.). Tiene por finalidad esta institución, velar por la garantía de los derechos del acusado a favor de quien pende la presunción de inocencia hasta el pronunciamiento de la sentencia en la cual se deje desvirtuado tal principio, momento a partir del cual entran en juego las otras instituciones como sustento de la liberación." (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, auto de julio 7 de 1994).

Si la libertad provisional busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso y la eventual ejecución del fallo, es claro que proferida sentencia

condenatoria, la excarcelación por regla general pierde su razón de ser. Esto indicada que excepcionalmente en sede de casación puede solicitarse y concederse la liberación provisional. De ahí que esta Corte viene reconociendo en el recurso extraordinario la libertad condicional o el cumplimiento total de la pena, pero únicamente como vías para otorgar la excarcelación (art. 55.2 de la Ley 81 de 1993).

Luego, resulta incomprensible que el defensor del procesado invite a la Corte a pronunciarse sobre una causal que solamente opera en la etapa del juicio (art. 55.5 ejusdem), oportunidad en la cual como ya se dijo, en primera y segunda instancia recibió respuesta a su inquietud, olvidando, de otra parte, que uno de los presupuestos sobre los cuales descansa la causal invocada -la no celebración de audiencia pública- desapareció, no siendo posible que por un incidente de libertad como el aquí planteado se pueda examinar la validez de la actuación procesal, pues como el peticionario lo reconoce ello es propio del fallo que decida la impugnación extraordinaria.

En mérito de lo expuesto la *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, se abstiene* de pronunciarse en relación con la petición de libertad provisional hecha por el defensor del procesado *Ricardo Guillermo Arciniegas Narváez.*

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Guillermo R. Arciniegas M., Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

TENTATIVA DE HOMICIDIO / COLISION DE COMPETENCIA

Sostener tal propósito (tentativa de homicidio) solamente por la potencialidad del arma utilizada es, sin lugar a dudas, una exageración, ya que si bien éste es un criterio que permite deducir el querer de un sujeto en un momento determinado, también lo es, que tal posibilidad deviene sólo frente a otras circunstancias igualmente indicativas de tal propósito.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C. quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 115

Proceso No. 10802

De plano decide la Corte el incidente de colisión de competencias trabado entre los Juzgados 8o. Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y uno Regional de la misma capital, dentro de la causa adelantada contra el ciudadano *Elber Cuéllar Daza* por los delitos de porte ilegal de armas de defensa personal, lesiones personales y ataque a la autoridad.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

1. El 4 de febrero de 1995, frente al CAI del barrio La Gaitana de Santafé de Bogotá, *Elber Cuéllar Daza*, quien conducía la camioneta Dodge, modelo 1980, de placas No. NO-0657, disparó su arma de fuego contra *Gustavo Madero Herrera* causándole lesiones que interesaron el pulmón izquierdo y emprendió inmediatamente la huida, siendo perseguido por el agente de la Policía Nacional *Aris Ariel Bermúdez Vargas* en la moto de dotación y capturado en la calle 138 con carrera 115 después de haberle disparado por dos ocasiones sin lograr herirlo, según la versión del policial.

Al capturado se le encontró una pistola Browing, calibre 6.35, número 14050, con proveedor y tres cartuchos para la misma sin el correspondiente salvoconducto.

2. Adelantada la investigación, la Fiscalía 272 le dictó medida de aseguramiento por porte ilegal de armas y lesiones personales y a petición del procesado se celebró audiencia previa con miras a una sentencia anticipada en los términos del artículo 37 del C. de P. P. el 10 de mayo de 1995, en cuya acta se le formularon los cargos de porte ilegal de armas de defensa personal del art. 1o. del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, en concurso con los de lesiones personales referido en los artículos 331 y 332 del C. P. y violencia contra empleado oficial del art. 164 *ibidem*, los que fueron aceptados por el procesado.

3. Llegado el proceso al Juzgado del conocimiento, el 8o. Penal del Circuito, cuyo titular el 30 de mayo de 1995 se abstuvo de proferir sentencia por considerar que no era el competente para ello toda vez que la agresión al agente de la policía no es el delito imputado, sino el previsto en el artículo 324-8 del C. P. que en los términos del artículo 71 del C. de P. P. corresponde su conocimiento a los jueces regionales junto con los restantes por conexidad. Propone colisión negativa de competencia y envía el proceso a reparto de los jueces regionales de la Capital de la República.

4. El Juez Regional a quien se le repartió el asunto acepta la colisión con el argumento que la prueba existente jamás permite predicar el delito de homicidio a que alude el colisionante no sólo porque es el policía el único que refiere los disparos, sino porque, aun admitiendo su versión, de ésta no se infiere el propósito de matar y, en consecuencia, ordena remitir el original del proceso a la Corte para que se decida el incidente.

Consideraciones de la Corte

Esta Colegiatura es competente para resolver el incidente en referencia con fundamento en el art. 68-5 del C. de P. P., a lo cual procede de plano con base en las siguientes consideraciones:

1. La Corte solamente se ocupará de los hechos cuya tipificación ha dado lugar al conflicto de competencias, es decir, a los disparos que el agente de la policía afirma le hiciera el procesado cuando le perseguía para capturarlo, pues la Fiscalía que formuló el cargo los calificó como configurativos del delito descrito en el artículo 164 del C. P., denominado "Violencia contra empleado oficial", de competencia de los juzgados penales del circuito, a la par que el Juez 8o. de esta especialidad los califica como homicidio en grado de tentativa agravado por haber sido cometido contra un policía con ocasión del ejercicio de su función (art. 324-8 C.P.), cuya competencia la asigna la ley al juez regional.

2. Examinadas las circunstancias que rodearon los hechos y la prueba allegada a los autos, encuentra la Corte que le asiste la razón al juez regional. En efecto, el procesado de la referencia afirma en su injurada que tres sujetos, entre ellos el lesionado Madero Herrera trataron, mediante amenazas con armas, de despojarlo de la camioneta que manejaba por lo que tuvo que dispararles y emprender la huida para ser capturado cuadras adelante por un agente motorizado; niega haber disparado contra éste.

Por su parte, el agente que capturó a Madero Herrera informa que, inmediatamente ocurridos los hechos emprendió su persecución y éste le disparó desde el vehículo en marcha por dos oportunidades sin que lograra herirlo, posiblemente -dice- con la finalidad de que no lo siguiera persiguiendo; no obstante, le cerró el paso, le intimó captura y al ser requisado le halló en la pretina del pantalón lado derecho la pistola que relaciona en su informe.

Así las cosas, ciertamente no es posible sostener válidamente que se esté frente a un delito de homicidio tentado y agravado como ligeramente lo vio el Juzgado 8o. Penal del Circuito, porque no existe razón suficiente para deducir del comportamiento del procesado un propósito de matar, pues ni siquiera los proyectiles hicieron impacto en la humanidad de éste para poder inferir dicho propósito por su localización, al señalar inequívocamente la zona vital vulnerada. Sostener tal propósito solamente por la potencialidad del arma utilizada es, sin lugar a dudas, una exageración, ya que si bien éste es un criterio que permite deducir el querer de un sujeto en un momento determinado, también lo es, que tal posibilidad deviene sólo frente a otras circunstancias igualmente indicativas de tal propósito, las cuales no obran en este proceso y sí, por el contrario, hay prueba que permite prohijar la verdadera intención en su actuar (para que dejara de perseguirlo), como espontáneamente lo expresó el mismo agente que intervino en su captura. Dijo, éste que pese a que se desplazaba el procesado como a sesenta kilómetros por hora logró cerrarlo con la moto, luego evidente es que si hubiese estado en su mente el ánimo de eliminar al policía, esa era la mejor ocasión para haberlo hecho con el vehículo o con la pistola; sin embargo, no solamente frenó la camioneta, sino que además, el arma la tenía en la pretina del pantalón.

Finalmente, es de lamentar que algunos funcionarios, frente a situaciones como la presente, en vez de procurar una eficaz y oportuna administración de justicia, buscan ensayar una teoría o plantear una inquietud que aun cuando de buena fe -lo que impide compulsar copias- logran con ello es eludir el cumplimiento de su deber y propiciar dilaciones innecesarias. El esfuerzo dialéctico que utilizan para sostener una

incompetencia deberían hacerlo para viabilizar la justicia evitando, de contera, las demoras y la misma impunidad.

Se devolverá, en consecuencia, el proceso al Juzgado 8o. Penal del Circuito de Santafé de Bogotá al que corresponde el conocimiento de esta causa según lo puntualizado, informando con copia de este proveído al juez regional respectivo.

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

RESUELVE:

Dirimir el incidente de colisión de competencias suscitado en la causa seguida contra *Elber Cuéllar Daza* por los delitos de porte ilegal de armas y otros, entre los Juzgados 8o. Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y uno Regional de la misma Capital en favor de éste, adjudicando, en consecuencia, el conocimiento de la misma al Juzgado 8o. Penal del Circuito. Envíesele inmediatamente el proceso y comuníquesele al regional, con copia de este proveído.

Cópiese y cúmplase:

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DETENCION DOMICILIARIA / TERMINO / LIBERTAD PROVISIONAL

1. El cumplimiento de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, debe ser en la casa o habitación del acusado y no por fuera de ella.

2. Para efectos de la excarcelación deprecada, (vencimiento de término sin celebrar audiencia) se tiene que el numeral 5o. del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 enseña que el procesado tendrá derecho al beneficio de la libertad provisional "cuando hayan transcurrido más de seis meses contados a partir de la ejecutoria de la Resolución de acusación, sin que se hubiese celebrado la correspondiente audiencia pública o se hubiere vencido el término para presentar alegatos de conclusión en el juicio, según el caso, salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual, el término se entiende ampliado hasta seis (6) meses".

"No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa, o cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuible al sindicado o a su defensor."

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 116

Proceso No. 9579

VISTOS

El defensor del procesado *Jorge Manzur Jattin*, quien se halla con medida de aseguramiento de detención domiciliaria, con apoyo en los numerales 2° y 5° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, solicita el beneficio de libertad provisional en favor de su representado por cuanto

el tiempo que lleva privado de su libertad y la rebaja de pena a que pueda tener derecho por la realización del servicio social obligatorio que se le impuso, superan las dos terceras partes de la sanción que le pueda corresponder por su conducta y, además, han transcurrido seis (6) meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin haberse celebrado la audiencia pública, término que venció sin que dicha circunstancia pueda ser atribuida al acusado o su defensor.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° La Unidad de Fiscalías Delegadas ante esta Corporación, mediante providencia de fecha nueve (9) de junio de 1994, dictó Resolución de Acusación contra el doctor *Jorge Elías Manzur Jattin* por el delito de concusión (fls. 8 y ss. -Cuad. Original No. 4), dejando vigente la medida de aseguramiento de detención domiciliaria decretada en resolución de fecha 13 de enero del mismo año (fls. 857 y ss. -Cuad. original No. 3), proveído aquél que causó ejecutoria el 24 de los citados mes y año a las 6:00 p.m.

2° El Fiscal Delegado ante esta Corporación, en auto de fecha 23 de febrero de 1994, con relación a un escrito del Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien dejó constancia sobre "la imprecisión de la resolución que se refiere a la detención domiciliaria, y a la ligereza con la cual se ha venido manejando el tema en este caso", consideró que el hecho de que "El señor Procurador haya entendido que el domicilio del Dr. *Manzur* es la ciudad de Montería no es indicador de imprecisión, ambigüedad o amplitud de la medida. Para la Fiscalía es totalmente claro que domicilio y residencia en este caso coinciden y están en la población de Lorica, lugar en el que el sindicado está obligado a permanecer bajo apremio de caución", es decir, le impuso al procesado la obligación de cumplir la medida de aseguramiento, con permanencia en el perímetro urbano del municipio de Lorica, realizando trabajo social durante las horas hábiles en los días de lunes a viernes.

3° No comparte la Corte el criterio de la Fiscalía Delegada ante esta Colegiatura, pues, en forma reiterada la Sala en providencias de fechas 22 de octubre de 1992 y 21 de febrero de 1994, sobre el tema, precisó:

"El Código Penal consagra en su artículo 42 como penas accesorias la restricción domiciliaria la que define en el artículo 57 *ibidem*, como 'la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio o en la prohibición de residir en determinado lugar', es decir, que independientemente de la pena privativa de la libertad en el evento de la concesión de uno cualquiera de los subrogados penales previstos en

los artículos 68 y 72 del citado estatuto, el juez podrá, si lo considera necesario (artículo 52) disponer que el procesado no puede salir durante un determinado tiempo del municipio donde reside o prohibirle fijar su residencia en un determinado lugar."

"Por otra parte, el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal consagra las obligaciones del sindicado en los casos de libertad provisional o cuando se impone medida de aseguramiento distinta de la detención preventiva, entre las cuales se encuentra la de informar todo cambio de domicilio y no salir del país sin previa autorización del funcionario. De lo anterior, podría pensarse que en efecto el legislador ha determinado como residencia la casa o sitio en que el procesado deba vivir con su familia y como domicilio la ciudad o municipio donde tenga el asiento de sus negocios o donde ejerce su actividad, profesión u oficio."

"Sin embargo, el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, emplea el término de domicilio para indicar el sitio de detención parcial cuando el sindicado deba proveer por disposición de la ley a la subsistencia de una o más personas, siempre que no tenga en su contra sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional; que se le sindique por un delito cuya pena máxima no excede de seis (6) años de prisión y que no haya eludido su comparecencia en la actuación procesal. Así mismo la detención podrá cumplirse en el lugar de trabajo, pero en todo caso el procesado deberá regresar al establecimiento carcelario inmediatamente después que termine sus labores diurnas o nocturnas las que, de acuerdo con la disposición debe realizarlas en un sitio determinado de trabajo o en su domicilio, es decir, en su casa de habitación."

"...el artículo 407 del estatuto procesal penal consagra la suspensión de la privación de la libertad por tres causales y en el evento de ser procedente por cualquiera de ellas 'El funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital, en el lugar de trabajo o estudio', es decir, que el término domicilio lo emplea inequívocamente referido a su residencia o casa de habitación."

"Cabe agregar que según el diccionario de la Real Academia Española por domicilio se entiende la morada fija y permanente; lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos; casa en donde uno habita o se hospeda." (Mag. Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

4°. De acuerdo con lo anterior, el cumplimiento de la medida de aseguramiento de la detención domiciliaria, debe ser en la casa o habitación del acusado y no por fuera de ella. Sin embargo, como el doctor Manzur Jattín viene cumpliendo con las exigencias senaladas por la Fiscalía

Delegada, su interés legítimo de gozar del beneficio de excarcelación provisional que se demanda, no puede resultar afectado por la imprecisión y amplitud con que se le impusieron, pues además, existe constancia en el informativo de que sus actividades las ha desarrollado conforme a las providencias que le depararon la medida de aseguramiento y la obligación de realizar trabajo social en el municipio de Lorica.

5°. Para los efectos de la excarcelación deprecada, se tiene que el numeral 5° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 invocado por la defensa, enseña que el procesado tendrá derecho al beneficio de libertad provisional "Cuando hayan transcurrido más de seis meses contados a partir de la ejecutoria de la Resolución de Acusación, sin que se hubiese celebrado la correspondiente audiencia pública o se hubiere vencido el término para presentar alegatos de conclusión en el juicio, según el caso, salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual, el término se entiende ampliado hasta seis (6) meses".

"No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa, o cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuíble al sindicado o a su defensor."

6°. El proceso fue recibido en esta Corporación y sometido a reparto el día 13 de julio de 1994 y por auto de fecha 19 de los mismos, el Magistrado sustanciador dispuso el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, sin que hasta la fecha se haya celebrado la diligencia de audiencia pública en virtud de estarse practicando las pruebas ordenadas en interlocutorio del 22 de marzo del corriente año.

Si la Resolución de Acusación causó ejecutoria el 24 de junio de 1994, al hallarse el procesado en detención domiciliaria desde el 24 de enero del mismo año, es claro que ante ausencia de actuación dilatoria por parte suya o de su defensor, por no haberse aún fijado fecha para la celebración de la audiencia pública, el doctor *Jorge Elías Manzur Jattin* tiene derecho a gozar del beneficio de libertad provisional ya aludido, sin que entonces sea necesario entrar en consideraciones relativas al presunto cumplimiento de los requisitos previstos en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993.

7°. El beneficio que se otorga al doctor *Manzur Jattin*, lo será mediante caución prendaria por la suma de *cinco millones novecientos veintidos mil pesos* ($5'922.000.00), la que se entiende ya prestada con la consignación que realizara el 24 de enero de 1994 cuando suscribió diligencia de compromiso ante el Jefe de la Unidad de Fiscalías ante el Tribunal Superior de Montería.

Deberá así mismo, suscribir diligencia de buena conducta y compromiso en los términos del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual se comisionará al Juez Penal del Circuito de Lorica (Córdoba) a quien se le librará la correspondiente comunicación telegráfica.

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

RESUELVE:

1°. *Conceder* al doctor *Jorge Elías Manzur Jattin* el beneficio de libertad provisional, previa caución prendaria por la suma de *Cinco millones novecientos veintidós mil* ($ 5'922.000.00) que se consideran ya prestados según consignación efectuada el 24 de enero de 1994 (fl. 950 -Cuad. Original No. 3) y la suscripción de diligencia de buena conducta y compromiso al tenor de lo previsto en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

2°. Satisfechos los anteriores requisitos, se librarán las comunicaciones pertinentes al Director Seccional de Fiscalías y al Procurador Departamental.

3°. Se advierte al comisionado que el beneficio otorgado al doctor *Manzur Jattín,* tendrá efectos siempre y cuando no se halle solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.

4°. Para el cumplimiento de esta providencia, se comisiona al Juez Penal del Circuito de Lorica (Córdoba) a quien se le librará la correspondiente comunicación telegráfica.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar Con salvamento de Voto, *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*Con salvamento de Voto.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / DETENCION DOMICILIARIA

(Salvamento de Voto)

Proceso No. 9579

SALVAMENTO DE VOTO

Con toda consideración expresamos brevemente nuestra diferencia con la decisión mayoritaria, en vista de que en este caso concreto se concede la libertad provisional a partir de una ficción, como es la de que el procesado se encuentra privado de la libertad, cuando en realidad no lo está.

Para fundamentar el beneficio, la Sala acude a un argumento que no viene al caso, como aquél de que el acusado "no puede resultar afectado por la imprecisión y amplitud con que se le impusieron" las exigencias señaladas por la Fiscalía cuando, al contrario de lo sostenido por la Corte, fijó la medida de aseguramiento de detención domiciliaria sin retención o privación de la libertad en la casa o habitación del imputado. Optó, en cambio, por una especie de restricción domiciliaria.

No debe perderse de vista que la petición de libertad provisional formulada por el defensor del procesado Dr. Manzur Jattin, se llevó a efecto por cuanto ". el tiempo que lleva privado de la libertad y la rebaja de pena a que pueda tener derecho por la realización del servicio social obligatorio que se le impuso, superan las dos terceras partes de la sanción que le pueda corresponder por su conducta y, además, han transcurrido seis meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin haberse celebrado la audiencia pública, término que venció sin que dicha circunstancia pueda ser atribuida al acusado o a su defensor" (fl 2 de la decisión de mayoría).

La Fiscalía ante la Corte, efectivamente, había decretado medida de aseguramiento de detención domiciliaria en resolución de enero 13 de 1994 por delito de concusión. Y sobre ella, sobre su alcance, señaló que el Dr. Manzur debía permanecer en el perímetro urbano del municipio de Lorica (su domicilio).

Pues bien, lo que sucede es que no habiendo existido privación de la libertad, sino únicamente restricción de ella, lo cual es común a todas las medidas de aseguramiento, no se vé por qué razón se otorga libertad provisional. Ella se predica de las medidas que afectan la libertad con su privación y sólo en razón de su efectividad. Y si la detención domiciliaria venía mal o erróneamente concebida desde la investigación, porque la Fiscalía tiene o tuvo otros parámetros para su entendimiento, lo que procedía era ajustarla a Derecho, conforme la ha entendido la Corte, que no otorgar una excarcelación sobre la ficción de una detención domiciliaria que no fue detención.

¿Ho es que posteriormente se podrá argumentar que para abonar la detención a la pena, en estos eventos y si hubiere lugar a imponerla, el procesado está en idéntica situación y, consecuentemente, porque no puede resultar afectado por la imprecisión y amplitud con que le impusieron la domiciliaria, se hace merecedor a que se le tenga por pena cumplida el tiempo que permaneció con libertad restringida?

Son muchas las disposiciones que en el Código de Procedimiento establecen el vínculo entre la libertad provisional y la detención, entendida esta última como privación de la libertad. Más aún, la detención domiciliaria, como forma atenuada de privación de la libertad, supone que no se tenga derecho a la libertad. Y si bien es posible que vencidos los términos para la calificación sumarial o para la celebración de audiencia, el detenido domiciliariamente obtenga derecho a ser liberado provisionalmente, ello no se concibe sino sobre la base de que haya estado privado de su libertad por haber transcurrido la domiciliaria dentro de su residencia o lugar de habitación. Si no fuera así, la ley hubiera regulado el beneficio como revocatoria de la medida de aseguramiento y se aplicaría por igual para toda restricción de la libertad, incluidas ahí la conminación, la caución y la misma prohibición de salir del país.

De paso, se genera un trato discriminatorio para unos procesados respecto de otros, según haya sido la mayor o menor amplitud de la tesis que sobre el particular haya tenido el investigador de la Fiscalía o la judicatura porque el tema no es de pacífica aceptación. Y eso contribuye, no a realizar justicia, sino a distorsionar más aún el sistema, que bastante desencajado está por razones que no son del caso comentar para los efectos de este documento.

Con todo respeto,

Carlos El Mejía Escobar, Jorge Enrique Valencia M.

SINDICADO / DEFENSOR / CASACION

El artículo 137 del Código de Procedimiento Penal establece que, para los fines de su defensa, el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación, pero que si se presentan peticiones contradictorias entre ellos, prevalecerán las del último.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 116

Proceso No. 10044

El procesado *Nelson Alexis Bautista Villamizar* desiste del recurso de casación interpuesto por su defensor contra la sentencia de 27 de julio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior de Cúcuta lo condenó a 28 meses de prisión por el delito de hurto (fls. 70 y 82).

Al ser consultado el impugnante sobre la determinación de su representado, solicitó seguir adelante con la tramitación del recurso (fl. 86).

El artículo 137 del Código de Procedimiento Penal establece que, para los fines de su defensa, el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación, pero que si se presentan peticiones contradictorias entre ellos, prevalecerán las del último.

Frente a la claridad de la norma, no le queda a la Sala camino distinto de rechazar el desistimiento expresado por el procesado, pues, en eventos como el que se analiza, es su querer que el titular de la defensa técnica, no quien ejerce la defensa material, sea quien tiene la razón.

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

RESUELVE:

Inadmitir el desistimiento del recurso de casación expresado por el procesado Nelson Alexis Bautista Villamizar.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

PENA ACCESORIA

Si bien es cierto que las penas accesorias son consustanciales a las principales, ello de por sí no autoriza al funcionario judicial para que sobrepase los máximos fijados en la ley para la duración de este tipo de sanciones (art. 44 C.P.).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 116

Proceso No. 9055

VISTOS

Surtido el trámite correspondiente, se entra a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados *Benjamín Suárez Leyton* y *Emiliano Suárez Urueña* contra la sentencia proferida el veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993) por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, mediante la cual confirmó la condena para los mencionados, a la pena principal de once (11) años de prisión para el primero como coautor de los delitos de homicidio y lesiones personales; y a diez (10) años de prisión para el segundo como coautor del delito de homicidio. Asimismo les impuso como pena accesoria la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la principal.

HECHOS

Ocurrieron en la finca Corinto de la vereda San Buenaventura del municipio de Purificación (Tol.), en horas de la mañana del 14 de octubre de 1991, cuando Gentil Urueña Godoy se dedicaba a las labores del campo con sus hijos Gentil Ricardo y Luis, cuando observó que en ese predio se encontraban Benjamín, Ramiro y Julio Suárez Leyton, quienes con Emiliano Suárez Urueña se dedicaban a la cacería y les advirtió que el propietario

del predio tenía prohibida tal actividad, razón suficiente para que reaccionaran violentamente Benjamín y Emiliano ocasionándole la muerte al campesino y heridas con machete a su hijo Gentil.

ACTUACIÓN PROCESAL

Recibida la denuncia y ratificado el informe policivo, el Juzgado 20 de Instrucción Criminal radicado en Purificación (Tolima), profirió auto de apertura de la investigación en decisión que lleva fecha del 17 de octubre de 1991.

Indagados los procesados, la situación jurídica se les resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautores del delito de homicidio.

Allegados otros testimonios y practicada la respectiva experticia médico legal al lesionado, la investigación se cerró con auto del 8 de enero de 1992.

El mérito del sumario se calificó el día 4 de febrero de 1992 con resolución de acusación contra Benjamín Suarez Leyton como autor de los delitos de homicidio agravado y lesiones personales e imputándole a Emiliano Suárez Urueña el delito de homicidio agravado a título de coautor.

Apelada que fuera la anterior decisión, el Tribunal concluyó con la confirmación parcial de la acusación al modificar "el cargo contra los imputados por el delito de Homicidio simple, sin circunstancia específica de agravación punitiva".

La etapa del juzgamiento le correspondió tramitarla al Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación, quien por auto de 14 de julio de 1992 ordenó que por secretaría se diera traslado a las partes para los fines contemplados en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Después de múltiples contingencias se celebró la diligencia de audiencia pública y al cabo de ella, se pronunció la sentencia de primera instancia con los resultados ya conocidos.

El Tribunal Superior de Ibagué al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, la confirmó parcialmente al modificar la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos, pues consideró que debía ser igual a la pena principal.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

En representación de los dos procesados, el defensor formuló un único cargo, al amparo de la causal primera, por violación indirecta de la ley

sustancial, por haberse incurrido por parte del juzgador en error en la apreciación de las pruebas.

Destaca que una vez ocurridos los hechos el procesado Suárez Leyton se presentó ante las autoridades y dio cuenta de los hechos, aceptando ser el agresor de Gentil Urueña Godoy, circunstancia que ratificó en su indagatoria, donde igualmente manifestó haber sido objeto de ataque verbal, habiéndolo agredido inicialmente a machete, pero luego al verse en peligro hizo uso de su escopeta antes que el otro utilizara la suya.

Emiliano Suárez Urueña dice haber sido un espectador de lo sucedido, habiendo increpado a Benjamín Suárez Leyton por lo que había hecho, por lo que le contestó que ya la había embarrado.

El lesionado Gentil Urueña Urueña, dice que Emiliano Suárez le pegó unos planazos por el lado del estómago y que en eso su padre había metido el brazo e inmediatamente lo había visto herido.

Afirma que de conformidad con la necropsia las heridas de machete que presentaba el cadáver no eran de naturaleza mortal.

De la relación probatoria anterior sostiene que no se le dio aplicación al artículo 299 que autoriza una rebaja de pena por confesión y que se desconoció "...prueba suficiente del proceso, de distinta índole, simplemente se desconoció, pues no se aceptó la confesión del procesado Benjamín Suárez Leyton pese a reunir los requisitos del artículo 296 del C. de P. P.".

Insiste en que se desconoció el acta de necropsia en cuanto a que el médico sostiene que las heridas por arma blanca no eran mortales.

Precisa que tampoco se aceptó el testimonio del joven Gentil Urueña Urueña, quien afirma que Benjamín Suárez Urueña había agredido a su padre pero dándole planazos.

Que tales medios probatorios indican que la muerte de Gentil Urueña Godoy fue consecuencia de la acción de Emiliano Suárez Urueña y que por parte de Benjamín Suárez Leyton actuó en situación de legítima defensa, pues dice haber disparado cuando temió que Urueña Godoy hiciera utilización de la suya.

Que por inadecuada interpretación de la confesión del procesado Benjamín Urueña Leyton, no se aceptó la causal de justificación y tampoco el estado de ira por grave e injusta provocación, de la misma manera que no se concedió la rebaja de pena por confesión.

Solicita se case la sentencia censurada y en su lugar se dicte la sentencia de sustitución.

El criterio del Procurador Tercero Delegado en lo penal

Estima el agente del Ministerio Público que la demanda debe ser desestimada porque: "No obstante que dejó así delimitadas las pruebas materia del ataque y que alguna alusión hizo a sus contenidos, la verdad es que en la demanda no se alcanza a demostrar yerro alguno en la apreciación probatoria, pues todo cuanto hace el censor para ese cometido son afirmaciones generales, algunas de las cuales no entrañan error alguno, otras que son insuficientes para acreditarlo".

Precisa en relación a la indagatoria de Benjamín Suárez Leyton en donde afirma el censor que se debió haber concedido la rebaja de pena por confesión, no entraña error de apreciación de ninguna naturaleza y que contiene más bien una alegación propia de la violación directa de la ley por falta de aplicación.

Pero más adelante y en referencia a la misma prueba que se afirma como desconocida, varía el rumbo de la censura hacia un error de hecho por falso juicio de existencia, lo que no cuenta con apoyo en el proceso porque el Tribunal aceptó la existencia del medio de convicción pero no le reconoció efectos diminuentes de la pena por mediar en su criterio el estado de flagrancia.

En referencia a no haberse aceptado el dictamen pericial, olvida el casacionista que la prueba fue reconocida en su materialidad y por tanto no hay lugar a la afirmación de la censura de no haber sido aceptada.

Destaca similares fallas en la crítica al testimonio del joven Gentil Urueña Urueña, pues el censor no demostró la existencia de un yerro trascendente y que si bien alega infracción al principio de causalidad no se ocupa de su demostración, porque en la providencia del Tribunal se acepta que si bien las heridas de machete no tuvieron características mortales, el autor de las mismas quiso el resultado, para lo cual contribuyó el otro procesado, quedando los dos como autores del mismo hecho.

Considera que era imperioso que el casacionista se adentrara en el análisis del principio de causalidad, para destruir la concepción del juzgador respecto de la relación existente entre la conducta del procesado y el resultado jurídicamente relevante, pero una afirmación tan general impide a la Corte ocuparse del tema.

En referencia a la indagatoria de Benjamín Urueña Leyton se incurre por parte del censor en similares deficiencias, pues luego de alegar en pro

del reconocimiento de un estado de ira, formula la existencia de una absolución por haber actuado en legítima defensa.

Que en tales circunstancias la demanda se convierte en meros enunciados, pues ni siquiera ataca las consideraciones de la sentencia impugnada y si hubiera considerado las condiciones del juzgamiento habría constatado que se desechó la reacción iracunda, de la misma manera que el haber actuado en situación de defensa justa y la diminuente por confesión; igualmente, se rechazó porque se estimó que había una situación de flagrancia.

Termina solicitando que se rechace el cargo formulado, pero al mismo tiempo solicita la casación oficiosa, puesto que Suárez Leyton fue condenado a once años de privación de los derechos y funciones pública y habiéndose sobrepasado el límite de esa pena cuyo máximo son diez años, la misma debe ser reducida a esa cifra.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Acierta el Procurador Tercero Delegado en lo penal cuando destaca las evidentes falencias técnicas que sobresalen en el libelo demandatorio, porque en realidad el censor se limita a enunciar la existencia de un error de apreciación probatoria por parte del juzgador de segunda instancia, para a renglón seguido hacer una síntesis o referencia a diversos medios de prueba para denunciar que fueron desconocidos y en relación con otros que no fueron aceptados.

Es así que en referencia a la confesión de Benjamín Urueña Leyton censura "Por inadecuada interpretación ...no se aceptó la legítima defensa...".

En la parte final de su escrito hace las peticiones "conforme a las pruebas aportadas al proceso y que no fueron tenidas en cuenta...".

En tales afirmaciones radica todo el esfuerzo que hace el censor para demostrar el yerro de apreciación, sin que se observe en su argumentación la precisión de determinar si se trata de una violación directa o indirecta (por las pocas manifestaciones se infiere que se trata de esta modalidad), pero ya ubicada en ella, no argumenta para precisar que se trata de un error de hecho o de derecho (se deduce que es de los primeros), pero en este sentido, no indica si la falencia que pregona es por haber ignorado o desconocido la prueba que existía en el proceso, o lo fue por tergiversación de su expresión fáctica o por suposición de una inexistente (por inferencia se piensa en la posibilidad que se trate de un error por desconocimiento de medios de convicción que existen legalmente en el proceso), pero aun

ubicados en este sitio, surgen dudas porque es evidente que cuando pregona que las probanzas fueron desconocidas, o no fueron tenidas en cuenta, pasa luego a censurar la falta de estimación de ellas que estaban legalmente allegadas al proceso.

Sin embargo, la situación se vuelve vaga y confusa, cuando habla de que las mismas pruebas no fueron aceptadas, porque en principio podría pensarse que está refiriéndose al error por omisión en la consideración de los medios de convicción, pero la expresión gramatical puede ser entendida en el sentido de que fueron consideradas y rechazadas por el sentenciador.

Si se mira el significado lingüístico del verbo aceptar vemos que entre las varias acepciones se encuentran las siguientes: a) Recibir uno voluntariamente lo que se le da, ofrece o encarga; b) Aprobar, dar por bueno; c) Tratándose de un desafío, admitir sus condiciones y comprometerse a cumplirlas; d) Tratándose de letras o libranzas, obligarse por escrito en ellas mismas a su pago; e) Recibir un sistema físico o biológico elementos nuevos sin hacerse inestable.

Si se parte, entonces, de lo que el Diccionario de la Lengua indica, que cuando se utiliza cualquier inflexión verbal de aceptar, ello está indicando conocimiento y en tratándose de la labor decisoria del juez con relación al acervo probatorio, indica que fueron conocidas por el juez, pero por alguna circunstancia particular son rechazadas o como lo dice el recurrente "no fueron aceptadas".

La afirmación anterior surge incontrovertible en todas y cada una de las acepciones que del verbo nos da el Diccionario de la Lengua y basta analizarlas en su real significado para llegar a la conclusión que todas ellas requieren un previo conocimiento para la correspondiente aceptación; porque es imposible dentro de ese natural significado que se pueda aceptar lo que no se conoce, lo que nos lleva a concluir es que cuando un juez acepta una prueba, es porque la conoció, la analizó desde el punto jurídico de su validez, o desde su significación fáctica y la valoró aceptándola para tenerla como demostración de un determinado hecho o circunstancia y no la acepta, cuando habiéndola conocido, la rechaza por vicios en su ritualidad o porque su contenido no tiene la capacidad para demostrar un determinado hecho o circunstancia.

Siguiendo el Diccionario se acepta algo cuando lo recibimos, lo hacemos nuestro como dueños, poseedores o simples tenedores, recibimos lo que se nos da, ofrece o encarga, pero lo recibimos precisamente porque lo conocemos y nos agrada o gusta y porque sabemos que el recibirlo no nos ocasiona perjuicio; y con la segunda acepción, se aprueba o da por bueno

lo que previamente hemos conocido y como llena nuestras exigencias o expectativa lo aprobamos y aceptamos; y en tratándose de letras, libranzas u obligaciones escritas de cualquier naturaleza es obvio que sólo serán aceptadas una vez hayamos conocido sus condiciones, y las mismas están de conformidad con lo discutido y acordado.

Y así podríamos seguir en el análisis de las otras acepciones para llegar a idéntica conclusión.

En la situación anterior es evidente que el lenguaje, y el natural significado de las palabras, terminan traicionando la censura, porque finalmente el libelo encierra una abierta contradicción lógica, que es desde todo punto de vista inconciliable, porque de un lado afirma que fueron desconocidas, no fueron tenidas en cuenta, es decir, fueron omitidas en su análisis, plantea un error de hecho por un falso juicio de existencia, y de otro acepta que sí fueron consideradas, pero no fueron aceptadas, fueron rechazadas o se les dio una valoración diversa a las pretensiones de la defensa.

En las circunstancias precedentes es imposible vislumbrar cual es el camino escogido por el censor, y menos cuales los objetivos de la demanda, y con base en el principio de limitación que rige el recurso extraordinario de casación es imposible que la Corte se refiera a causales no formuladas en la censura, excepto las nulidades cuando ellas son evidentes, no se pueden corregir los errores del libelo, no es posible adicionar la demanda, no le está permitido a la Sala tratar de aclarar lo que es confuso o dudoso, y en tan precarias condiciones es necesario concluir que de conformidad con los planteamientos de la Procuraduría Tercera Delegado en lo Penal es necesario rechazar el cargo formulado.

Sin embargo, el fallo habrá de casarse parcialmente por cuanto el Tribunal Superior de Ibagué al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, vulneró el principio de legalidad de las penas al incrementar la duración de la sanción accesoria de interdicción, derechos y funciones públicas por encima del límite fijado por la ley, con desconocimiento, además, del principio constitucional de la reformatio *in pejus* (art. 31), al haberse agravado la situación del apelante único.

Sobre este tópico la Corte ha dicho:

"El señalamiento de las sanciones accesorias independientemente de la naturaleza y específicamente de las de interdicción de los derechos y de las funciones públicas, para los que no media excusa omisiva por razón de que son inherentes a las de prisión, exige de juez el mismo cuidado que le

impone la tasación de las penas principales, y rebasado que sea por el funcionario, sobrepasa el derecho de punir del Estado y genera la obligación de volverlo a su límite no sólo para el demandante sino para todos los procesados (art. 243-C.P.P.).

"...

"Pues bien: la pena de prisión acarrea, sin excepción, la interdicción de derechos y funciones públicas para la persona que se hace acreedora a ella, y aunque de hecho se aplica mientras dura la primera porque el afectado pierde en ese período la posibilidad de elegir y ser elegido y de ocupar cargos al servicio del Estado, su efectiva acción comienza a partir del cumplimiento de la de prisión según lo prescribe el artículo 55 del C.P., prolongando de esta manera el estado de aflicción consecuente al delito por un término máximo de diez (10 años, no ajeno en su definición a los criterios generales de fijación de la pena principal, porque el artículo 52 C.P., al indicar la dosificación de las penas accesorias dispone que la de interdicción de derechos y funciones públicas debe serlo por "un período igual al de la principal". Las demás penas accesorias son de dosificación discresional.

"Significa lo anterior que cuando la pena de prisión impuesta sea superior a diez años, se fijará la accesoria de interdicción siempre en este *quantum*, pues es lo máximo permitido en el artículo 44 del C.P. No hay, entonces, discresionalidad para tasar la pena de interdicción de derechos y funciones públicas como sí la tiene el juez respecto de las demás accesorias. La dosificación de la pena accesoria de interdicción es uno de los pocos casos en donde no hay libre arbitrio del juez, sino completa sumisión a la ley, así resulte en ocasiones drástica la sanción". (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación No. 6747, diciembre 14 de 1992).

Se debe recordar al Tribunal que si bien es cierto que las penas accesorias son consustanciales a las principales, ello de por sí no autoriza al funcionario judicial para que sobrepase los máximos fijados en la ley para la duración de este tipo de sanciones (art. 44 C.P.) como parece entenderlo erradamente el fallador de segunda instancia, al incrementar con amparo del artículo 52 del Código Penal la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, impuesta al procesado Benjamín Suárez Leyton, por período igual al de la principal, la cual fue tasada en once (11) años de prisión por el sentenciador de primera instancia.

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

RESUELVE:

Desestimar la demanda contra el fallo impugnado.

Casar parcialmente el fallo impugnado para reducir a 10 años el tiempo de condena de interdicción de derechos y funciones públicas impuesto al procesado Benjamín Suárez Leyton, tal como fue fijada por el juzgador de primera instancia.

Cópiese notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

IRREGULARIDAD / NULIDAD

No toda irregularidad que se produzca dentro del trámite procesal implica o redunda en nulidad de la actuación, pues es de su esencia tanto la sustancialidad del acto viciado como su capacidad para afectar las garantías de los sujetos procesales o implicar un desconocimiento de las bases fundamentales que estructura el debido proceso.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 116

Proceso No. 8938

VISTOS

Mediante providencia de mayo 6 de 1993 emanada del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pasto se condenó al acusado *Segundo Jaime Ruales Yela* como autor del delito de homicidio cometido en la persona de William Mora, imponiéndole como pena principal la de 10 años de prisión que luego le redujo a cien meses al concederle la rebaja prevista en la Ley 48 de 1987, adicionando la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal, y la obligación de resarcir perjuicios en suma equivalente a 50 y 100 gramos oro por concepto de daños materiales y morales, respectivamente.

Inconforme con esa decisión el defensor del procesado la recurrió en alzada, pero como el Tribunal Superior del Distrito confirmara el fallo íntegramente mediante el suyo de julio 14 de ese mismo año, de esta última decisión se recurre ahora interponiendo el recurso extraordinario de casación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Siendo aproximadamente las nueve de la noche del 23 de febrero de 1984, dentro de la cantina de propiedad de Gilberto Almeida localizada

en la vereda de El Hatillo del municipio de Consacá, varios contertulios se dedicaban al consumo de bebidas embriagantes.

De un momento a otro, los hermanos *Jaime* y *Roberto Ruales Yela* comenzaron a hacer gala de su espíritu belicoso, desafiando a los demás presentes para que se pelearan a cuchillo, entre ellos a Hebert Zambrano y Carlos Aux.

Como el individuo William Mora se solidarizara con los dos últimos nombrados aceptando el reto, al hacer el ademán de abandonar el establecimiento para enfrentarse con Roberto Ruales resultó atacado por *Jaime Ruales* que al fallar un primer golpe a la espalda de la víctima, le asestó con el segundo una cuchillada en el tórax que le ocasionó la muerte de manera inmediata. Consumado el ataque, los *Ruales* emprendieron la huida.

2. La diligencia de levantamiento del cadáver y la apertura de la investigación corrieron a cargo del Juzgado Promiscuo Municipal de Consacá, y luego de vincular a los imputados al proceso se resolvió su situación provisional decretando la detención preventiva de *Segundo Jaime* y la libertad para su hermano Roberto frente al cargo de homicidio.

Tras un primer sobreseimiento temporal, la calificación definitiva del sumario la verificó el para ese entonces competente Juzgado Segundo Superior de Pasto el 27 de marzo de 1989 con resolución de acusación para *Segundo Ruales* y sobreseimiento definitivo para su consanguíneo, y concluida la etapa de juzgamiento se emitió el fallo de resultados conocidos, confirmado por el Tribunal Superior de Pasto por vía de alzada.

LA DEMANDA

Invoca el recurrente el artículo 220 numeral 3o. del Código de Procedimiento Penal, y bajo único cargo acusa la sentencia de segunda instancia de haber sido proferida dentro de un proceso viciado de nulidad.

El defecto alegado se hace consistir en que a la práctica de la inspección judicial con reconstrucción de los hechos cumplida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Consacá como comisionado el 17 de mayo de 1986 (folio 128), se hizo comparecer al implicado pero sin la presencia de su defensor de confianza, ni uno de oficio en su reemplazo.

Para mayor descompensación de garantías, la intervención del representante de la parte civil en ese acto procuró por todos los medios conseguir la ofuscación del testigo de excepción José Marco Tulio García que presentara la defensa, logrando a tal punto confundirlo que su dicho no fue tenido en cuenta al momento de proferirse la sentencia de segundo grado.

Con este proceder fueron conculcados al procesado su derecho de defensa y a un debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, por lo que habrá de decretarse la nulidad y reponerse lo actuado a partir de la criticada prueba.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

A juicio del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal la demanda no acierta al invocar como nulidades jurisprudenciales vicios que ya de tiempo atrás incorporó el legislador como sucede en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, siendo otros los motivos que bajo su criterio determinan el fracaso de la alegación, a ellos se refiere de la siguiente forma:

1. Es cierto como lo aduce el demandante que en la diligencia de reconstrucción el procesado no fue asistido por su defensor de confianza, ni en su defecto llegó a designársele uno de oficio.

No obstante, de esa irregularidad cuanto se desprende a voces del artículo 161 del Código de Procedimiento Penal es la inexistencia del acto irregular y no su nulidad, siendo notorias las diferencias existentes entre uno y otro de estos dos fenómenos, y descollante que en la inexistencia el acto se tendrá como si nunca se hubiese producido, mientras que ante una nulidad la actuación cobra consecuencias hasta tanto la invalidez no se decrete expresamente, extendiéndose el vicio hacia todos los actos que deriven o dependan del anulado.

En el presente asunto la ausencia de la reconstrucción no vicia la estructura general del proceso, y la informalidad se purga al haber dejado de apreciar la respectiva prueba por inexistente, así que la estructura del proceso no sufre de quebranto, ni, por lo mismo, se afecta la actuación subsiguiente.

2. Tampoco puede admitirse que toda irregularidad o vicio de procedimiento implique nulidad que afecte el debido proceso o el derecho de defensa, pues su existencia depende de la demostración de que ese vicio sea sustancial, o que de tal grado repercuta sobre las bases del juzgamiento o llegue a quebrantar los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen.

La diligencia criticada, de ninguna manera constituyó la base o fundamento de la sentencia, pues con o sin ella el juzgador habría arribado a idéntica decisión. Por eso el Tribunal de Pasto desechó la manifestación del testigo José Marco Tulio García al confrontarla con los restantes testimonios, sin tener que recurrir para ello a la diligencia de reconstrucción.

Así las cosas, estima que el cargo no debe ser aceptado, solicitando a la Corte no casar la sentencia impugnada por el defensor del procesado *Segundo Jaime Ruales.*

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Es reiterada la doctrina de la Corte al sostener que no toda irregularidad que se produzca dentro del trámite procesal implica o redunda en nulidad de la actuación, pues es de su esencia tanto la sustancialidad del acto viciado como su capacidad para afectar las garantías de los sujetos procesales o implicar un desconocimiento de las bases fundamentales que estructuran el debido proceso.

Consecuente con estas exigencias, el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal exige que quien las alegue entre a demostrar esos requisitos, obligación que lejos de desvanecerse se hace todavía más relevante cuando dentro del recurso extraordinario de casación se invoca, pues para su proposición precisa el normador unos requisitos de forma más precisos y concretos, que de ningún modo se suplen con la sola enunciación o proposición de cualquier falla de actuación, ni mucho menos habilitan para que la Corte, supeditada como se halla en esta sede por el principio de limitación, proceda a complementar o corregir un cargo de esta índole.

Sin embargo y para disipar la posibilidad de que en efecto se hubiese presentado un vicio de trascendencia invalidatoria, tal como lo indica la Procuraduría Delegada, sin ignorar que los defectos acusados sí se dieron en la práctica de la diligencia de inspección por parte del comisionado Juez Promiscuo Municipal de La Cumbre que inadvirtió el deber de asistir al procesado con su defensor de confianza o en su defecto uno de oficio, bien se ve que la consecuencia de ese yerro agotó sus fallas al interior de esa probanza, sin afectar otra serie de actos preclusivos ni mortificar el derecho de los intervinientes procesales a contradecir la prueba, pues bien pudieron ejercerlo insistiendo en la correcta verificación de aquella irregular que se critica, bien mediante la práctica de nuevos interrogatorios sobre los testigos de cargo, ora con la presentación de pruebas de descargo.

Siendo lo anterior así, aquella criticable e insuperable informalidad agotaba hacia el interior de la diligencia viciada todas sus consecuencias como se desprende del artículo 393 del C. de P.P. entonces vigente, en concordancia con el 214 *ibidem*, según el cual "se considerará sin necesidad de resolución especial que tal acto no se ha verificado". Por consiguiente, ninguna pretensión encaminada a la repercusión de ese vicio sobre actuaciones procesales paralelas o subsiguientes podría como a cambio se pretende, llegar a prosperar.

2. Pero además de su informal proposición, se hace notoria la confusión en que el censor incurre en el desarrollo que a continuación pretende darle a la censura, porque distante de relacionar la falla de procedimiento con las actuaciones subsiguientes o el perjuicio que a los intereses del procesado hubiese generado el defecto que se anota, lo que en verdad intenta demostrar es la inidoneidad de una prueba recaudada sin el cumplimiento de las exigencias sustanciales para su validez, falla que apuntaría a la proposición de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley surgida de un error de derecho.

Ocurre, sin embargo, que en tal caso aún le era exigible al demandante con miras a desquiciar el fallo que entrara a acreditar cómo la prueba enervada constituía el fundamento basilar de la sentencia, al punto que de su remoción variara el sentido de la misma.

En ese aspecto vuelve, sin embargo, a decaer el cargo en cuanto del acopio probatorio debidamente analizado por los juzgadores se desprende que fueron varios los testigos presenciales de la acción homicida realizada por el acusado, y que el propuesto testigo de descargo no ameritaba credibilidad alguna para variar las conclusiones a las que llevaba la prueba de incriminación.

Así se observa que en la sentencia acusada cobró la relevancia que le correspondía el dicho del tendero Gilberto Almeida al informar sobre la secuencia de los hechos y el protagonismo en ellos por parte del acusado; también la relación que en igual sentido reportó José Dolores Almeida, veedor del instante en que se ejecutara la mortal herida, y con él los dichos formales de Jesús Omar Gómez, Carlos Aux Cerón y Porfirio López Mora.

Enfrentado a estos declarantes que habían percibido la agresión a muy escasa distancia de su ocurrencia, José Marco Tulio García se ubicó durante esa pendencia a unos 150 metros del sitio de su desarrollo, y ubicando al occiso en unas condiciones que nadie más afirma, sugirió que había sido suya la iniciativa para agredir a los hermanos Ruales. Por ello y al referirse el *a quo* a sus informes lo criticó de imaginativo, pues "sus aseveraciones son contrarias a la objetividad de lo acontecido", comenzando por su afirmación de ver muy a pesar de las adversas circunstancias de distancia y de oscuridad, siguiendo por el mentís que le hizo Juan García cuando rechazó haber estado acompañándole y rematando por la descalificación que este último declarante le hace describiéndolo como persona tonta que ya desde el mismo día de los hechos estaba ofreciendo disímiles versiones sobre lo sucedido.

Súmase, pues, a la deficiente y contradictoria presentación del cargo invocado, la fortaleza de las pruebas y la solidez de la sentencia impugnada, para impedir que la censura formulada pueda prosperar.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada de fecha, origen y contenido referidos en ésta providencia.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

EXTRADICION

No le corresponde a la Corte entrar a establecer si en Colombia se adelantan otros procesos adversos al solicitado, ni, por lo mismo, establecer si entre ellos y el proceso por el cual es requerido en extradición se dan motivos de conexidad.

De ninguna manera podría la Corte calificar el acierto o validez del procedimiento cumplido por el Estado requirente, ante el cual tiene el implicado la posibilidad de defenderse, ni entrar a interferir en los procesos que las autoridades nacionales tuvieran bajo su competencia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal-. Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta N° 117

Proceso No. 10624

VISTOS

Decide la Corte sobre las pruebas que dentro del trámite de extradición del ciudadano cubano naturalizado en los Estados Unidos de América señor *Julio Cipriano Jo Nazco* solicita su defensor.

ANTECEDENTES

1. El Ministerio de Justicia y del Derecho remitió a esta Colegiatura la solicitud de extradición del ciudadano cubano naturalizado en los Estados Unidos de América señor *Julio Cipriano Jo*, formalizada mediante Nota Verbal No. 339 de mayo 9 del corriente año procedente de la Embajada de los Estados Unidos de América en nuestro país, para que en la Corporación se emita el concepto indicado en el artículo 555 del Código de Procedimiento Penal.

2. Consta en el oficio remisorio que la Fiscalía General de la Nación ordenó la captura preventiva con fines de extradición del mencionado *Jo*

Nazco, según Resolución de marzo 1° del año en curso que hizo efectiva el día 15 siguiente con intervención del DAS, procediendo a recluir al requerido en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota".

3. Dispuesto el trámite pertinente por parte de la Sala, en tiempo compareció el señor defensor del requerido impetrando el decreto y práctica de las siguientes pruebas:

a. Inspección sobre el proceso 25.507 de la Dirección Regional Local contra *Julio Cipriano Jo* y otros, por enriquecimiento ilícito;

b. Inspección al Sumario 8.000 o aquel que curse contra *Julián Murcillo Posada* por infracción a la Ley 30 de 1986 ante la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá, y

c. Oficiar "a las autoridades cubanas" para que certifiquen sobre el lugar, la fecha de nacimiento "y otros datos de ley", respecto del señor *Jo Nazco*.

Intenta la defensa la justificación de estos aportes al afirmar que el delito de " enriquecimiento ilícito, guarda íntima relación con los hechos en virtud de los cuales el gobierno de los Estados Unidos ha solicitado la Extradición ... por cuanto el incremento patrimonial injustificado al parecer proviene de las actividades presuntamente punibles que adelanta la Justicia Norteamericana".

Y agrega: "Respecto de la segunda prueba se destaca que los diarios capitalinos *El Tiempo* y *El Espectador*, han venido dando cuenta de la existencia de cargos en la jurisdicción de Orden Público Local, en contra de *Julián Murcillo Lozada*, citándose como uno de los copartícipes a mi defendido *Julio Cipriano Jo*, a quien se le atribuyen hechos punibles relacionados con Narcotráfico. En consecuencia, resulta imperioso determinar; la clase de incriminación, estado de la investigación y situación ".

De la última prueba apenas se aduce que en la solicitud de extradición "se indica un sitio de nacimiento que no corresponde".

Consideraciones de la Corte

Los motivos que remiten el conocimiento del presente asunto a esta Sala de la Corte se concretan por el artículo 555 del Código de Procedimiento Penal a la emisión de un concepto sobre la viabilidad jurídica de la entrega del requerido al gobierno que lo solicita, cotejando que en el caso bajo examen se reúnan en su integridad los requisitos de validez formal de la documentación recibida, del principio de la doble

incriminación (relacionados con la tipicidad, naturaleza no política de la infracción, pena y perseguibilidad de la conducta que se le imputa en el Estado extranjero frente a la legislación penal colombiana), a la identificación plena del capturado como la persona sobre la cual recae la solicitud y las demás exigencias previstas en los tratados aplicables o en su defecto por el Código de Procedimiento Penal, que en este caso demanda una decisión equivalente a la resolución de acusación (artículo 558 del Código de Procedimiento Penal).

Dentro de esa perspectiva, ninguna conducencia ofrecen las pruebas primera y segunda que solicita en este caso la defensa, pues no le corresponde a la Corte entrar a establecer si en Colombia se adelantan otros procesos adversos al solicitado, ni, por lo mismo, establecer si entre ellos y el proceso por el cual es requerido en extradición se dan motivos de conexidad.

Si de alguna manera la solicitud pretende acreditar que las autoridades nacionales siguen algún proceso penal en contra del señor *Julio Cipriano Jo*, es evidente que esa aspiración desborda los fines del trámite que ante la Corte se impulsa, pues si alguna consecuencia puede derivar de esa información la competencia y oportunidad de valorarla conciernen al Ministerio de Justicia en los supuestos que indica el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, lo que devela la improcedencia de su pedimento en esta sede.

Y si lo que se busca es controvertir la eventualidad de que por unos mismos hechos tanto en Colombia como en el exterior se adelanten dos procesos, tampoco ese hecho es tema del trámite de extradición, pues de ninguna manera podría la Corte calificar el acierto o validez del procedimiento cumplido por el Estado requirente, ante el cual tiene el implicado la posibilidad de defenderse, ni, como queda dicho, entrar a interferir en los procesos que las autoridades nacionales tuvieran bajo su competencia.

No se acredita de qué manera las inspecciones podrían afectar uno siquiera de los aspectos que le compete a la Sala revisar para la expedición de su concepto, y ello sólo basta para la desestimación de lo pedido.

En cuanto toca con la tercera prueba demandada, es de observar que la defensa no controvierte abiertamente ni la identidad del aprehendido, ni que sea éste la persona solicitada, por lo que la sola determinación de su lugar de nacimiento resulta razón insuficiente para el decreto de la prueba que se invoca, con mayor razón si pese a decirse que se trata de un cubano de nacimiento, sin contradicción se agrega que se trata de un ciudadano

naturalizado en los Estados Unidos y titular del Pasaporte norteamericano No. 041156888.

En consecuencia, ninguna pertinencia ofrece la solicitud encaminada a que las autoridades de Cuba certifiquen "el lugar, fecha de nacimiento y otros datos de ley" del aprehendido, motivo por el cual se ha de denegar también la prueba indicada.

En su lugar y para despejar cualquier dubitación relacionada con la identidad del requerido, oficiosamente y con mediación del Ministerio de Relaciones Exteriores se solicitará la remisión en copia del pasaporte No. 041156888 expedido por los Estados Unidos a nombre de *Julio Cipriano Jo*, y a la Fiscalía General de la Nación y a la Penitenciaría La Picota, la información pertinente sobre identificación del retenido e interno bajo ese nombre, y copia del pasaporte o documentos que hubiere utilizado para su identificación.

También y de manera oficiosa se dispone que por personal experto del Ministerio de Relaciones exteriores se verifique la traducción al castellano de los documentos que integran los folios 68, 69 y 70 de la carpeta que contiene el requerimiento (certificación, forma del Departamento de Justicia y documento 9509351-1 del Departamento de Estado, respectivamente), para facilitarles el uso procesal que corresponda, aportaciones todas a obtener dentro del término de diez (10) días más distancias.

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

RESUELVE:

Primero. *Denegar* en su integridad las pruebas solicitadas por el señor defensor del requerido *Julio Cipriano Jo Nazco*, y

Segundo. *Decretar* la práctica oficiosa de las siguientes pruebas a practicar dentro del término legal de diez (10) días más distancias:

1. Solicítese por la vía diplomática a la Embajada de los Estados Unidos se sirva adjuntar copia del pasaporte No. 041156888 expedido por las autoridades de ese país a nombre de *Julio Cipriano Jo.*

2. Solicítese a la Fiscalía General de la Nación el envío de los datos que permitieron la identificación y captura del ciudadano *Julio Cipriano Jo*, y en el mismo sentido ofíciese a la Penitenciaria Central de La Picota, enterando a una y otra entidad que debe remitirse copia de los documentos de identidad del interno que allí consten, y

3. Solicítese al Ministerio de Relaciones Exteriores se sirva designar un experto traductor con el fín de que vierta al castellano los documentos obrantes en los folios 68, 69 y 70 de la carpeta de requerimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DELITOS CONEXOS / DEMANDA DE CASACION

En manera alguna el inciso segundo del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal consagra una forma autónoma de impugnación extraordinaria, al lado de la directa y de la excepcional. Lo que el precepto consiente, es la posibilidad de que el procesado juzgado por varios delitos conexos pueda atacar la sentencia no solamente por los que cumplen las condiciones para la procedencia de la impugnación, sino también por los que no las reúnen, pero no más.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, a diferencia de los anteriores, enumera expresamente los casos de conexidad, y que dentro de las distintas hipótesis que trae no se cuenta la de varios delitos cometidos por personas distintas, que es la situación que se presenta en los llamados delitos recíprocos y también en el encubrimiento de cara al delito encubierto (art. 87 ibidem).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 117

Proceso No. 10365

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de reposición propuesto por el defensor del procesado *Francisco Ferney Tapasco González* contra el auto de 31 de mayo del presente año, por medio del cual se declaró improcedente el extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia que lo condenó por el delito de encubrimiento por favorecimiento.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

Dos razones tuvo en cuenta la Sala para declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Tapasco González: Que el delito de encubrimiento por favorecimiento, por el cual fue condenado su defendido, no cumple el requisito de punibilidad requerido

para la viabilidad del recurso; y, que el de homicidio, que sí lo satisface, no lo habilita para impugnar el fallo por no haberle sido imputado.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Teniendo por fundamento que el delito de homicidio atribuido a Héctor Fabio Rosero Bermúdez y el de encubrimiento por favorecimiento imputado a su defendido, son conexos, el recurrente sostiene que la Sala "aplicó una interpretación totalmente restrictiva" del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, puesto que esta norma, al disponer que el recurso se extiende a los delitos conexos que no cumplen el requisito de punibilidad, no condiciona su procedencia al hecho de haber sido el recurrente juzgado por los que sí lo reúnen. Lo único que se exige, en su opinión, es que los punibles sean conexos y hayan sido investigados y fallados en el mismo proceso.

Subsidiariamente solicita "se dé trámite al recurso de hecho, compulsando fotocopia de la providencia atacada" (fls. 14 y ss. cuaderno Corte).

SE CONSIDERA

Inaceptable resulta ser la tesis del defensor en cuanto postula que por la sola circunstancia de haberse investigado y juzgado en un mismo proceso delitos conexos, de los cuales uno, al menos, acepta el recurso de casación en condiciones normales, todos los procesados quedan habilitados para intentar la impugnación extraordinaria, hayan sido o no juzgados por este ilícito.

Cierto es que el inciso 2º del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el art. 35 de la Ley 81 de 1993, al señalar que el recurso de casación se extiende a los delitos conexos, no hace ningún tipo de condicionamientos, pero es que, por razones de simple técnica legislativa, no puede esperarse que el legislador incluya especificaciones innecesarias, *verbi gratia* relacionar como no comprendidas por la norma situaciones que de suyo se entienden excluidas.

En el presente caso el defensor aspira, contra toda lógica, que la Sala acepte el recurso de casación por el delito de encubrimiento, sin reparar que el ilícito que directamente lo admite, que es el homicidio, no le fue imputado a su defendido, ni podía serlo por tratarse del delito encubierto.

El criterio de la Corte, ya expresado en oportunidades anteriores, es que el procesado que no ha sido juzgado por el delito que cumple las condiciones para la procedencia del recurso, no puede hacer extensiva a

su favor la impugnación extraordinaria alegando que otros encausados sí lo fueron, entre otras por las siguientes dos razones:

a) Porque "en materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado", y

b) Porque de no ser así, se estaría permitiendo que un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación impugne a nombre del coprocesado por el delito cuya pena sí la admite, o viceversa, con claro desbordamiento del propio interés para recurrir. (Auto de 10 de marzo de 1994, Mag. Pte. doctor Dídimo Páez Velandia).

Pero es que, además, en manera alguna el inciso segundo del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal consagra una forma autónoma de impugnación extraordinaria, al lado de la directa y de la excepcional. Lo que el precepto consiente, es la posibilidad de que el procesado juzgado por varios delitos conexos pueda atacar la sentencia no solamente por los que cumplen las condiciones para la procedencia de la impugnación, sino también por los que nó las reúnen, pero no más.

Dígase, por último, que el nuevo Código de Procedimiento Penal, a diferencia de los anteriores, enumera expresamente los casos de conexidad, y que dentro de las distintas hipótesis que trae no se cuenta la de varios delitos cometidos por personas distintas, que es la situación que se presenta en los llamados delitos recíprocos y también en el encubrimiento de cara al delito encubierto (art. 87 *ibidem*).

Respecto de la interposición subsidiaria del recurso de hecho, es claro que, deviene improcedente, pues si lo que se busca a través de esta forma de impugnación es que la Sala examine la procedencia del recurso de casación (art. 68.3 C. de P. P.), ya esa revisión se ha cumplido.

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

RESUELVE:

1. *No reponer* la providencia impugnada.

2. *Abstenerse* de tramitar el recurso de hecho subsidiariamente interpuesto por el defensor del procesado.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

SENTENCIA

La aplicación del artículo 211 del rito procedimental penal tiene operancia en cuanto exista "error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutiva".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- *Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).*

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 117

Proceso No. 8821

VISTOS

Conoce la Corte de la solicitud formulada por el defensor del procesado *Luis Manuel Arrieta Ramos,* orientada a que por vía de aclaración o adición del fallo de casación se ordene al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería "... que antes de dictar la sentencia el Tribunal verifique si los cassettes en donde se encuentra la intervención de los defensores aún pueden prestar el servicio para que se les fue asignado".

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún, se siguió causa penal en contra de *Luis Manuel Arrieta Ramos* por el delito de homicidio en Olibardo Mercado, según hechos sucedidos el 21 de noviembre de 1991 en el corregimiento "El Guaimarito" de esa comprensión municipal.

2. La sentencia de primer grado proferida el 12 de febrero de 1993 absolvió al procesado "por falta de comprobación del cuerpo del delito", pero recurrida en apelación por la parte civil resultó revocada por el Tribunal Superior de Montería que en su lugar emitió fallo condenatorio, para imponer al acusado la pena de prisión de diez años, la accesoría de interdicción de derechos y funciones públicas y el pago de los perjuicios los ocasionados con la infracción.

3. Este fallo fue recurrido en casación por el defensor del acusado y la Corte decidió mediante pronunciamiento de seis de julio anterior, infirmando el fallo condenatorio "en el sentido de decretar su nulidad, para que regresando el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, se entre a hacer el pronunciamiento que en segunda instancia corresponda, con acato a las consideraciones contenidas en la presente decisión".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Propone el señor defensor de *Luis Manuel Arrieta* que dentro de la facultad concedida por el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, entre la Sala a ordenar al Tribunal que antes de emitir su fallo verifique si las cintas magnetofónicas que contienen las intervenciones de los sujetos procesales en la audiencia pública, aún pueden prestar "el servicio para que se les fue asignado (transcripción textual)", pues intuye que por el transcurso del tiempo "... no pueda ser ya percibida" y ello significaría "una falta de garantía fundamental de la defensa del procesado". Argumenta además que no hay constancia "de que se diga que esa transcripción que se hizo en cassettes fue comprobada en su efectividad y en consecuencia si ello es así, no se podría dictar sentencia... (redacción textual)".

Para la Corte, sin embargo, la pretensión del defensor no resulta procedente, pues la aplicación del artículo 211 del rito procedimental penal tiene operancia en cuanto exista "error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutiva", hipótesis que no se dan en el caso examinado.

Si bien el planteamiento del solicitante parece encaminado a la última hipótesis, de ninguna manera señala en qué consiste la "omisión sustancial" que amerita excepcionar el principio de la "irreformabilidad de la sentencia", pues propone simplemente, que la Corte instruya al Tribunal acerca de cómo debe proceder en el supuesto que plantea, si es que las cintas magnetofónicas no tienen la claridad que sería deseable.

Es de observar que la nulidad decretada en esta sede tuvo precisamente fundamento en el inexplicable silencio del Tribunal sobre los planteamientos defensivos expuestos en la audiencia y recogidos en grabación autorizada "... especialmente los del vocero procurando desvirtuar con base en la versión suministrada en ese acto por los testigos Víctor Acosta Hoyos y Teófilo Alberto Peñate Alvarez, la supuesta provocación del acusado mientras le apuntaba su revólver a la víctima", y los de la defensa, y para ello se ordenó al Tribunal repusiera la actuación

invalidada con sujeción a las indicaciones consignadas, valga decir que para ajustar su actuación a los parámetros legales, "lo cual podrá implicar -también se dijo-, sólo de hallarlo estrictamente justificado y necesario, *en cuanto nadie discute la autenticidad de las cintas* allegadas, la transcripción de los cassettes contentivos del debate oral (se resalta)".

Con lo anteriior y sin ninguna duda se indicaba la necesidad de consultar y responder a las alegaciones hechas en la vista pública, lo que a las claras implica que si en trámite de reposición de la actuación el Tribunal encuentra que el fatalismo del defensor sucede y que el contenido de las cintas no arroja claridad respecto del debate, sería su deber el de aplicar los correctivos pertinentes, sin que para ello sea necesario que la Corte pormenorice instrucciones sobre hipótesis meramente especulativas cual es la que propone la defensa.

Así pues, siendo de toda claridad lo decidido, no es del caso acceder a la aclaración ni adición que pide la defensa.

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

RESUELVE:

DENEGAR la aclaración que solicita el defensor del procesado Luis Manuel Arrieta Ramos en relación con la sentencia de casación de julio 6 de 1995, proferida dentro de esta actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO / FRAUDE PROCESAL / PRESCRIPCION

1. El uso legalmente requerido para que adquiera plena configuración el punible de falsedad en documento privado de que trata el artículo 221 del Código Penal, es aquel mediante el cual se introduce el documento en el tráfico jurídico, ya de manera judicial, mediante la aportación a un proceso, ora extrajudicialmente, pero con la ineludible intención de hacerlo valer como medio de prueba de la manifestación de voluntad de su creador.

2. El delito de fraude procesal, "surge cuando la actividad judicial se ve entorpecida por la mendacidad de los sujetos procesales quienes gracias a la desfiguración de la verdad, consiguen que la decisión judicial sea errada y por ende, ajena a la ponderación, equidad y justicia, que es su objetivo primordial". (Cas. junio 28 de 1994, M. P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.).

"Para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea, desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cesa la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia".(C.S.J. Sala de casación Penal. Sentencia del 27 de junio de 1989, M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 117

Proceso No. 8968

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de abril 28 de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a los procesados *María del Carmen Pérez de Cárdenas, Gladys Amparo Cárdenas Pérez* y *Juan Emilio Ramos Palencia*, a 16, 14 y 20 meses de prisión, respectivamente, como

responsables de los hechos punibles de falsedad en documento privado y fraude procesal, en concurso.

I. Los hechos

A finales del mes de junio de 1982, *Elcida de la Cruz Medina Orozco* y *Carmenza Pérez de Cárdenas*, convinieron asociarse para crear una industria de confecciones. Con ese fin, el primero de julio del mismo año, por la suma de $270.000.00, compraron a la señora *Leonor Cabrera de Calderón*, un equipo industrial de costura compuesto por cuatro máquinas de coser, una fileteadora y una cortadora.

Para cancelar el precio acordado, pactaron una cuota inicial de $50.000.00, la que se canceló mediante cheque girado por Pérez de Cárdenas y la suscripción conjunta de once letras de cambio por valor de $20.000.00 cada una, pagaderas mensualmente. Las máquinas quedaron en poder de la socia industrial Medina Orozco.

Para respaldar documentalmente el pago de la cuota inicial, como el aporte de Carmenza Pérez de Cárdenas a la sociedad, *Elcida Medina* firmó una hoja en blanco, que, supuestamente, aquélla llenaría haciendo constar la entrega del dinero.

De las letras firmadas, sólo una fue cancelada por Pérez de Cárdenas, en tanto que las restantes lo fueron por Medina Orozco.

Con presentación personal ante el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá, el 22 de Noviembre de 1984, *Carmenza Pérez de Cárdenas*, otorgó poder al abogado *Juan Emilio Ramos Palencia* "para que inicie y lleve hasta su culminación un proceso de restitución de bienes muebles, contra *Elcida Medina de Castro*".

En ejercicio del poder otorgado, el 28 de junio de 1985, tendiente a la restitución de las máquinas antes relacionadas, el profesional presentó la respectiva demanda, fundamentando la pretensión en que su poderdante entregó el equipo en arrendamiento por un canon mensual de $20.000.00 a la demandada, sobreviniendo el incumplimiento de las obligaciones pactadas desde el mes de julio de 1982.

Como prueba de los hechos adjuntó un contrato escrito de arrendamiento, celebrado entre las partes el 1o. de julio de 1982, y además, como medida cautelar, solicitó el secuestro de los bienes.

El 9 de mayo de 1984, ante la administración de Impuestos, se canceló el timbre correspondiente a la naturaleza del documento contractual.

Admitida la demanda el 4 de julio de 1985 por el Juzgado 16 Civil Municipal de Bogotá, se dispuso el secuestro preventivo solicitado, el cual se practicó el 10 de septiembre del mismo año por una Inspección Distrital de Policía.

En ejercicio del poder previamente otorgado, el 17 de septiembre de 1985 el representante judicial de Elcida Medina contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones consignadas en ella, por cuanto los hechos referidos en la acción carecían de veracidad debido a que jamás se acordó la celebración del contrato mencionado. A su vez, propuso incidente de tacha de falsedad del documento que sirvió de base a la acción civil.

El 4 de octubre de 1985, el juzgado de conocimiento dispuso tener por contestada la demanda, y correr traslado del escrito sobre tacha de falsedad, a la parte actora.

Mediante memorial presentado el 17 de octubre de 1985, el abogado de la demandante, doctor *Juan Emilio Ramos Palencia*, manifestó que los hechos soporte de la tacha no eran ciertos y anexó dos facturas que respaldaban la venta del equipo de *Leonor Cabrera de Calderón* a *María del Carmen Pérez*, así como un contrato de promesa de compraventa respecto de los mismos bienes y suscrito por las mismas personas.

El 23 de abril de 1985, el Juzgado dispuso no oír a la parte accionada "hasta tanto se demuestre el pago de los arriendos que se adeudan y que constituyen el fundamento de la demanda propuesta".

Finalmente, mediante sentencia del 5 de febrero de 1990, el Juzgado de conocimiento declaró terminado el citado contrato de arrendamiento, ordenó la restitución de los bienes secuestrados y multó a la demandada en la suma de $4.000.00, por haber sido decidida en su contra la tacha de falsedad propuesta.

II. Actuación procesal

El 28 de septiembre de 1985, *Elcida Medina Orozco* presentó denuncia penal, la que correspondio al Juzgado 84 de Instrucción Criminal de Bogotá. En desarrollo de la misma, el instructor recibió ampliación de la denuncia, incorporó al expediente copia del contrato de compraventa de las máquinas, de la diligencia de secuestro de las mismas y escuchó el testimonio de Leonor Cabrera de Calderón, vendedora del equipo.

Con estas pruebas abrió investigación el 21 de octubre de 1985, y vinculó, mediante indagatoria, a *María del Carmen Pérez de Cárdenas*, quien

explicó que le compró las referidas máquinas a Leonor Cabrera, y luego, mediante contrato escrito, las entregó en arrendamiento a la denunciante.

Después de recaudadas algunas pruebas tanto testimoniales como documentales, el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá, por auto del 4 de marzo de 1987, cerró la investigación, procediendo a calificarla el 17 de junio de esa misma anualidad, disponiendo sobreseer temporalmente a la vinculada. Además, ordenó expedir copias para que por separado se investigara lo relativo a las facturas que habían sido tachadas de falsas por la vendedora. Las copias no se expidieron ante la afirmación del apoderado de la parte civil en el sentido de que *Leonor Cabrera de Calderón* ya había formulado denuncia penal independiente por tal hecho.

En la etapa de reapertura, se recepcionaron otros testimonios y se practicó experticia grafológica tanto al contrato de arrendamiento como a las facturas cuestionadas, determinándose que el contrato presentaba dos tipos de máquina diferente en su impresión y que las firmas que como de *Leonor Cabrera de Calderón* obran en las citadas facturas, son apócrifas.

Igualmente, se vinculó mediante indagatoria en esta etapa procesal a *Gladys Amparo Cárdenas Pérez,* hija de la señora *María del Carmen Pérez de Cárdenas* y al abogado *Juan Emilio Ramos Palencia.*

Cerrada la investigación por segunda vez el 13 de enero de 1988, el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá, al calificar el mérito probatorio llamó a juicio a *Carmenza Pérez de Cárdenas* por los delitos de falsedad y fraude procesal, y a su vez, decretó cesación de procedimiento en favor de los otros sindicados.

Apelada esta determinación por la Parte Civil y por el defensor de la enjuiciada, el Tribunal Superior de Bogotá, el 21 de marzo de 1990, confirmó el auto de proceder proferido contra *Pérez de Cárdenas* y revocó la cesación de procedimiento decretada en favor de *Gladys Amparo Cárdenas Pérez* y *Juan Emilio Ramos Palencia,* a quienes llamó a responder en juicio por el concurso de delitos de falsedad y fraude procesal. Dispuso, finalmente, que se hicieran "las prevenciones atinentes a la defensa de los procesados, al momento de serles notificada la presente decisión, considerando que el presente asunto rige por el procedimiento del Decreto 409 de 1971".

La providencia calificatoria de segunda instancia se notificó personalmente al Fiscal Cuarto del Tribunal, al procesado *Juan Emilio Ramos Palencia* y al defensor de *María del Carmen Pérez de Cárdenas,* los días 30 de marzo, 2 de abril y 12 de junio de 1990, respectivamente.

El 11 de julio de 1990, el Tribunal dispuso comisionar al *a quo* para que surtiera la notificación del auto de proceder conforme al trámite establecido en el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal de 1971 en armonía con el artículo 677 del Decreto 0050 de 1987.

El 29 de agosto de 1990, se notificó la providencia encausatoria a *Gladys Amparo Cárdenas Pérez* así como a su defensor.

Mediante proveído del siete de septiembre de 1990, el juzgado de conocimiento abrió el juicio a pruebas.

Por auto del 3 de agosto de 1992, el Juzgado 48 Penal del Circuito, antes 4o. Superior, señaló fecha para llevar a cabo la diligencia de audiencia pública, la que se efectuó el día 20, profiriéndose la sentencia el 22 de septiembre siguiente, en la cual se condenó a *María del Carmen Pérez de Cárdenas* a las penas principales de 16 meses de prisión, y al pago de los perjuicios ocasionados, en su carácter de responsable del concurso de hechos punibles de falsedad en documento privado y fraude procesal, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, al tiempo que absolvió a los restantes procesados.

Al ser recurrida en apelación, tanto por la Parte Civil como por el defensor de Pérez de Cárdenas, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo del 28 de abril de 1993, que a su vez fue recurrido en casación, confirmó la condena impuesta a *María del Carmen Pérez de Cárdenas*, revocó la absolución decretada en primera instancia a favor de *Gladys Amparo Cárdenas Pérez* y *Juan Emilio Ramos Palencia*, para condenarlos como autores responsables del concurso de delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal a las penas principales de 14 y 20 meses de prisión, respectivamente, al pago de los perjuicios ocasionados con el delito y a las accesorias de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por el término de seis meses para el segundo, así como a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad para ambos.

III. Las demandas de casación

Los tres procesados recurrentes acudieron en oportunidad a presentar demanda contra la sentencia del Tribunal.

3.1. *Demanda en nombre de María del Carmen Pérez de Cárdenas*

Se invoca en ella la causal tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal de 1987; hoy recogida también como causal tercera

en el artículo 220 del Decreto 2.700 de 1991, por haberse proferido la sentencia estando la acción penal prescrita (fls. 77 ss. cdo. 6).

Para fundamentar el cargo, el casacionista transcribe algunos apartes de la intervención en la vista pública del Fiscal Seccional 256 adscrito a la Unidad de Investigaciones Especiales de la Fiscalía General de la Nación, quien considera que el delito de falsedad se consumó el día 9 de mayo de 1984, fecha en que el contrato de arrendamiento cuestionado como falso fue presentado ante la administración de impuestos para el pago del timbre respectivo.

Y, en ese orden de ideas, el censor en reproducción del argumento sostenido por el Fiscal, manifiesta que teniendo en cuenta la fecha en que la procesada usó el documento, esto es, el 9 de mayo de 1984 y la fecha en que cobró ejecutoria el auto de proceder, (septiembre 7 de 1990 según constancia secretarial al respecto) operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal para el delito de falsedad al igual que para el delito de fraude procesal, que es meramente formal, porque se engañó al juez cuando se presentó ese documento falso con la demanda ante el Juzgado 16 Civil Municipal, la cual fue admitida el 4 de julio de 1985.

Reitera el censor que simultáneamente a la iniciación del proceso civil, el juez se percató de que el contrato base de la acción había sido tachado de falso, con lo cual se habría interrumpido el engaño respectivo.

En consecuencia, solicita se declare probada la causal de casación que invoca, se anule la actuación hasta el fallo de primera instancia, inclusive, y se decrete la cesación de todo procedimiento en favor de María del Carmen Pérez de Cárdenas.

3.2. *Demanda en nombre de Juan Emilio Ramos Palencia*

El defensor de este procesado formula tres cargos contra la sentencia materia del recurso de casación, de la siguiente manera:

3.2.1. *Primer cargo*

Acusa la sentencia de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad. En razón de ello, en su criterio, se amerita la casación al amparo del artículo 220, numeral 3o. del Código de Procedimiento Penal actual, y 584 numeral 4o. del Decreto 409 de 1971, pues se incurrió en irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso.

En lo que llama *fundamentación del cargo. Primera parte* argumenta que la censura se origina en la serie de anomalías que se presentaron a partir de la providencia donde se dispone el sobreseimiento temporal de los

implicados, pues, en ella, se ordenó compulsar copias para la investigación por separado de la falsedad en las facturas obrantes a folios 70 y 71; con las mismas, el Juzgado 79 de Instrucción Criminal abrió investigación mediante auto de abril 29 de 1986 y, a pesar de ello, no vinculó a los procesados, no cerró la investigación, no profirió calificación y tampoco tramitó la acumulación.

De otra parte, en el proceso que fuera adelantado en el Juzgado 48 Penal del Circuito, se violó el derecho de defensa al calificar y fallar los hechos materia de otra investigación, sin contar con el período de instrucción y sin decretar la acumulación como correspondía hacerse.

Por ello, pese a que este argumento se expuso en las instancias respectivas, en criterio del casacionista no puede argumentarse que se trata de un solo proceso, o que existe conexidad, porque se rompió la unidad procesal, y, a pesar de ello, no se decretó la acumulación, la cual sólo era posible a partir de la ejecutoria del auto de proceder.

Concluye, entonces, que "estas irregularidades afectaron el derecho de defensa, porque en relación con la investigación de la presunta falsedad en las facturas se debía ejercer este derecho ante el Juzgado 79 de I.C. y no se cumplió tan indispensable labor por falta de vinculación de los sindicados".

En la *segunda parte* de la fundamentación del cargo, considera que existía prejudicialidad civil que determinaba la competencia del juez penal, en razón a que el apoderado de la parte demandada en el proceso civil de restitución de mueble, contestó la demanda y excepcionó tachando de falso el documento, debiéndose tener en cuenta que la demandada reconoció la autenticidad de la firma que aparecía en el contrato de arrendamiento, aunque cuestionó la veracidad de su contenido, alegando haber firmado una hoja en blanco. Por ello, sostiene, es aplicable el artículo 270 del Código de Procedimiento Civil, según el cual se presume cierto el contenido de un documento firmado en blanco o con espacios sin llenar, una vez se haya reconocido la firma o declarado la autenticidad.

En criterio del casacionista, la presunción legal de autenticidad, sólo podía ser desvirtuada ante la justicia civil, de conformidad con los artículos 290 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que señalan un trámite para la tacha de falsedad propuesta, el cual debe finalizar con un pronunciamiento judicial definitivo sobre la autenticidad del documento en cuestión. Solamente en ese momento, prosigue, el juez civil puede dar aviso al juez competente para que inicie la correspondiente investigación penal.

Considera que lo revelado en el caso de autos fue una actitud "mañosa" del apoderado de la demandada en la medida en que al no haber prosperado la tacha de falsedad, intentó enervar el proceso civil por medio de una acción penal, debiendo haberse aplicado la prejudicialidad civil en el proceso penal.

Estima el recurrente, en ese sentido, que la justicia penal no era competente para investigar un hecho que estaba siendo objeto de controversia en el campo civil, y con ello se generó una causal de nulidad por incompetencia del juez, a partir del auto que dispuso el cierre de la investigación.

En la *tercera parte* de la llamada *fundamentación del cargo* plantea que la sentencia acusada en casación fue dictada cuando la acción penal se encontraba prescrita, y "en consecuencia, generó una insalvable nulidad".

Como soporte de su apreciación refiere, al igual que el demandante en representación de María del Carmen Pérez de Cárdenas, algunos aspectos de la intervención del Delegado Fiscal en la vista pública, para concluir que habiéndose cometido la falsedad documental el 9 de mayo de 1984, fecha en que se presentó el documento para el pago de impuestos, y si el auto de proceder alcanzó ejecutoria el 7 de septiembre de 1990, transcurrió el tiempo suficiente para que la acción penal se extinguiera, según lo normado en el artículo 80 del Código Penal.

En relación con el delito de fraude procesal, plantea igualmente la ocurrencia de la prescripción a la fecha de ejecutoria del auto acusatorio, ya que la demanda respectiva fue admitida el 4 de julio de 1985 por el Juez Dieciséis Civil Municipal, quien se enteró simultáneamente que el contrato era tachado de falso y que por ese motivo se había iniciado proceso penal, con lo cual se interrumpió el engaño respectivo al juez civil consumándose, también, el delito de fraude procesal, si se asume que éste es instantáneo.

3.2.2. *Segundo cargo*

El casacionista acusa la sentencia de ser violatoria de una norma de derecho sustancial, por vía directa, ante la falta de aplicación del artículo 2o. del C.P. e indebida aplicación de los artículos 221, 182 y 26 *ibidem;* así como la falta de aplicación del principio *in dubio pro reo.*

Estima que *el abuso de hoja firmada en blanco no tipificado como delito* en la medida en que tal comportamiento ha sido descartado por el ordenamiento penal y por todos los autores y comentaristas. De otra parte, al no existir relación jurídica previa que generara en la denunciada el ejercicio de una

función documentadora frente a la hoja firmada en blanco por la denunciante, la procesada Pérez de Cárdenas se encontraba en el legítimo derecho de tomar las medidas tendientes a salvaguardar su patrimonio, pues había perdido la tenencia de la maquinaria.

Igualmente considera que la falsedad en el caso de llenar una hoja en blanco, con firmas auténticas, es una falsedad ideológica en documento privado que no está tipificada como delito, citando en su apoyo varias obras donde aparecen pronunciamientos en el mismo sentido.

Considera que existiendo "vacilación de espíritu y de convicción" en lo relacionado con los dos cargos precedentemente desarrollados, se destaca la falta de aplicación del principio *in dubio pro reo.*

Agrega que tanto en el caso de la hoja firmada en blanco como en el de las facturas no hubo mutación a la verdad real por cuanto, de una parte, se trata de una sociedad que nunca funcionó y, de otra, por no ser facturas cambiarias, no tenían capacidad transformadora de la realidad contractual plasmada en la compraventa, tal como había sido acordada entre las partes.

3.2.3. *Tercer cargo*

De manera subsidiaria, el demandante plantea que al haberse incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, fueron violadas las normas sustanciales contenidas en los artículos 26, 182 y 221 del C.P., por indebida aplicación y el artículo 2o. del mismo estatuto por exclusión.

Destaca que el juzgador tuvo por demostrada una sociedad de hecho o la presencia de un contrato de mutuo sin existir prueba al respecto; también la existencia de unas facturas cuando no aparece evidencia sobre ellas; y, por último, la mutación de la verdad por una acción falsaria, sin que estuviera acreditado tal hecho.

Para fundamentar su censura, destaca que se apreciaron erróneamente los testimonios de la denunciante; la tacha de falsedad; y las mal llamadas facturas, lo cual condujo a deducir que existió acuerdo de voluntades para la conformación de la supuesta sociedad de hecho, cuando en realidad el examen de los testimonios permite llegar a conclusión opuesta, pues según ellos, la supuesta sociedad de hecho nunca existió. El recibo firmado en blanco no representa la constitución de la sociedad sino la creación de un documento de pago y, finalmente, falta del *animus societatis*, esencial en el contrato de sociedad.

3.2.4. *Cuarto cargo*

También de manera subsidiaria, el actor plantea como cuarto argumento de ataque contra la sentencia cuestionada, haber incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba, lo que determinó la violación de normas sustanciales, contenidas en los artículos 26, 182 y 221 del C.P. por indebida aplicación y exclusión del art. 246 del C de P.P., pues, en su criterio, se otorgó valor probatorio a unos documentos ilegalmente desglosados de un proceso civil, como lo fueron el oficio remisorio del Juzgado 16 Civil Municipal, el contrato remitido mediante este oficio y las facturas de los folios 70 y 71, quedando probada la ilegalidad en el aporte de la prueba, pues los citados documentos fueron desglosados del proceso civil para allegarse al proceso penal, antes de concluir el trámite señalado por el Código de Procedimiento Civil para resolver su tacha.

3.2.5. *Quinto cargo*

Igualmente como subsidiario de los anteriores, el actor dirige su ataque contra la sentencia de segunda instancia, aduciendo que el juzgador incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba que lo condujo a la violación de normas sustanciales. Concreta su inconformidad en que se tuvo como plenamente probada la tipicidad de la conducta atribuida al doctor *Juan Emilio Ramos*, cuando en verdad, según su criterio, no existe la prueba sobre el particular; se asumió por probada la responsabilidad penal del mismo en los hechos investigados, no existiendo prueba que lo respalde y no se dio por probado que este profesional es un consultor independiente no sujeto a relación laboral, para lo cual sí existe plena prueba.

Aduce que estos yerros se produjeron por apreciar erróneamente el testimonio de *Gladys Cárdenas*; por basarse el fallo en "otros testimonios" que en verdad no existen y, por último, no haber apreciado los telegramas dirigidos a la oficina de este procesado, su indagatoria, ni el cuaderno de la parte civil.

Aclara que de las declaraciones de Leonor Cabrera, Elcida Medina, Luis Alberto Castro, René Cortés, Guillermo León, Javier Perea y Abigail Beltrán, testigos presenciales de los hechos ocurridos en la sede administrativa e industrial de la empresa donde trabajan Carmenza Pérez y Gladys Cárdenas, ninguna conduce a demostrar la presencia allí, ni la intervención del doctor *Juan Emilio Ramos*, como, al contrario, lo deduce el Tribunal en la sentencia; destaca, en su lugar, que los distintos actos que

ejecutaron los condenados como fueron la labor de consultoría de Juan Emilio Ramos, la prenegociación y elaboración de los contratos de arrendamiento y la iniciación del proceso judicial de restitución de muebles, no tuvieron un desarrollo inmediato, sino que, entre ellos, transcurrió un periodo apreciable de tiempo.

Además, una relación laboral permanente, no fue observada ni mencionada por ninguna parte siendo una conjetura inexplicable del Tribunal de Instancia.

A manera de corolario, reclama el recurrente que con fundamento en el primer cargo se declare la nulidad de lo actuado "y/o la prescripción"; con base en los cargos segundo, tercero y cuarto, la casación total de la sentencia impugnada y en su lugar se profiera sentencia absolutoria; y, con fundamento en el último cargo, se case parcialmente la sentencia y se absuelva al doctor *Juan Emilio Ramos.*

3.3. *Demanda presentada en representación de Gladys Amparo Cárdenas Pérez*

El defensor de esta procesada propone contra la sentencia emanada del Tribunal de Instancia (fls.188 ss. Cdo.6), dos reparos.

3.3.1. *Primer cargo*

Lo concreta en *error de hecho en la apreciación de la prueba,* ya que habiendo operado la prescripción respecto de los hechos imputados a su patrocinada , la "revolvieron" con los demás acusados y de manera reiterada se negó tal pedimento en las instancias respectivas, pues la pena que se le iría a imponer, en ningún caso superaría los dieciocho meses, debido a que es juzgada solamente por falsedad en documento privado y no por un punible contra la administración de justicia.

De otra parte, al no haber usado jamás el documento cuestionado como apócrifo, la iniciación del período prescriptivo, debe contarse a partir de la fecha que tiene estampada el escrito, esto es, abril de 1982.

3.3.2. *Segundo cargo*

Contrae su censura a que la sentencia del Tribunal se profirió en un juicio viciado de nulidad, en virtud de no haberse tramitado el proceso iniciado por el Juzgado 79 de Instrucción Criminal hasta encontrarse en situación susceptible de acumulación. Además, en ese proceso no se vinculó a las personas contra las cuales existen sindicaciones, no se decretaron ni practicaron pruebas, no se cerró la investigación ni mucho menos se calificó el mérito sumarial.

IV. ALEGACIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

El apoderado de la Parte Civil, en término, presentó escrito en el cual solicita a la Sala no casar la sentencia impugnada.

En respaldo de su petición, advierte que por considerar que se había abusado de su confianza, su poderdante, *Elcida Medina*, denunció penalmente a *María del Carmen Pérez de Cárdenas* por cuanto ésta llenó, como si se tratara de un contrato de arrendamiento, un documento que aquélla le había firmado para sentar la compraventa de unas máquinas. La noticia a la autoridad la presentó el 28 de septiembre de 1985, habiéndole correspondido su trámite al Juzgado 84 de Instrucción Criminal, luego que meses atrás, la denunciada, con base en ese documento cuestionado como falso, intentara una acción de restitución de bienes muebles, mediante demanda suscrita por el abogado *Juan Emilio Ramos Palencia* -hoy procesado- y que admitiera el Juzgado 16 Civil de Bogotá el 4 de julio de 1985.

Agrega el memorialista, que en razón a que para el pago de las citadas máquinas a la señora *Leonor Cabrera*, no se expidieron las dos facturas impugnadas por su poderdante y que fueran igualmente falseadas por *Carmen de Cárdenas* la señora *Cabrera Calderón* decidió denunciar este hecho, el cual correspondió indagar al Juzgado 79 de Instrucción Criminal de Bogotá.

Luego de hacer un recuento de la actuación procesal, en relación con la pretendida declaratoria de prescripción de la acción penal, manifiesta que de conformidad con el artículo 197 del actual Código de Procedimiento Penal, las providencias que deciden la apelación quedan ejecutoriadas el día que son suscritas por el funcionario correspondiente, consideración igual a la prevista en el Decreto 409 de 1971, bajo cuyo imperio se ha diligenciado el proceso.

Por esto, la providencia calificatoria con llamamiento a juicio, quedó ejecutoriada, no en la fecha que hiciera constar el secretario del Juzgado, sino en marzo 21 de 1990, esto es, en la fecha del pronunciamiento de segunda instancia, por cuanto al ser emitido por el Tribunal Superior, no admitía recurso alguno.

Así las cosas, estima el recurrente que para la fecha de ejecutoria del auto de proceder, no había operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal.

Concluye que, en esas condiciones, los cargos de que se hizo objeto a la sentencia impugnada por prescripción de la acción, no pueden, ni deben prosperar.

En referencia al ataque formulado contra la sentencia cuestionada, sobre la presunta nulidad por falta de acumulación con el proceso seguido ante el Juzgado 79 de Instrucción Criminal, recuerda que éste nunca sufrió medida calificatoria y, al contrario, feneció por prescripción de la acción penal. De otra parte, aclara que si en los fallos de instancia se hizo mención a la existencia de dos facturas posiblemente falseadas, ello fue sólo a manera de ilustración del comportamiento investigado. En ese sentido, estima, no hubo violación ni al debido proceso ni al derecho de defensa con ocasión del proceso tramitado por el Juzgado 79 de Instrucción Criminal.

De otra parte, en cuanto a la pretendida nulidad por la supuesta prejudicialidad civil en el proceso penal, anota que le parece absurdo el planteamiento, según el cual solamente hasta que se decida el incidente de tacha de falsedad se puede dar aviso a la justicia penal para que investigue la posible comisión de un ilícito y que este aviso solamente puede darlo el juez civil, por cuanto ante la existencia de un delito, cualquier ciudadano está en la obligación de dar cuenta de ello a las autoridades pertinentes, tal como lo hizo su mandante, y además esta clase de delitos contra la fe pública no requieren querella de parte.

Agrega que el incidente de tacha de falsedad no prosperó ante el Juzgado Civil en razón a que la demandada no fue escuchada con fundamento en el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

En lo que hace con el abuso de la hoja firmada en blanco, plantea que la ley, la jurisprudencia y la doctrina, siempre y reiteradamente han considerado que si sobre un documento firmado en blanco se estampan aseveraciones contrarias a la realidad, eso se llama falsedad, como lo fue el hecho de que los procesados, actuando en connivencia, decidieron consignar en el papel, que en blanco les firmara la denunciante, un contrato de arrendamiento que jamás se había acordado.

Respecto de la pretendida falsedad ideológica en documento privado, la cual se dice no es constitutiva de delito, considera que sí debe responder penalmente el determinador de la conducta falsaria en documento privado, y esto fue lo que sucedió con el abogado procesado, pues el expediente es rico en detalles sobre su autoría intelectual, al impulsar a las restantes procesadas a llenar una hoja en blanco, firmada por la denunciante, con situaciones distintas a las que en realidad se habían pactado y ese documento se usó para engañar a la justicia, lo que efectivamente se logró.

Manifiesta que los cargos de violación directa o indirecta de la ley, formulados a la sentencia del Tribunal, no son otra cosa que reiteración

de las alegaciones de instancia elevadas por la defensa, al punto que uno de los recurrentes las titula como argumentaciones subsidiarias a las dos censuras originales, con que se da a entender, que el casacionista no está seguro de sus planteamientos.

Finaliza argumentando que ninguna de las tres demandas reseñadas contienen razonamientos que permitan modificar, siquiera en mínima parte, el fallo recurrido en casación, porque la conducta asumida por los tres procesados indica que entre ellos existió un evidente acuerdo criminal para atentar contra la fe pública y la administración de justicia, que ha merecido una condena en las instancias procesales respecto de todos ellos.

V. El concepto de la Procuraduría

5.1. *La Prescripción*

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se ocupa en primer lugar del aspecto "de la prescripción de la acción penal", en razón a que es punto común en las tres impugnaciones.

En relación con el delito de falsedad en documento privado, manifiesta que el tiempo a ser tomado para efectos de la prescripción de la acción penal es de seis años, período que debe empezar a contarse desde el momento en que se usó el documento reputado apócrifo, de conformidad con la descripción que sobre el particular hace el artículo 221 del Código Penal.

Considera que, a pesar de no estar definido normativamente el uso del documento, ha sido criterio jurisprudencial y doctrinal unánime, que no se trata de una utilización irrelevante del documento, sino que es indispensable que ese uso sea el necesario "para que el documento cumpla con los fines jurídicos para los que fue creado. Luego, no cualquier uso puede predicarse como idóneo en la configuración del tipo en comento".

Estima, sobre el caso que ocupa la atención de la Sala, que el hecho de haberse presentado el documento contentivo del supuesto contrato ante la oficina respectiva para cancelar el impuesto de timbre, con la finalidad de hacerlo valer ante un juzgado civil en proceso de restitución de muebles, no significa que ese uso sea el que adquiere relevancia jurídica necesaria para ser considerado como el momento consumativo del delito de falsedad y desde el cual contabilizar el término prescriptivo de la acción penal.

Es criterio de la Delegada, que entratándose de un contrato de arrendamiento en el cual, supuestamente, una de las partes se comprometía a entregar a la otra unas máquinas, resulta claro que el documento tenía

una finalidad probatoria cuando alguna de las contratantes quisiera hacer exigible la obligación, ya de manera extraprocesal, o bien recurriendo a la jurisdicción respectiva. Agrega que "este es el uso jurídico exigible en esta clase de falsedad documental. De ahí que se excluyan del ámbito punitivo todos aquellos usos que quedan en el campo de lo meramente material".

Por lo anterior, considera que "es desde cuando se presentó el documento ante el juez civil respectivo, cuando debe empezarse a contabilizar el término prescriptivo, lo cual impide siquiera pensar en la prescripción de la acción penal, pues el auto de proceder cobró ejecutoria el 3 de septiembre de 1990".

En relación con el delito de fraude procesal, considera el Delegado que el término de prescripción, para el caso, es de cinco años, pero este delito, a diferencia del anterior, no obstante su consumación pueda hallarse en un momento determinado, su permanencia en el tiempo es indiscutible. Mientras el engaño al funcionario público permanezca latente, sus efectos tendrán la expectativa requerida para que el comportamiento cumpla con la finalidad nociva para la Administración de Justicia.

Precisa que el término que debe contabilizarse, en este caso, para efectos de la prescripción de la acción penal, es desde el momento en que el funcionario se percata que está siendo sometido a un engaño y no antes.

Por lo tanto, reitera que es equivocado afirmar la presencia del fenómeno de la prescripción, si se tiene en cuenta que el auto de proceder cobró firmeza el 3 de septiembre de 1990 y que la providencia que decretó la restitución de las máquinas en el proceso civil, tiene fecha 5 de febrero del mismo año, lo cual indica que para la época, aún el funcionario judicial seguía incurso en el error a que había sido sometido.

5.2. *Segunda demanda*

Sobre el primer cargo que formula el casacionista en su demanda, menciona el Procurador que dada la manera como intitula cada una de las partes soporte de su ataque, siembra perplejidad sobre si su verdadero sentido es formular un solo cargo, o si tras de esta división argumentativa, se esconde en cada una un cargo más contra la sentencia cuestionada.

En relación con la primera parte de la fundamentación de la censura, según la presentación que efectúa el censor, la Delegada manifiesta que no se puede demostrar la existencia de una causal de invalidación en el proceso que se somete a la casación, con fundamento en cuestionamientos que se hagan a otro proceso diferente, y, en esta medida, "no es más que

un inane argumento en tratándose de sustentar las acusadas falencias procesales".

Pero a pesar de los desatinados reparos que expone el casacionista, argumenta el Procurador Delegado, de los hechos que ilustran el proceso fácilmente se desprende que existe una conexidad sustancial entre la falsificación de las dos facturas y la falsedad en el contrato de arrendamiento que se hicieron valer en el proceso de restitución, en razón a que, con ella, se iluminaba probatoriamente la aparente legalidad en la adquisición de las máquinas reclamadas judicialmente. Por lo anterior, era viable la investigación y juzgamiento en un mismo proceso de los delitos mencionados.

Para contestar a la segunda parte de la fundamentación del cargo, la Delegada refiere que no existía ningún obstáculo que le impidiera al juez penal abordar el conocimiento de la presunta falsedad que se denunciara sobre las facturas y el contrato, pues para ello, según la ley, no tenía por qué esperar decisión sobre el particular dentro del proceso civil, mucho menos cuando simplemente se declaró la infudamentación de la falsedad, ante la ausencia de prueba por la negligencia de las partes para su recaudo.

En relación con el segundo cargo, la Delegada resalta que de conformidad con la causal de impugnación escogida, se aceptan a cabalidad los aspectos fácticos y sus demostraciones tal y como han sido presentadas por el Tribunal de Instancia.

Considera que no debe prosperar la censura respecto del primero de los argumentos del impugnante y que guarda relación con el abuso de la hoja firmada en blanco, por cuanto, en ese evento, para que se configure el delito de falsedad en documento privado no es necesario que exista una relación jurídica de subordinación entre quien firma el documento y quien se aparta de las instrucciones de aquél, pues ello no lo exige la ley.

Pensar lo contrario, prosigue, sería tanto como defender la absurda tesis según la cual "quien sustrae ilícitamente la hoja firmada en blanco, para posteriormente llenarla a su antojo, a falta de una relación jurídica o de subordinación, no se encontraría inmerso en el delito de falsedad en documento privado".

Agrega, que igual suerte corre el segundo argumento expuesto por el recurrente sobre el cargo en mención, o sea, el considerar que el mero hecho de llenar una hoja firmada en blanco, se constituye en una falsedad ideológica en documento privado, lo cual no está proscrito en la ley penal. Sobre el particular, la Delegada manifiesta que lo anterior "no pasa de ser

una infructuosa propuesta ya que en la falsedad ideológica el signatario, siendo el mismo autor del escrito, consigna en el documento datos que no corresponden a la realidad, conducta que adopta como presupuesto el que la información que se consigna se hace de manera consciente y voluntaria", lo cual no sucede en el presente caso, por cuanto al abusarse de la hoja en blanco firmada por la señora *Medina*, en nada intervino la voluntad de ésta.

Para cuestionar el último argumento propuesto por el censor, según el cual las facturas falsificadas carecían de capacidad para transformar la realidad del contrato de compraventa, la Delegada manifiesta que indistintamente de la calidad que se le pueda atribuir a las facturas, evidentemente tenían potencialidad probatoria para demostrar que la procesada Pérez de Cárdenas era adquirente de las máquinas.

Siguiendo con el análisis del tercer cargo, la Procuraduría considera que el actor debió demostrar la existencia de una verdadera distorsión en el contenido de la prueba y su importancia para la edificación del fallo. Sin embargo, se dedicó a explicitar una personal apreciación sobre la ausencia del *animus societatis* que debía existir entre denunciante y denunciada, con soporte en otras pruebas, cayendo en un insalvable error de técnica para la proposición y desarrollo del ataque.

Pero, aclara, el expediente demuestra que sí existió el ánimo de asociarse por parte de la denunciante y la procesada, muestra de lo cual es la distribución de obligaciones entre una y otra al momento de adquirir las máquinas, tal como se desprende de la misma indagatoria y de las piezas procesales que se citan como mal apreciadas.

Ya en el estudio del cuarto cargo, en el cual el actor plantea la ilegalidad en la aducción de la prueba irregularmente desglosada del proceso civil, la Delegada aclara que el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, no limita, ni señala requisitos, cuando ese desglose tiene como finalidad la iniciación de un proceso penal.

Al analizar el último cargo propuesto en esta demanda, según el cual hubo errónea valoración de la prueba, considera el Procurador que lo que evidencia el censor es su descontento con la valoración probatoria que realizara el Tribunal en la sentencia, cuando lo que ha debido es demostrar la errónea apreciación que el juzgador le impartió a los medios de prueba que cita. Siendo así que si el abogado Ramos Palencia era un simple consultor independiente, sin vínculo laboral permanente con la empresa dirigida por la señora Pérez de Cárdenas, como lo afirma el demandante, la sentencia tuvo otros soportes fácticos, mencionados en el fallo y sobre

los cuales el censor guarda silencio y en esas condiciones el cargo no puede prosperar.

5.3. *Tercera demanda*

Considera el Procurador Segundo Delegado que el primer cargo de que se ocupa esta demanda ya tuvo su respuesta en acápites anteriores, cuando se pronunció sobre el punto de la prescripción de la acción penal.

Tampoco merece detenido estudio el alegato relacionado con la existencia de una causal de improseguibilidad de la acción penal, pues el expediente no evidencia la existencia de vicio invalidante por no haberse acumulado al proceso seguido en el Juzgado Setenta y Nueve de Instrucción Criminal; además, dada la conexidad existente, era perfectamente viable la investigación conjunta de los distintos comportamientos.

Por todo lo anterior, solicita a la Sala no casar el fallo objeto de impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *De la prescripción de la acción penal*

Como quiera que en las tres demandas es planteada la ocurrencia de la prescripción, (único cargo, tercera parte primer cargo, y primer cargo, respectivamente), la Sala se ocupará de su estudio inicialmente, pues en caso de alcanzar demostración, habría motivo suficiente para casar la sentencia impugnada, haciendo innecesaria cualquier consideración respecto de los restantes reproches que contra la sentencia se desarrollan.

Premisa indispensable para el examen del tema, en razón a los términos de su proposición, es señalar que la ejecutoria del llamamiento a juicio proferido el 21 de marzo de 1990 por el Tribunal de Segunda Instancia, se produjo el 3 de septiembre del mismo año, si se tiene en cuenta la última notificación de esta providencia, el 29 de agosto, por virtud de la regulación procesal aplicable -Decreto 409 de 1971-, pues debe recordarse que cuando entró a regir el Decreto 050 de 1987, el presente proceso se hallaba con auto de cierre de investigación ejecutoriado, y en esa medida, por mandato del artículo 677 de la nueva codificación, debía aplicarse el Código de Procedimiento Penal anterior (fls. 449 y ss. del Cdo. No. 1).

En cuanto a la consumación de los hechos punibles materia de juzgamiento, momento a partir del cual se establecería la operancia del término prescriptivo, conveniente es recordar que de manera reiterada se ha sostenido, no sólo por esta Corporación, sino por la doctrina, que el

uso legalmente requerido para que adquiera plena configuración el punible de falsedad en documento privado de que trata el artículo 221 del Código Penal, es aquel mediante el cual se introduce el documento en el tráfico jurídico, ya de manera judicial, mediante la aportación a un proceso, ora extrajudicialmente, pero con la ineludible intención de hacerlo valer como medio de prueba de la manifestación de voluntad de su creador.

Por lo tanto, lo que define y sanciona la norma, a más de la mutación a la verdad, es el engaño al hacer creer al conglomerado social, a una parte de él, o a una persona en particular, que el documento que se exhibe como válido, representa de manera indiscutible la voluntad de su creador y, que por ello, debe ser tenido como medio de prueba del acto o contenido de voluntad que en él se incluye.

En este orden de ideas, si el documento falsificado tiene una precisa vocación probatoria, es ésta la que determina el uso que define el legislador, y no la utilización que le quiera dar de manera diferente el sujeto de la conducta. Pensar lo contrario, sería desconocer el alcance de este tipo penal con el que se pretende proteger la fe pública, pues se sancionaría no la utilización para el engaño, sino, simplemente, cualquier alteración de la verdad documental sin finalidad.

En este sentido, como bien lo apunta la Delegada, el uso que se le dio al contrato de arrendamiento aparentemente suscrito entre María del Carmen Pérez de Cárdenas y Elcida Medina Orozco el 5 de mayo de 1984, cuando se presentó ante la Oficina Recaudadora de Impuestos para cumplir con la obligación tributaria, como requisito previo a la presentación de la demanda de restitución de muebles, es ajeno a la finalidad probatoria del documento, que es precisamente demostrar la existencia del referido contrato, y las obligaciones que de él emanaban, para lo cual en nada incidía el pago del impuesto mencionado.

El uso que jurídicamente se le imprimió tanto por el abogado Juan Emilio Ramos Palencia, como por las otras dos procesadas, María del Carmen Pérez de Cárdenas y Gladys Amparo Cárdenas Pérez, se concreta en la presentación de la demanda respectiva ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, el 28 de junio de 1985, fecha en que se realizó el reparto del expediente y su correspondiente asignación al Juzgado Dieciséis Civil Municipal, por cuanto en esa fecha, salió de la esfera personal de los detentadores del documento y se introdujo en el tráfico jurídico mediante su exhibición como medio de prueba de la existencia de un contrato de arrendamiento supuestamente celebrado entre *María del Carmen Pérez de Cárdenas* y *Elcida Medina Orozco*, para hacerlo valer por vía

judicial, siendo claro, por ello, que desde ese día es cuando debe empezar a contarse el tiempo para efectos de la alegada prescripción de la acción penal respecto de este hecho punible, pues fue en ese momento cuando culminó la realización de la conducta descrita en el artículo 221 del Código Penal, que define la falsedad en documento privado.

De esta manera, encuentra la Sala que desde la fecha de presentación de la demanda ante el Juzgado Civil Municipal de Bogotá, hasta cuando cobró ejecutoria el llamamiento a juicio proferido por el Tribunal de Bogotá, esto es, entre el 28 de junio de 1985 y el 3 de septiembre de 1990, no habían transcurrido los seis años en que tendría ocurrencia el fenómeno prescriptivo de que tratan los artículos 80 y 221 del Código Penal, y por ese motivo no había lugar a decretar la cesación de procedimiento como erradamente lo invocan los demandantes en casación.

En relación con el delito de fraude procesal, es preciso que se insista en que este hecho punible "surge cuando la actividad judicial se ve entorpecida por la mendacidad de los sujetos procesales quienes gracias a la desfiguración de la verdad, consiguen que la decisión judicial sea errada y por ende, ajena a la ponderación, equidad y justicia, que es su objetivo primordial" (Cas. junio 28 de 1994, M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.). Sin embargo, se agrega, puede tratarse de un delito cuya consumación se produzca en el momento histórico preciso en que se induce en error al empleado oficial, si con ese error se genera más o menos de manera inmediata la actuación contraria a la ley. Pero si el error en que se indujo al funcionario, se mantiene durante el tiempo necesario para producir la decisión final contraria a la ley cuya finalidad se persigue, y aún con posterioridad a ésta, si requiere de pasos finales para su cumplimiento, durante todo ese lapso se incurre en la realización del tipo y la violación al bien jurídico tutelado, pues durante ese tiempo se mantiene el fraude a la administración de justicia.

Por ello, "para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea, desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cesa la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia "(C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de junio de 1989. M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

Lo anterior, porque aunque el funcionario puede permanecer indefinidamente en error, al estar convencido que la decisión que tomó era la jurídicamente viable y la más justa de acuerdo con la realidad a él presentada, para todos los efectos jurídicos sean sustanciales o procesales,

debe haber un límite a ese error, y este límite no puede ser otro que la misma ejecutoria de la resolución o acto administrativo contrario a la ley, cuya expedición se buscaba, si allí termina la actuación del funcionario, o con los actos necesarios posteriores para la ejecución de aquélla, pues de lo contrario, la acción penal se tornaría en imprescriptible, lo cual riñe con el mandato constitucional al respecto.

Hechas estas precisiones, en relación con el caso que ocupa la atención de la Sala, resulta pertinente destacar, pues así lo indica el proceso, que si bien es cierto el Abogado Ramos Palencia indujo en error al funcionario judicial con la finalidad de obtener fallo contrario a la ley, en la fecha de la presentación de la respectiva demanda -junio 28 de 1985-, su conducta se prolongó en el tiempo con nocivos efectos para la administración de justicia, pues no debe olvidarse que el 4 de julio del mismo año se admitió la demanda formulada con base en el contrato espurio, se insistió en mantener en error al funcionario cuando para contestar el incidente de tacha de falsedad propuesto por la demandada, el mismo abogado anexó las facturas que a la postre también resultaron falsificadas en memorial que presentara el 17 de octubre de 1985 y, por último, luego de practicada la diligencia de embargo, nada hizo para clarificarle al juez que la realidad fáctica era distinta a la presentada por él en la demanda, sino que optó por dejar que el proceso siguiera su curso hasta culminar con la sentencia proferida el 5 de febrero de 1990, en la cual se accedía a sus pretensiones como representante judicial de María del Carmen Pérez de Cárdenas.

Si a lo anterior se aúna que con fundamento en la ilegal determinación tomada por el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá, el 29 de marzo de 1990, se dirigió despacho comisorio a una Inspección de Policía de Turismo del Distrito con el fin de ejecutar la sentencia, no queda otro camino que concluir que es desde esta fecha cuando se debe empezar a contar el transcurso del tiempo para efectos de la pretendida prescripción de la acción penal, pues aun en ese último trámite procesal el juez actuó convencido de la legalidad de su decisión, cuando en verdad el soporte fáctico era distinto de la verdad procesalmente presentada.

En este orden de ideas, realizadas las aclaraciones pertinentes por la Sala, sólo resta decir que para el 3 de septiembre de 1990, fecha de ejecutoria del llamamiento a juicio, como se anotó, la prescripción de la acción penal para el delito de fraude procesal investigado, tampoco había operado, pues el tiempo señalado en el artículo 182 del Código Penal, como máximo de pena imponible, el mismo para que el Estado perdiera su potestad en la investigación, juzgamiento y sanción de este hecho punible, no había transcurrido.

Sólo resta aclarar, aún más, la situación de Gladys Amparo Cárdenas Pérez, a quien según su abogado en esta sede "la revolvieron con los demás procesados en lo tocante a la imprescriptibilidad de la acción". En ese sentido no se debe olvidar que resultó sentenciada por el delito de falsedad en documento privado, que si bien personalmente no usó los documentos que contribuyó a falsificar, pues el uso materialmente lo ejecutaron su progenitora, también sentenciada, y el abogado Ramos Palencia, esto en ningún momento la exonera de responsabilidad penal, pues como de tiempo atrás lo ha sostenido esta Sala "cuando dos o más personas acuerdan inmutar la verdad de documento privado para usarlo, habrá coparticipación delictiva aunque materialmente unos ejecuten la acción falsaria y otros utilicen el documento que aquéllos alteraron" (C.S.J. Sala de Casación Penal. Auto julio 7 de 1981).

Consecuente con lo dicho en precedencia, si al momento de la ejecutoria del auto de proceder emitido contra los ahora recurrentes, la acción penal mantenía su vigencia, lógico es concluir que la potestad punitiva del Estado permanece incólume en el curso del juicio, máxime cuando aún no han trancurrido los cinco años de que trata el artículo 84 del Código Penal.

Ante lo infundado del cargo por este aspecto propuesto, no prospera.

2. *Segunda demanda*

La presentó el defensor del procesado Juan Emilio Ramos Palencia, y en ella formula cuatro cargos: el Primero al amparo de la causal tercera; el segundo, con fundamento en la causal primera; el tercero, el cuarto y el quinto, subsidiarios éstos, en el ámbito de la causal primera, cuerpo segundo.

2.1. *Primer cargo*

Como se recordará, ya la Sala hizo mención al argumento expuesto por el censor sobre la prescripción de la acción penal y a ello se remite.

Teniendo en cuenta la desordenada manera como el censor presenta el ataque, separando en primera, segunda y tercera parte su fundamentación, se deduce que lo pretendido es, a todas luces, quebrar la sentencia por encima del respeto a la seriedad y lógica que gobierna este extraordinario recurso, con lo cual, además, acude a argumentaciones sin ningún asidero siquiera en el proceso mismo.

Aduce inicialmente que en el trámite del proceso fueron cometidas una serie de irregularidades que generan errores *in procedendo* sobre los cuales demanda la invalidación de lo actuado.

El cargo no está llamado a prosperar, pues olvida el recurrente que la alegación de fallas que puedan poner en tela de juicio las garantías y derechos de los sujetos procesales, deben haber tenido ocurrencia en la tramitación del proceso que culminó con la sentencia acusada en casación y no en otro diferente. Tampoco demuestra cómo las irregularidades propuestas que se pudieron haber cometido en el trámite que adelantó el Juzgado 79 de Instrucción Criminal, tienen incidencia en el fallo que es objeto del recurso de casación.

Es cierto que con ocasión de la denuncia formulada por Leonor Cabrera de Calderón el Juzgado Setenta y Nueve de Instrucción Criminal de Bogotá inició investigación penal en *"averiguación responsable "*. También que la denuncia lo fue por la falsificación de las facturas para respaldar la venta de las máquinas de Cabrera Calderón a María del Carmen Pérez de Cárdenas, y que, igualmente, el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá, al calificar en primera oportunidad el mérito sumarial con sobreseimiento temporal para la acusada, por los hechos denunciados por *Elcida Medina* que finalmente fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia que ahora se recurre en esta sede, dispuso compulsar copias para que por separado se investigara lo referente a las facturas obrantes a folios 70 y 71 del C.1., pero cuya ilicitud ya había sido denunciada por Cabrera de Calderón.

Desconoce el casacionista que estas copias nunca se remitieron, que a la postre el mismo Juzgado Cuarto Superior asumió la investigación por la falsificación de los mencionados documentos (prueba de ello es que sobre el punto indagó a Gladys Amparo Cárdenas Pérez y a Ramos Palencia; además, sobre los mismos, se practicó dictamen pericial determinándose su falsedad) y, lo más importante, que por todos estos hechos se tomaron las determinaciones de fondo correspondientes, por virtud de la conexidad sustancial existente, mientras que el Juzgado 79 de Instrucción Criminal escasamente pudo practicar unas pocas probanzas y eso sólo por medio del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, sin llegar a ninguna decisión que resolviera el caso.

Entonces, habiéndose inducido en error al funcionario judicial mediante el acompañamiento a la demanda de un contrato falsificado, y luego oponerse al incidente de tacha de falsedad anexando dos facturas igualmente apócrifas, resultaba obvio que la investigación por todos estos hechos debía adelantarse bajo una misma cuerda procesal como efectivamente sucedio, sin que con ello se evidencie en su trámite irregularidad alguna que amerite la invalidación de lo actuado, como pretende hacerlo ver el actor.

La segunda parte de la "fundamentación" de este cargo causa aún mayor perplejidad, pues alegar a estas alturas que la decisión en el incidente de tacha de falsedad por parte del Juzgado Dieciséis Civil Municipal era presupuesto previo e indispensable para que el Juzgado de Instrucción Criminal asumiera competencia, es desconocer, de un lado, la realidad procesal que enseña cómo la demandada en el proceso civil no fue escuchada debido a que no demostró el pago de los arriendos que se adeudaban según lo estipulado en el falso contrato, lo cual determinó que se desestimaran sus pretensiones (fl. 63 vto. Cdo. Pte. Civil); y, de otro, según lo menciona la Delegada en términos que hace suyos la Sala, si se acepta el planteamiento del censor sería establecer una cortapisa que no posee el ejercicio del *ius puniendi* estatal, en razón a que la acción penal para la averiguación de la comisión de las ilicitudes no está supeditada, en manera alguna, a la existencia de un pronunciamiento de autoridad no competente para ello, debido a que el trámite incidental de la tacha de falsedad solamente tiene incidencia en el proceso civil donde se plantea el conflicto, y sólo para efectos de las resultas de ese litigio, pues debe entenderse que si al finalizar el incidente de tacha de falsedad el juez dispone la expedición de copias con destino al funcionario de instrucción en materia penal, es solamente en cumplimiento del deber legal de poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente, conforme lo prevé el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, pero de ninguna manera puede asimilarse esta actuación al ejercicio de la querella en los casos que la requieren, para excitar el funcionamiento el aparato judicial. Por lo infundamentado de este cargo, tampoco prospera.

2.2. *Segundo cargo*

El libelista centra su ataque contra la sentencia cuestionada en que existió violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 2o. del Código Penal, indebida aplicación de los artículos 221, 182 y 26 *ibidem* y falta de aplicación al principio *in dubio pro reo*, por cuanto el abuso de la hoja firmada en blanco no está erigido como delito; que se trata de una falsedad ideológica en documento privado que, igual, no la sanciona la ley; y que no hubo mutación o alteración de la verdad.

Sabido es que cuando se invoca como causal de casación la violación directa de la ley sustancial, el censor debe aceptar, como en este caso, los hechos tal y como fueron establecidos en el fallo motivo de impugnación, sin que pueda, por tanto, desconocer la legalidad de los medios de prueba aportados, ni su valoración.

Sin embargo, desconocer que llenar una hoja firmada en blanco con manifestaciones de voluntad no realizadas por el firmante, como aquí acontece, sin su autorización, de manera clandestina y comprometiendo los intereses patrimoniales del signatario, contra su voluntad, configura un atentado contra la fe pública, es ignorar el alcance y contenido del artículo 221 de la codificación punitiva, pues no debe olvidarse que esta norma protege la facultad documentadora de quien lo suscribe, al momento de consignar en el texto sus propias manifestaciones de compromiso y no las ajenas, en la medida en que tales expresiones no sólo se erigen en prueba sino que, también, le acarrean consecuencias de orden jurídico.

La tipicidad del comportamiento aquí juzgado está demostrada, en la medida en que del proceso emerge un vínculo jurídico entre la firmante de la hoja en blanco y quienes llenaron su contenido, el que conforme a la prueba allegada, nació de la relación societaria existente entre Elcida Medina y María del Carmen Pérez de Cárdenas, pues fue con ocasión del negocio celebrado que la denunciante firmó el documento para que en él se hiciera constar, según su voluntad, el recibo de los primeros cincuenta mil pesos que como aporte a la sociedad hacía la procesada, lo que a la postre, ignorando lo acordado, no se cumplió, y ahora pretende desconocer el casacionista.

El otro de los argumentos no podía ser más alejado de la realidad y, por ende, condenado a no prosperar. Pretender que en el presente caso se configura una falsedad ideológica en documento privado igualmente atípica, es desconocer, que la esencia de la falsedad ideológica radica en que quien llena el documento con afirmaciones contrarias a la verdad, debe ser el mismo sujeto que lo suscribe, es decir, su autor, lo que no sucede para el presente caso, pues como se anotó, quien firmó la hoja en blanco, esto es *Elcida Medina Orozco*, no intervino para nada en la redacción del texto que se le incorporó al documento mendazmente demostrativo de la relación contractual, situación que evidencia una vez más la peculiar concepción que de la ley tiene el casacionista, a partir de la cual forma su censura.

Además, aducir, como lo hace, que con ocasión de la alteración de la firma de Leonor Cabrera de Calderón en las dos facturas que certificaban la venta de la maquinaria a María del Carmen Pérez, no hubo mutación de la verdad y en ese sentido que se aplicó indebidamente el artículo 221 del C.P., no deja de ser un argumento forzado.

Como lo advierte el Procurador, la inocuidad de las facturas como tales no es el ingrediente fáctico para la consideración normativa que se hace

del caso, ya que independientemente de la calidad jurídica de ellas, la capacidad probatoria que ostentaban, en cuanto por su conducto se demostraba la adquisición de las máquinas materia del litigio civil, es suficiente para predicar de ellas la alteración a la verdad que quiere desconocer el demandante, capacidad probatoria que es lo único que se exige, desde el punto de vista de la tipicidad, independientemente de si el documento en estudio corresponde al concepto comercial de factura.

SE DESESTIMA EL CARGO

2.3. *Tercer cargo*

Como tercer argumento de censura a la sentencia del Tribunal, el casacionista la acusa de ser violatoria de la normatividad sustancial por haberse incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Dice el actor que se apreciaron erróneamente los testimonios de la denunciante, el incidente de tacha de falsedad y las facturas obrantes en el expediente. A pesar de ello, por parte alguna indica cómo la prueba supuestamente valorada de manera errónea, incidió en el fallo cuestionado, ni cómo su correcta valoración permitiría absolver a su cliente. Simplemente se limita a expresar su inconformidad con la apreciación probatoria que hicieran los juzgadores de instancia sin tener en cuenta que el sistema de tarifa legal en su estimación probatoria no rige en nuestro ordenamiento penal.

Para que el argumento esgrimido por el censor pudiese ser llamado a prosperar, ha debido demostrar con claridad la naturaleza del error cometido por el juzgador en la valoración probatoria, y, además, cómo él condujo al proferimiento del fallo que ha debido ser diverso del emitido.

Sin embargo, el raciocinio lo desplaza a hacer una serie de consideraciones sobre la ausencia del *animus societatis* entre la procesada Pérez de Cárdenas y la denunciante, sustentadas en la denuncia y en las facturas aportadas al proceso civil, lo cual se constituye, como lo advierte el Procurador, en insalvable defecto técnico, pues no sólo no constituye un ataque completo, sino que desatiende la verdad revelada en el proceso, la cual evidencia la existencia del ánimo de asociarse con la distribución de obligaciones como aparece claro en la negociación de las máquinas, verdad verificable con la indagatoria y demás pruebas señaladas como erróneamente valoradas.

Ante el defectuoso desarrollo dado al reproche, tampoco prospera.

2.4. *Cuarto cargo.*

Al acusar la sentencia de segunda instancia de haber incurrido en error de derecho en la apreciación de los documentos remitidos del Juzgado Dieciséis Civil Municipal, siendo estas pruebas ilegalmente producidas, el censor olvida que su ataque no debía dirigirlo sobre la manera como el juzgado civil remitió la documentación, porque si fue allí donde se presentó la presunta irregularidad, es en el ámbito civil donde debía alegar. También olvida que esta prueba fue allegada con ocasión de la solicitud que hiciera el Juzgado de Instrucción Criminal (fls. 33, 34, 55 y 56 del cdno. 1). Entonces, no entiende la Sala cuál el sentido del ataque, si el numeral 1-d del artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, autoriza la remisión de los documentos al juez penal que lo solicite "una vez precluída la oportunidad para tacharlos de falsos o desestimada la tacha" y, la tacha fue desestimada en auto de fecha octubre 23 de 1985 cuando se dispuso no oír a la parte demandada (fls. 29 y 63 vto. cno.3), en tanto que el auto que ordenó su remisión tiene fecha febrero 4 de 1986.

Entonces, el casacionista ha debido demostrar, para que el ataque tuviera algún sentido, que el juzgado instructor no tenía facultad legal para pedirle al juez civil los documentos por cuyo motivo se formuló denuncia penal (lo cual no hace por parte alguna); a pesar de eso la actuación es legal por lo que se dijo en precedencia, esto es, que no existe limitación para que la justicia penal inicie una investigación por el delito de falsedad documental, al punto que la actuación se puede iniciar oficiosamente sin necesidad de querella de parte y los documentos tachados de falsos fueron remitidos por el Juzgado civil al de Instrucción Criminal una vez se desestimó la tacha. Por lo tanto, al carecer el cargo de fundamento, se desestima.

2.5. *Quinto cargo.*

Aduce el recurrente que se incurrrió en error de hecho en la apreciación de la prueba, como sucedio con los testimonios de Gladys Cárdenas, por haber supuesto la existencia de otros, y no haber apreciado unos documentos que probaban la independencia laboral del abogado Ramos Palencia, por oposición a su relación de subordinación ante Carmenza Pérez de Cárdenas a que se alude en el fallo.

A pesar de indicar la magnitud de su ataque, el actor al igual que en los cargos anteriores, no se preocupa por demostrar de manera clara y precisa en qué consistió el error, ni la incidencia de éste en el fallo que reprocha. Se limita a mostrar su inconformidad con la valoración de la

prueba que hiciera el Tribunal de Instancia, como si se tratara de un alegato dentro de la tramitación ordinaria.

Además, funda su censura en que el tribunal para sentenciar al abogado Ramos Palencia se basó únicamente en la declaración que sobre él rindiera Gladys Cárdenas. No podía estar más desacertado el libelista. De la simple lectura del llamamiento a juicio, que se integra a la sentencia cuestionada cuando no ha sido objeto de modificación, se colige que el *ad quem* se basó, además de éste, en otros medios de prueba que le dieron la íntima convicción de la participación del profesional en los hechos que fueron objeto de investigación, así como de su responsabilidad y que era deber del actor atacar, de acuerdo a la lógica y técnica que orienta este tipo de censuras en casación.

Véase cómo en la providencia calificatoria se menciona:

"En diligencia de careo entre *Carmenza Pérez* y la denunciante (fls. 165 ss.), donde esta última le sostiene todos los cargos, la procesada cambia de versión indicando que el contrato de arrendamiento fue escrito en la máquina de la fábrica por su hija *Gladys Cárdenas Pérez* y dictado por teléfono por el abogado *Juan Emilio Ramos,* quien es asesor permanente de la empresa "Flor Camelia" (fl. 23 Cdno. No. 5).

En el párrafo siguiente se lee: "Más adelante es concreta la procesada al señalar que sobre la elaboración de las facturas, su hija *Gladys Cárdenas* le manifestó (que) ello fue producto del consejo que había recibido de parte del doctor *Juan Emilio Ramos* en dicho sentido y que él mismo había dicho que recogieran la firma de la vendedora para así quedar legalizada la venta de las máquinas, lo cual fue aceptado por Gladys".

Luego, en la sentencia de segunda instancia, se menciona además de la cita que acertadamente trae la Delegada : "En lo que concierne a la actividad desplegada por el abogado *Ramos Palencia,* ésta le es penalmente reprochable.- Fue la persona que asesoró a las demás vinculadas en todo lo concerniente a la documentación que falsamente se elaboró sobre las máquinas; fue quien insinuó los pasos a seguir y quien, en connivencia con *María del Carmen Pérez de Cárdenas,* presentó la demanda de restitución de las cosas muebles utilizando así la administración de justicia como medio eficaz para que las máquinas pasaran a manos de *María del Carmen,* como en efecto sucedió" (fl. 47 cno.6).

Además, el Tribunal señaló: "La buena fe en el abogado *Ramos Palencia* no la acepta la Sala; al contrario, se denota que su actividad fue intencionalmente contraria a la ley, al idear la manera como se crearían los

documentos por parte de *Gladys* y *María del Carmen*, para luego proceder a través de su investidura profesional, a utilizarlos, primero uno y posteriormente los dos restantes, ante un Despacho Judicial con una finalidad previamente acordada con *María del Carmen*, e indudablemente insistida en el curso de la actuación civil" (fl. 48 cno. 6).

Por todo esto, afirmar que no existe prueba de la responsabilidad del abogado *Juan Emilio Ramos*, como lo aduce el libelista, no deja de ser una mera especulación sin asidero alguno, ajeno a la finalidad de la casación, pues, además, el expediente es rico en probanzas sobre el particular. Destácase cómo este profesional del derecho, que si bien no tiene vínculos laborales con *María del Carmen Pérez Cárdenas*, sí fue quien ideó todo lo concerniente a los términos del contrato de arrendamiento ficticio, dictó el contenido de las facturas a falsificar y por último, presentó estos documentos falsos ante la justicia civil con miras a obtener decisión contraria a la ley, por soportarse la acción en prueba documental que reflejaba un hecho alejado de toda realidad.

Luego si la pretensión era desquiciar este fundamento probatorio, el reproche en casación ha debido comprenderlo en su totalidad como ya se destacó. Por este doble aspecto, porque el ataque es parcial y porque carece de fundamento, no está llamado a prosperar.

3. *Tercera demanda*

Son dos los cargos a la sentencia que se hacen en la última de las demandas presentadas, esta vez por el defensor de Gladys Amparo Cárdenas Pérez. El primero referido a error de hecho en la apreciación de la prueba, consistente en "desechar la prescripción de la acción penal, cuando el transcurso del tiempo era suficiente para que operase aún oficiosamente la declaratoria de prescripción respecto de los hechos imputados" a su patrocinada. El segundo, referido a que no se tramitó el proceso iniciado por el Juzgado 79 de Instrucción Criminal hasta encontrarse en situación de acumulación. La más desenfocada de las demandas.

Si lo que pretendía el casacionista era que se reconociera la presencia de la prescripción de la acción penal, ninguna alusión debía hacer al aspecto probatorio por tratarse de un problema ajeno a los de hecho, su ataque debió dirigirlo al amparo de motivo diverso como lo ha establecido esta Sala de manera reiterada. Sin embargo, como este aspecto ya fue motivo de análisis en esta sentencia, a él se remite la Sala.

De otra parte, como ha sido sostenido, el especialísimo recurso de casación impone el sometimiento a unos parámetros señalados por la ley

y suficientemente desarrollados por la doctrina. No se puede, so pretexto de buscar la invalidación del fallo impugnado, como antes se destacó, hacer argumentaciones relacionadas con el trámite de un proceso diferente a aquél que culminó con el fallo materia del recurso de casación.

En el presente caso, no se ameritaba nueva vinculación de los procesados, pues ya estaban siendo objeto de investigación con ocasión del instructivo por el cual fueron sentenciados, como amplia y prolijamente se aclaró al referirse la Sala a la otra demanda presentada en ese sentido y ello en razón a la conexidad entre la falsedad de las facturas y las restantes conductas delictivas a que se ha venido haciendo mención, por lo cual el que en el proceso de trámite en el Juzgado 79 de Instrucción no hubieran sido escuchados los sentenciados, no es motivo de invalidación de la actuación cumplida en la que se adoptó la sentencia censurada en casación. Tampoco prosperan los cargos.

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. Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CAUSAL

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

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

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

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

"4o. Si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una...".

"Causal" es la expresión asignada en la ley para los motivos a través de los cuales se puede denunciar la ilegalidad de una sentencia de segunda instancia; y que en el lenguaje que se ha venido conformando en torno a esta vía extraordinaria, a cada acusación que se dirige contra la sentencia atacada se denomina cargo, reproche o censura. Por tanto es impropio denominar "causal" a lo que es cargo o censura.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 117

Proceso No. 10511

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Henry Humberto Gómez Méndez* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Setenta y Cuatro Penal del Circuito de esta misma ciudad, que condenó al aquí recurrente a

la pena principal de veinte (20) años de prisión como coautor de los delitos de homicidio y acceso carnal violento.

HECHOS

El Tribunal los resume así:

"Consta de autos que aproximadamente a las siete de la noche del siete de agosto del año 1991, en inmediaciones de los barrios San Francisco y la Candelaria, al sur de la ciudad, fueron interceptadas las menores Jenny Janneth Escobar Castillo y Norma Lucía Mancipe, cuando presenciaban un desfile de un colegio, por tres individuos que portaban armas cortopunzantes y despojaron inicialmente a la joven Norma Lucía de su reloj de pulso y la suma de ochocientos pesos; enseguida las obligaron a seguir hacia un potrero, en cuyo trayecto la menor Norma Lucía logró escapar y acudió a la Estación de Policía del lugar donde informó lo sucedido e inmediatamente los policiales procedieron a la búsqueda de Jenny Janneth, quien sólo fue hallada al día siguiente, en un potrero aledaño, sin vida, desnuda, con múltiples lesiones y signos de haber sido violada sexualmente."

LA DEMANDA

Dice el libelista que interpone este extraordinario recurso de casación contra la sentencia del Tribunal para que la Corte en su lugar profiera la que en derecho corresponde.

En el resumen de la *Actuación procesal* hace referencia al informe rendido por la Policía que dio origen a la investigación, a la "declaración" de su representado, de la cual destaca la afirmación de éste de no haber actuado ni participado en los delitos materia de investigación. Expresa que de la comparación de los reiterados testimonios de Norma Lucía Mancipe (a quien califica de mitómana) se puede deducir que "dicha pieza procesal no tiene fuerza probatoria, ni siquiera para constituir cuota cautelar de prisión, menos para coadyuvar ...proveído acusatorio".

Invoca las causales "primera y tercera del artículo 220 del C. de P. P...., por nulidad y calificación indebidas (sic), tanto en las sentencias de primera y segunda instancias" (sic).

Bajo el subtítulo "Causal-Primera de Casación" dice el actor que fundamenta su petición en "la causal tercera de casación contenida en el numeral 3 del artículo 220 del C. de P. P. por haberse dictado la sentencia de segunda instancia en un proceso viciado... de Nulidad Constitucional, que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia Nacional han desarrollado

y difundido frente al texto del artículo 29 de la Constitución Nacional que trata sobre la cabal observancia del *debido proceso*, al proclamar que 'Es Nula, de plano (sic) derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso' ".

Agrega que: "las formas propias del indebido (sic) proceso fueron transgredidas en las instancias en forma, hecho, lugar, la calificación correcta adecuada al derecho debería haber sido por homicidio agravado por la causal prevista en dicho numeral, en la modalidad de ocultamiento para obtener, mas no calificar los hechos en la forma como se hizo, por el Homicidio Agravado, más agravado aún por el citado delito contra la libertad y el honor sexual, patentizándose por tal acontecer una Nulidad Mayúscula, que al no poderse sanear, o convalidar por otro medio debe declararse perentoriamente máximo (sic) cuando se transgredió el principio de equidad de las penas por haberse violado el principio de *nom bis in idem*, es decir que dentro del proceso penal no puede existir agravación sobre lo ya agravado".

Aduce que la viciada actuación que proclama como fundamento de la "invalidez" de la sentencia impugnada no puede desestimarse porque su mandante "no tuvo defensor y él como empírico o inocente del derecho, no pudo oponer el incidente de recusación o el medio de defensa del caso para subsanar tamaño desfase".

En lo que denomina "Causal Segunda de Casación" dice así el memorialista:

"Por la aplicación indebida de la Ley sustancial. La sentencia debatida es igualmente violatoria de la ley sustancial conforme a la causal tercera del artículo 220 del C. de P. P., por calificación indebida de los fallos de primera... y segunda instancia, porque habiendo que dado (sic) el homicidio, simplemente agravado por las circunstancias indicadas en el numeral 2 del artículo 324 del Código Penal, imponiendo una pena de presidio, que sin ser la mínima no fuera la impuesta (cuántos años) por cuanto en el enjuiciamiento no se computó ninguna otra circunstancia de agravación, no se tuvo en cuenta la buena conducta porque tanto la actuación como el debate judicial se llevaron a cabo por fuera de las formas propias del proceso, para evitar así que la sanción que se imponga al acusado o sentenciado sea resultado, de una parte, de actuaciones contra sus (sic) y de otras empíricas".

Agrega que no se observaron en lo más mínimo las formas propias del juicio porque "fue muy somero (sic) la defensa de primera... como de segunda instancia, como se puede apreciar a través de las actuaciones,

este coadyuvó a su apoderado (sic) hacer ciertos alegatos para su defensa. Por otra parte el homicidio agravado tal como se califica por el *ad quem* carece de técnica jurídica especial del básico que es el homicidio simple, artículo 323 del C. P. El agravado contiene los mismos elementos comunes son el objeto jurídico y el verbo rector. Los elementos especiales la relación de parentesco. La relación del homicidio y otro hecho los modos como son tiempo circunstancias, o un móvil especial en el sujeto agente, o la utilización de un inimputable en la comisión del hecho o la sevicia".

Finalmente manifiesta que en el caso que nos ocupa, "cualquiera que hubiera sido el homicidio no basta solamente acreditar que el estado de indefensión o inferioridad exista. En el caso que nos ocupa el agente no se aprovechó de la situación ventajosa para él y desventajosa para la obitada, luego de (sic) la indefensión o inferioridad no juego en el caso presente para la agravación, ni menos el grado de parentesco, ni por los motivos, sino lo correcto para el caso la apreciación jurídica correcta debiera haber sido el indicado en el numeral 2 del artículo 324 C. P. en su modalidad de ocultamiento, porque el móvil para perpetuar (sic) el homicidio era borrar u ocultar otro hecho punible como el acceso carnal violento de que se había hecho momentos antes a la ebitada (sic) para obtener la impunida (sic) de este".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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

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

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

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

"4o. Si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una...".

Basta leer la demanda para advertir de inmediato que en ella no se identifican los sujetos procesales, tampoco se hace una síntesis de la actuación procesal, pues en el acápite que así se titula el recurrente se limita a destacar que según la versión de su representado, éste no tuvo ninguna participación en los delitos de homicidio y acceso carnal violento;

califica de "mitómana" a la declarante Norma Lucía Mancipe, aduciendo que de la comparación de los testimonios rendidos por ella, se puede deducir que "dicha pieza procesal no tiene fuerza probatoria" para imponer medida cautelar de prisión, menos para dictar proveído acusatorio.

Cabe observar que en el posterior desarrollo de las censuras el impugnante no hace referencia a ninguna de las anteriores alegaciones.

Ahora bien, ante las formulaciones y terminología que exhibe el libelo analizado, conviene recordar al censor que "causal" es la expresión asignada en la ley para los motivos a través de los cuales se puede denunciar la ilegalidad de una sentencia de segunda instancia; y que en el lenguaje que se ha venido conformando en torno a esta vía extraordinaria, a cada acusación que se dirige contra la sentencia atacada se denomina cargo, reproche o censura. Por tanto es impropio denominar "causal" a lo que es cargo o censura.

Inicialmente el libelista invoca simultáneamente las causales primera y tercera contenidas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, con el único argumento de que se incurrió en nulidad por calificación indebida "en las sentencias" de primera y segunda instancia, sin ninguna otra especificación.

Luego, en forma separada enuncia dos causales de casación, cuando en realidad su contenido no corresponde a las establecidas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que invoca.

Es así como dentro del primer cargo que el demandante denomina "Causal Primera de Casación", expresamente invoca la causal tercera para pregonar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por inobservancia del debido proceso (art. 29 C. N.).

Sin embargo la anterior afirmación carece de sustento con miras a la estructuración de esta causal, por cuanto se apoya en aseveraciones generales sin ningún desarrollo, tales como que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso; que la calificación correcta era la de "homicidio agravado por la causal prevista en dicho numeral, en la modalidad de ocultamiento para obtener", y no como se hizo por homicidio agravado "más agravado aún por el citado delito contra la libertad y el honor sexual... máximo (sic) cuando se transgredió además el principio de *non bis in idem*", porque no puede existir agravación sobre lo ya agravado; que su mandante no tuvo defensor y no pudo interponer el "incidente de recusación o el medio de defensa del caso para subsanar tamaño desfase".

Como puede verse no existe un planteamiento claro sobre una pretensión concreta. Se trata de un alegato desordenado sobre diferentes temas, con aseveraciones que no son otra cosa que una mezcla inaceptable de inquietudes sin desarrollo alguno.

En lo que el actor denomina "Causal Segunda de Casación", es evidente que su contenido no guarda ninguna relación con esta causal, se trata entonces de un segundo cargo en el que se confunde la causal primera con la tercera, al afirmar que "la sentencia debatida es igualmente violatoria de la ley sustancial conforme a la causal tercera del artículo 220 del C. de P. P.".

Como es obvio, al no concretar debidamente cuál es la causal de casación que se invoca para pedir la infirmación del fallo recurrido, resulta imposible cumplir con la exigencia de indicar en forma clara y precisa sus fundamentos, situación que explica que el escrito esté tan distante de ser una demanda de casación.

Pero además, es indiscutible que el memorialista intenta fundamentar la censura con unos argumentos totalmente inintelegibles (como se puede observar en los apartes de la demanda antes transcritos) que dejan a la Sala sin saber cuál es su pretensión.

Si la idea del demandante es que la Corte seleccione lo que estime rescatable de todo ese conjunto de afirmaciones indemostradas y de las alegaciones incoherentes, eso reafirma su desconocimiento de las reglas del recurso extraordinario de casación, lo que junto a lo ya dicho conduce al rechazo *in límine* de la demanda.

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

RESUELVE:

Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Henry Humberto Gómez Méndez* y en consecuencia declarar *desierto* el recurso.

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

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL / INDEMNIZACION

Cuando el origen de la responsabilidad civil extracontractual sea la comisión de un hecho punible, y la acción indemnizatoria se ejercite dentro del proceso penal, indefectiblemente la tasación de los perjuicios deberá efectuarse conforme a las reglas establecidas en el Título VI del Código Penal en concordancia con el Capitulo III del C. de Procedimiento Penal, según las cuales los daños materiales y morales derivados del hecho punible deben ser reparados aun cuando no exista dentro del proceso base suficiente para fijarlos, en cuyo caso el juzgador estará obligado a señalar prudencialmente la respectiva indemnización.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No.117 (17-08-95)

Proceso No. 9096

VISTOS

Decide la Corte el recurso de Casación interpuesto por el defensor del procesado *Wilson Alfredo Quintana Soto,* contra la sentencia de segunda instancia proferida el 13 de septiembre de 1993, por el Tribunal Superior de Antioquia, mediante la cual lo condenó a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio simplemente voluntario.

El recurso lo concedió el Tribunal el 13 de octubre de 1993, en tanto que esta Corporación declaró la correspondiente demanda como ajustada a las formalidades legales por auto de 17 de febrero de 1994.

HECHOS

El Tribunal los resumió así:

"Alrededor de las doce y media de la noche del 24 de julio de 1990, el agente de la Policía Nacional Carlos Alberto Valencia Alzate, quien se hallaba franco y vestido de civil, decidió recostarse en la motocicleta de propiedad del individuo *Wilson Alfredo Quintana Soto*, actitud que no fue de su agrado, pues lo reconvino y de allí surgieron recíprocas palabras. Como la divergencia se presentó al frente de uno de los kioscos existentes en el sitio 'La Ye' del municipio de Caucasia, el agente Valencia, con evidente ánimo disuasivo, se mudó a otro establecimiento, pero *Wilson Alfredo* salió en pos de él y prosiguió insistiendo en la disputa, más aún, subiendo el tono de su actitud rijosa y agresiva, asió por el cuello a Valencia y por ello entraron en combate y forcejeos, los cuales culminaron cuando intempestivamente sustrajo un arma de fuego de cañón corto, mudando las circunstancias que él mismo impuso a la reyerta, y le hizo varios disparos al agente, habiéndole ocasionado dos heridas, una de las cuales, en la región abdominal, laceró la aorta provocando choque hipovolémico y consecuen-cialmente su muerte. Uno de los proyectiles disparados por *Quintana Soto* fue a dar en una de las piernas del señor Ismael Percy Díaz, quien se encontraba sentado a la barra del establecimiento de cantina, en estado de beodez, totalmente ajeno a los hechos promovidos por *Wilson Alfredo*, lesión que le provocó como única consecuencia natural una incapacidad de 20 días. Por estos hechos fue vinculado al proceso mediante indagatoria el citado *Quintana Soto*."

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con amparo en la causal primera del artículo 220 del C. de P. P., sin más especificaciones, el censor hace los siguientes reparos a la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia:

Inicialmente expresa que el motivo de la demanda radica en que se le dio trámite al recurso de apelación interpuesto por la Parte Civil contra la sentencia de primera instancia, reconociéndosele interés jurídico para controvertir la adecuación típica de la conducta bajo el equívoco entendimiento del Tribunal de que "los perjuicios se concretan proporcionalmente con la sanción privativa de la libertad".

Luego afirma que la parte civil no tenía interés para recurrir el fallo de primera instancia porque los perjuicios ocasionados con el delito no varían dependiendo de la forma de culpabilidad que se atribuya al procesado (dolo, culpa o preterintención) y, además, no fueron debidamente acreditados en el proceso, razón por la cual no podían ser objeto de indemnización conforme a lo previsto en el artículo 2341 del C. C., norma violada por el Tribunal.

Aclara que la conducta de la víctima sí puede tener incidencia en la tasación de perjuicios, pues si ésta se expone imprudentemente al peligro y resulta dañada, es de elemental justicia que la indemnización sea menor, como ocurre cuando a un victimario se le reconoce la atenuante derivada de una grave e injusta provocación.

Concluye la demanda manifestando que el Tribunal "desbordó su competencia" al darle trámite a dicha apelación de la parte civil que pretendía el incremento de la indemnización, no con base en los perjuicios probados, como sería lo indicado, sino cuestionando la forma de culpabilidad atribuida al procesado y la pena privativa de la libertad que se le había impuesto.

Consecuentemente, impetra a la Corte revocar el fallo impugnado para que recobre su vigencia la sentencia de primera instancia que en su sentir no ha debido ser modificada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA Y CONCEPTO DE LA DELEGADA

Con acierto expresa la Delegada su descontento con la demanda pues en verdad no se ajusta a los mínimos requisitos técnicos del recurso de casación, y más bien constituye una reiteración de lo alegado en las instancias.

Aunque el demandante no lo dice expresamente como debiera, al parecer formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, ambos con fundamento en la causal primera de casación.

El primero consiste en violación del artículo 2341 del Código Civil, por haber aceptado el superior revisar e incrementar la condena en perjuicios dictada por el inferior; a pesar de que éstos no se encontraban debidamente probados en el plenario.

Y el segundo, lo hace radicar en la incompetencia del Tribunal para dictar la sentencia que ahora se demanda, debido a que ésta fue el fruto del recurso de apelación interpuesto por la parte civil, la cual carecía de interés jurídico para impugnar la sentencia condenatoria de primera instancia.

Referente al primer cargo, no precisa el recurrente si la vulneración que aduce se presenta por vía directa o indirecta ni el sentido de la misma. Dichas falencias indefectiblemente conducen a la desestimación del cargo como lo impetra la Delegada, pues nadie debe desconocer que a la Corte le está vedado interpretar el querer del actor para suplir los vacíos de la demanda, en virtud de la limitación propia de este recurso extraordinario.

Sin embargo, valga la ocasión para advertir que cuando el origen de la responsabilidad civil extracontractual sea la comisión de un hecho punible, y la acción indemnizatoria se ejercite dentro del proceso penal, indefectiblemente la tasación de los perjuicios deberá efectuarse conforme a las reglas establecidas en el Título VI del Código Penal en concordancia con el Capítulo III del C. de Procedimiento Penal, según las cuales los daños materiales y morales derivados del hecho punible deben ser reparados aunque no exista dentro del proceso base suficiente para fijarlos, en cuyo caso el juzgador estará obligado a señalar prudencialmente la respectiva indemnización.

Además, el artículo 2341 del Código Civil no hace más que consagrar la obligación de indemnizar todo daño derivado de delito o culpa, sin perjuicio de la pena principal que le corresponda.

Así las cosas, resulta evidente que esta primera censura carece de todo fundamento.

Y en cuanto al segundo cargo, salta a la vista que ha debido formularse con amparo en la causal tercera de casación y no en la primera como se hizo, pues bien sabido es que la falta de interés para obrar o de legitimación constituyen presupuestos procesales de la decisión de fondo, por lo que repercuten de manera determinante en las reglas del debido proceso limitando la procedencia del recurso ante el funcionario de 2a. instancia, ya que este no podría sino pronunciarse absteniéndose de desatarlo y por tanto, al hacerlo, incurre en causal de nulidad (art. 304.3 C.P. P.). En consecuencia, la antitécnica formulación del cargo determina su anticipado fracaso.

No obstante, la Sala estima necesario precisar que, contrario de lo afirmado por el recurrente, la parte civil sí tenía interés jurídico para impugnar el fallo de primera instancia, así como para cuestionar la calificación jurídica de la conducta pues, tal como lo explicara su apoderado en el memorial de apelación, no puede ser igual la indemnización pecuniaria de un homicidio intencional que la de uno culposo, tomando en consideración que entre más gravedad revista el hecho, mayores serán también los perjuicios ocasionados y su correspondiente indemnización (arts. 106 y 107 C. P.).

Por ello fue por lo que el Tribunal, al considerar que el homicidio de autos había sido intencional y no culposo, no sólo debió agravar la pena privativa de la libertad impuesta al sentenciado, sino que también debió incrementar proporcionalmente el monto de la condena en perjuicios.

Es que los artículos 106 y 107 del Código Penal señalan como criterios para tasar los perjuicios la naturaleza y modalidades de la infracción. Por tanto, cuando la Parte Civil impugnó la forma de culpabilidad que en la sentencia de primera instancia se dedujo al procesado, no hizo más que propender por su legítimo interés de que le fueran plenamente satisfechas sus pretensiones indemnizatorias acorde con la naturaleza y modalidad del hecho procesalmente demostradas, sin que para ello fuera necesario, como se afirma, acreditar la cuantía de los perjuicios, pues ante la evidencia del daño causado se imponía para el juzgador hacer efectiva la obligación de repararlo, acudiendo al sistema supletorio establecido en la Ley.

Así las cosas, el Tribunal Superior de Antioquia, lejos de "desbordar su competencia", obró correctamente al darle trámite y decidir como lo hizo la alzada propiciada por la Parte Civil en procura de conseguir una condena de perjuicios mayor a la decretada por el *a quo*. Además, al agravar la pena no conculcó ninguna garantía del procesado, pues no debe olvidarse que la prohibición consagrada en los artículos 31 de la Constitución Política y 17 del C. de Procedimiento Penal, está restringida al evento en que el procesado sea apelante único, que no se dio en el presente caso.

Concluyendo, la sentencia del Tribunal se mantendrá incólume ante el fracaso de los cargos que se le han hecho y en razón a que no se advierte ningún motivo de nulidad ni afectación de las garantías del procesado.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con éste,

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cúmplase,

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

PECULADO POR APROPIACION / TRABAJADOR OFICIAL

El artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968, establece que si el Estado posee el 90% o más del capital social "se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado", de donde se deduce que en ese caso sus servidores ostenten la calidad de trabajadores oficiales.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 117 (17-08-95)

Proceso No. 8804

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado *Andrés de la Rosa Fontalvo* contra la sentencia de segunda instancia proferida el 20 de mayo de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, decisión que revocó el fallo absolutorio de primer grado emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esa ciudad el 10 de noviembre de 1992.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Ocurrieron aquéllos en la oficina principal del Banco Popular de la Ciudad de Barranquilla el 6 de noviembre de 1986, fecha en la que se realizó un estudio interno sobre el área de contabilidad por parte del Superior Delegado de Control, quien detectó una serie de comprobantes que no correspondían a las operaciones habituales de la entidad crediticia.

Lo anterior motivó que se efectuara otra investigación contable y en ella se pudo detectar el giro del cheque No. 3487920 el 25 de marzo de 1986 expedido a favor de Javier Pardo Gómez por la suma de noventa y cinco mil seiscientos pesos con cincuenta y ocho centavos que conforme a la documentación ordenatoria del mismo gasto se estableció que había sido

autorizado por el señor *Andrés de la Rosa Fontalvo* quien se desempeñaba como contador de la referida entidad.

Como no se pudo encontrar justificación alguna de la mencionada operación, máxime cuando el beneficiario era desconocido por la entidad, se verificó que el aludido título valor había sido consignado en la cuenta corriente No. 301-001052-6 del Banco Tequendama, en la que figuraba como titular *Andrés de la Rosa Fontalvo*.

También se advirtió la existencia de operaciones que, como la anterior, fueron autorizadas por el implicado y cuyos beneficiarios eran personas ajenas al Banco (pero que contaron con la autorización del mencionado señor *De la Rosa Fontalvo*).

Con fundamento en la denuncia presentada por el Gerente del Banco Popular de Barranquilla, el Juzgado Trece de Instrucción Criminal declaró abierta la investigación el veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y seis y luego de escuchar en indagatoria al implicado, le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el concurso de hechos punibles de Peculado y Falsedad en documentos.

Adelantada la etapa instructiva, ésta se declaró cerrada el tres de octubre de mil novecientos ochenta y ocho y el diez de febrero de mil novecientos ochenta y nueve el Tribunal Superior de Barranquilla revoca la reapertura que se había ordenado por el instructor, y en su lugar profiere resolución acusatoria en contra de *Andrés de la Rosa Fontalvo* por los delitos de Peculado por apropiación y Falsedad material de empleado oficial en documento público.

Realizada la diligencia de audiencia pública, se dictó sentencia de primera instancia el diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos en la que se absolvió al procesado de los cargos que le habían sido formulados en la resolución acusatoria, y de segundo grado el veinte de mayo de mil novecientos noventa y tres que revocó la decisión absolutoria y en su lugar condenó a *Andrés de la Rosa Fontalvo* a la pena principal de seis años y medio de prisión como autor de los delitos de peculado por apropiación y falsedad material de empleado oficial en documento público.

Contra esta decisión la defensora del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se desata.

La Demanda de casación

Dos son los cargos que se presentan contra la sentencia con fundamento en la causal primera, así:

Primer cargo

Lo hace consistir en error en la apreciación de las pruebas que demuestran la calidad de empleado oficial del procesado para la época en que ocurrieron los hechos.

Puntualiza la defensora, que no es suficiente la demostración de la calidad de empleado oficial por parte de la entidad bancaria, sino que además se requiere su verificación ya que para la época de los hechos tal calidad debía acreditarse mediante certificación expedida por el banco y refrendarse por la Superintendencia Bancaria pues los servidores, para esa época, no se tenían como empleados públicos.

Según la recurrente, los servidores de la entidad crediticia adquirieron la calidad de empleados oficiales a partir del año de 1988 mediante el Decreto 2497, disposición que no estaba vigente para la época de los hechos y por lo tanto no puede ser aplicable a su representado quien debe, a su juicio, responder por el delito de hurto agravado por la confianza, artículo 351 del Código Penal.

En la causal primera de casación, agrega la libelista, el error del fallo radica en la errónea apreciación de las pruebas o "mala aplicación", y de esa forma es como se viola la ley penal.

Indica que si el hecho narrado constituye delito, pero se aplica una disposición penal que no corresponde a la realidad fáctica, "por apreciación errónea de los hechos que constituyen las pruebas, allegadas al proceso, en este caso se ve claramente que se cometió *error de hecho*, porque los hechos tienen la norma que los tipifica"; que las pruebas aportadas al proceso no dan mérito para llegar a la conclusión que llegó el Tribunal.

Para la censora, en el juicio adelantado contra su representado se vulneró el debido proceso en razón a que no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas , "por ser apreciadas en forma equívoca", pues en el proceso no hay nada que pruebe la calidad del sentenciado con lo cual se violaron los artículos 133 y 218 del Código Penal, porque no se cumplen los requisitos en ellos contenidos para ser sancionado.

Segundo cargo

Alega en esta oportunidad la censora, que la sentencia que acusa fue dictada en proceso en el cual se violó una norma de derecho sustancial ya que se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción, por la apreciación errónea de las pruebas pues, se entendió, que el procesado cometió Peculado por Apropiación y Falsedad Material de Empleado Oficial en Documento Público.

Para demostrarlo se refiere a los elementos constitutivos del delito de peculado, y se ocupa del relativo a la calidad de empleado oficial que debe tener el agente, aspecto que es desconocido al analizar las pruebas y que por simples presunciones no se puede condenar a su prohijado.

Alude al hecho de que al Gerente de la entidad bancaria, Heriberto James Guzmán, así como el funcionario encargado de consolidar los balances y otros empleados que aparecieron implicados en la defraudación, les interesaba encontrar a alguien que no les causara problemas por los hechos cometidos y así evitar que fueran investigados; además que antes de terminar la investigación fueron retirados de sus cargos y luego reintegrados sin llegarse a probar hasta qué grado estuvieron comprometidos al tiempo que se cuestiona si un documento emanado por estos funcionarios puede tener credibilidad.

Comenta que su prohijado es una persona humilde que no tenía preparación intelectual, sólo algunos cursos de contabilidad; a ello agrega que los señores del M-19 que lo amenazaron le exigieron cumplir con el plan trazado para que se diera la defraudación manifestándole que tenían colaboradores dentro del Banco pero que no le podían señalar quiénes eran y, luego, descubierto el fraude, no le dan credibilidad.

Para la libelista, la conducta es culpable "pero la tipificación de los hechos no pueden valorarse sin tener en cuenta el agente que infringió la norma para constituirse el delito del cual se le acusa".

Considera improcedente la aplicación del Decreto 2497 de 1988, artículo 52 porque es posterior a los hechos investigados y luego se cuestiona, para el año de 1986, qué clase de empleado era *De la Rosa Fontalvo* si no estaba demostrado el capital aportado por el Banco Popular.

Reitera nuevamente que la sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial proveniente de error en la apreciación de las pruebas "es decir, falta de apreciación" porque desconoció la calidad de empleado que tenía el procesado y ello dio como resultado un fallo equivocado en cuanto a los delitos que se le imputaron violándose los artículos 133 y 218 del Código Penal y 246 y 254 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo anterior, solicita invalidar la sentencia de segunda instancia y declarar a su representado, absuelto por los delitos que se le imputan.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El representante de la parte civil, en su escrito de oposición a la demanda de casación, trae a colación una serie de disposiciones que hacen referencia a la creación del Banco Popular, su carácter de sociedad de economía mixta,

el régimen aplicable y la calidad de las personas que prestan sus servicios a la aludida entidad crediticia, para comentar que conforme al artículo 63 del Código Penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, miembros de las Corporaciones públicas o fuerzas armadas, por lo que se concluye que *Andrés de la Rosa Fontalvo* se desempeñó en el Banco Popular como trabajador oficial al momento de la comisión de los hechos punibles.

Respecto al segundo cargo considera acertados los fundamentos que tuvo el Tribunal para proferir la sentencia condenatoria, especialmente en cuanto a la injurada que rindiera el acusado, y por lo tanto debe predicarse que con base en la conducta realizada se tipifican los hechos punibles contemplados en los artículos 133 y 218 del Código Penal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Considera el Procurador Delegado, que la impugnante incursiona más por la vía de la violación directa que por el camino del error de hecho, al tiempo que el libelo carece de orden, claridad y precisión que se exigen en esta sede extraordinaria.

Primer cargo

Considera que la libelista omite señalar la prueba que se desconoce o se distorsionó, para hacer en cambio una serie de apreciaciones sobre las etapas del proceso nada de lo cual se relaciona con el motivo de la impugnación cual es, la prueba de la calidad de empleado oficial del inculpado porque considera necesaria que ella fuera acreditada por la Superintendencia Bancaria, como si se tratara de un número preciso de ellas -tarifa legal-, desconociendo que ahora impera el sistema de la sana crítica.

Señala otros errores de orden técnico que contiene el libelo para luego precisar que el Tribunal hizo referencia a que el Banco Popular tiene más del 90% de capital del Estado lo que sirve para determinar la categoría de los funcionarios que allí laboran.

Se ocupa luego de la calidad de empleado público o trabajador oficial de los servidores del Banco Popular y algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia acerca de los trabajadores oficiales y el alcance que para el efecto tiene el artículo 63 del Código Penal.

Aclara que de todas formas la certificación emanada del Revisor Fiscal del Banco Popular del 24 de octubre de 1985 ya hacía referencia a que el aporte de capital del éstado a la entidad Bancaria era superior al 90% lo

que permite concluir la clase de empleados como trabajadores oficiales y algunos empleados públicos.

En cuanto a los hechos punibles atribuídos al procesado manifiesta que tanto el delito de peculado por apropiación, como la falsedad material en documento público imponen que el sujeto activo sea empleado oficial, calidad que ostentaba el incriminado, como quiera que el cargo que ocupaba, Jefe de División de Contabilidad y la comprobación de la apropiación de los dineros cuyo manejo se le habían encomendado, además de la falsificación de los comprobantes utilizados por la entidad, lo sitúa frente a ellos.

Para la Procuraduría es equivocado considerar que fue sólo a partir de la vigencia del Decreto 2497 de 1988 que los servidores del Banco Popular adquirieron la calidad de empleados oficiales porque aquella categoría emana de la naturaleza jurídica de la misma entidad, esto es, como sociedad de economía mixta.

Estima que el cargo en consecuencia no debe prosperar.

Segundo cargo

Considera incorrecta la proposición de este ataque, porque mezcla dos razones que hacen parte de causales de casación diferentes; una, la errónea calificación que es atacable por la causal de nulidad y otra, la errónea apreciación de las pruebas, que hace parte de los errores de hecho y de derecho.

No obstante, abandona el enunciado y se dedica a afirmar que la calidad de empleado oficial de su representado no se probó, al tiempo que incursiona por la vía del error de derecho cuando hace referencia a testimonios que no merecen credibilidad.

Critica, igualmente el hecho de que la censora manifieste que su representado actuó bajo insuperable coacción ajena, pero sin demostrarlo, lo que encamina su alegato en un desacuerdo con las conclusiones a las que llegó el fallador.

Hace mención a lo confuso que resulta el escrito, y por lo tanto solicita no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Las censuras sustentadas por la demandante contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla carecen de eficacia para removerlo y en consecuencia, acogiéndose el concepto de la Procuraduría Delegada, se mantendrá en su integridad.

El primer cargo que toma como fundamento legal la causal primera de casación por la errónea apreciación de las pruebas que demuestran la calidad de empleado oficial del procesado *Andrés de la Rosa Fontalvo* para la época de los hechos, resulta incompletamente formulado como quiera que omitió señalar cuáles eran los elementos de convicción a que estaba haciendo referencia y si fue que ellos se dejaron de apreciar o se tergiversaron en sus contenidos objetivos; la libelista se dedicó, sin razones de peso, a asegurar que la calidad de empleado público de su representado debía acreditarse mediante certificación expedida por el Banco Popular refrendada por la Superintendencia Bancaria.

De ello se desprende que lo que en verdad censura al fallador no es un yerro en la apreciación probatoria, sino que se le haya imputado a *De la Rosa Fontalvo* el delito de peculado por apropiación el que pretende desvirtuar para que, en cambio, se le endilgue el hecho punible de hurto agravado por la confianza que tipifica el artículo 351 del Código Penal y termina más bien presentando una visión personal de los hechos y las pruebas, lo que resulta totalmente ajeno a la precisa causal que invoca.

Como al parecer, el aspecto central de la censura radica en la calidad de empleado oficial del procesado, la Sala se ocupará del tema, en aras a establecer la equivocada postura asumida por la recurrente.

Ha de recordarse en primer lugar, que el artículo 8o del Decreto 1050 de 1968, define las Sociedades de Economía Mixta como organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, con aportes estatales y de capital privado, creados por ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley.

El artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968, establece que si el Estado posee el 90% o más del capital social "se someten al régimen previsto para la empresas industriales y comerciales del Estado", de donde se deduce que en ese caso sus servidores ostenten la calidad de trabajadores oficiales.

A su turno, el Banco Popular se creó como Sociedad de Economía Mixta mediante Decreto 2143 de junio 30 de 1950, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Decreto 3135 de diciembre 26 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional entre los empleados públicos y los trabajadores oficiales, establece en su artículo 5o. inciso 2o, que las personas que prestan sus servicios a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales, salvo los cargos de dirección y confianza

que deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Ahora bien, el aporte del estado al Banco Popular para la época de los hechos, es aspecto que se encuentra acreditado en el proceso, como quiera que el 15 de noviembre de 1985 el Revisor Fiscal de dicha entidad expidió certificación acerca de su capital y en la cual se revela que el Estado tiene un aporte superior al 90%.

Por su parte, el procesado *Andrés de la Rosa Fontalvo* se desempeñaba como jefe de la división de contabilidad de la entidad crediticia para la época en que desplegó sus actos delictivos, esto es, la apropiación de sumas de dinero mediante la utilización de mecanismos contables, que eran cobrados por terceras personas y terminaban consignados en la cuenta corriente que éste tenía en otro banco.

Así las cosas y aun cuando el Decreto 3135 de 1968 antes referenciado permite diferenciar entre Empleados Público y Trabajadores Oficiales no altera para nada la calidad de "Empleado Oficial" que se exige para los efectos del artículo 63 del Código Penal, como más adelante se verá.

El Tribunal teniendo como base las precitadas disposiciones determinó:

"De otra parte la certificación autenticada anexa a folio 10 del cuaderno de parte civil, expedida por dicha entidad con sede en Bogotá, rubricada por el Revisor Fiscal de la misma, la cual obra como prueba no impugnada por parte interesada, revela que el Estado posee más del noventa por ciento de su capital y bien se refute como sociedad de economía mixta o empresa industrial o comercial del Estado el personal que en ella labora es considerado, trabajador oficial si desempeñan cargos de dirección o confianza y el resto del personal se estiman empleados públicos, por manera, tengan uno u otro efectos penales son estimados empleados oficiales surgiendo de este modo la circunstancia cualificadora de sujeto activo exigida para los delitos estructurados en estos eventos jurídicos, quedando de tal modo rebatidas las consideraciones hechas por el Juez fallador respecto a la atipicidad de la conducta por la supuesta ausencia de tal demostración."

El Tribunal partió entonces de supuestos completamente diferentes a los propuestos por la censora, pues estimó que la calidad de empleado oficial del sentenciado la ostentaba, para la época de los hechos, por prestar sus servicios al Banco Popular, entidad que conforme a los preceptos legales se constituyó en forma de Sociedad de Economía Mixta y cuyo aporte por parte del Estado superaba el 90%, requisito indispensable para que sus servidores detentaran tal categoría.

El Decreto 2497 de 1988 al que alude la recurrente, fue expedido por el Gobierno en uso de la atribuciones conferidas por los Decretos-ley 1050 y 3130 de 1968, por el cual se reglamentó el nuevo texto de los estatutos del Banco Popular, y estableció en su artículo 52 que de acuerdo con el artículo 5o del Decreto 3135 de 1968, los empleados del Banco son trabajadores oficiales y se regirán por las normas que para éstos se aplican.

La citada normatividad, se debe interpretar sistemáticamente en función del ámbito dentro del cual fue expedido y no en forma independiente como lo hace la libelista, pues de esta manera fácil resulta predicar que a partir de su expedición los servidores del Banco Popular adquirieron la calidad de empleados públicos, y no antes, lo cual no es cierto.

Cabe aquí traer a colación un pronunciamiento de esta Corporación que reitera aún más lo que se ha venido afirmando:

"a) Empleados Públicos: al tenor del inciso primero del artículo 5o., del decreto 3135 de 1968, tienen esta calidad, 'Las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos...'

"b) Trabajadores Oficiales : atendiendo al inciso segundo de la disposición citada en el literal anterior, se considera como tales a 'Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado...'

"En los dos casos puede haber excepciones que deben estar previstas en los estatutos, en las que laborando para un establecimiento público se tenga la condición de trabajador oficial, o perteneciendo a una empresa industrial y comercial del Estado, la de empleado público, pero de todas maneras eso no altera la calidad de 'Empleado Oficial' que esa persona tiene de acuerdo con el Código Penal." (Casación, diciembre 12 de 1991, Magistrado Ponente, Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Lo anterior demuestra suficientemente que los argumentos de la libelista para tratar de desvirtuar la calidad que a su representado lo hace incurso en los delitos imputados, carece de veracidad y sustento legal, como quiera que contraría los decretos que regulan la materia e introduce el novedoso requisito consistente en que la calidad de empleado oficial de una entidad bancaria debe ser refrendada por la Superintendencia Bancaria, argumento carente de sustento legal.

Si continuamos con la lectura del libelo, se puede establecer que no atina la demandante en ninguno de los postulados de la violación indirecta

de la ley sustancial equivocándose en el término "mala aplicación" de las pruebas, el que considera equivalente a la errónea apreciación, discurso este que no contiene en sí mismo ninguna utilidad para sus propósitos, pues en nada incide para desvirtuar la estructuración de los hechos punibles, la autoría de *De la Rosa Fontalvo* y su responsabilidad.

Para la Sala es claro que la apropiación de dineros por parte del sentenciado *Andrés de la Rosa Fontalvo* así como la falsificación de los comprobantes las efectuó en su calidad de contador del Banco Popular y se enmarcan en la adecuación típica efectuada por el Tribunal, la que continúa incólume habida cuenta que en esta sede sólo tienen acogida los errores de hecho que comportan yerros jurídicos que repercuten en la violación indirecta, esto es, cuando se presenta una disparidad entre los hechos conocidos en la sentencia y los procesalmente establecidos, circunstancia que no se evidencia en el libelo que se revisa.

Como un reproche final que se le debe hacer a la casacionista es la alusión a los artículos 133 y 218 del Código Penal que consideró vulnerados pero olvidó expresar cuál era el sentido de tal violación.

El cargo propuesto en las condiciones aludidas, no puede prosperar.

Segundo cargo

Tampoco acierta en esta oportunidad la recurrente ya que al amparo de la causal primera de casación quiso demostrar un error en la denominación jurídica del delito "por apreciación errónea de las pruebas" lo que condujo, según ella, a que se entendiera que los delitos cometidos por el acusado eran el de peculado por apropiación y el de falsedad material en documento público.

Este planteamiento amerita que desde ya se hagan algunas precisiones, pues si se quiere demostrar un error en la denominación jurídica resulta desatinado invocarlo al amparo de la causal primera de casación.

En efecto, como bien lo resalta el señor Procurador Delegado, la censora confunde dos planteamientos que hacen parte de causales de casación diferentes, siendo la errónea calificación propia del ataque por la causal de nulidad y la errónea apreciación de las pruebas censurable por la vía indirecta trátese de errores de hecho o de derecho según el caso.

Esta dilogía impide a todas luces la prosperidad del cargo como quiera que una y otra postura van contra la lógica de la demanda, pues la decisión a adoptar en cualquier caso es diferente; si es por la causal de nulidad la Corte deberá enviar el proceso al funcionario competente para que proceda

de acuerdo a lo resuelto; si lo es por la causal primera, casa el fallo y dicta el que deba reemplazarlo.

En todo caso, ante la presencia de un cargo con planteamientos contradictorios, no puede la Corte entrar a enmendar la demanda ni tampoco elegir una de las dos posturas propuestas por el recurrente en virtud del principio de limitación que rige este recurso extraordinario.

Unido a lo anterior, si de error en la denominación jurídica del ilícito se trata, es menester demostrar que los cargos formulados al procesado no se hallan acomodados a la realidad procesal al tiempo que ha de señalarse la conducta que efectivamente se tipifica, demostrando que es la llamada a gobernar el caso en estudio. Sin embargo, y remitiéndonos a la solicitud final del libelo, es claro que la demandante tiene propósitos contradictorios al plantear simultáneamente la inocencia de su defendido y un yerro en la calificación jurídica del hecho punible.

La censora aparte de exponer sus puntos de vista no incluye en su escrito los argumentos necesarios que demuestren la existencia del error en que incurrió el Tribunal al calificar la conducta de *De la Rosa Fontalvo* y termina enfrentando su opinión a la del fallador, postura que contraviene los principios propios de este recurso extraordinario el que no admite la controversia de los pruebas que fueron materia de debate en el proceso.

De otro lado, ha de destacarse que la recurrente no es clara en su propuesta de error en la denominación jurídica, ya que por un lado se dedica a estudiar los elementos constitutivos del delito de peculado, concretamente respecto a la calidad que debe detentar el sujeto activo, lo que parece mas bien un complemento de su primer ataque, solo que ahora pretende desvirtuarlo bajo la premisa de que su representado fue víctima de un engaño por parte de otros empleados del Banco que inicialmente fueron vinculados a la investigación y de los cuales no se probó el grado de responsabilidad; y como ensayando otros argumentos, cuestiona el grado de credibilidad que se le debe otorgar a los documentos o testimonios de estos funcionarios al tiempo que asume posturas con las cuales quiere presentar ahora a *Andrés de la Rosa Fontalvo* como una persona humilde, que fue engañada y víctima de amenazas por parte de algunos miembros del M-19.

Nada de ello constituye la prueba que se necesita para desvirtuar la calidad de empleado público que ostentaba el sentenciado para la época de los hechos, sino la simple disparidad de criterios que existe entre la recurrente y las conclusiones del Tribunal, incapaces de derrumbar el acierto y legalidad que se presumen de todo fallo judicial.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

La competencia para conocer de un determinado asunto está asignada por la ley para cada categoría jurisdiccional, y es principio general en esta materia, que las nomas procedimentales que fijen o señalen la jurisdicción y competencia, así como las que determinan lo relacionado con la ritualidad y sustanciación del proceso, son de aplicación inmediata y empiezan a regir a partir de su vigencia debiéndose aplicar a los procesos en trámite, salvo que afecten o menoscaben los derechos sustanciales de los procesados o resulten contrarios al principio de favorabilidad.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal .- Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 117 (17-08-95)

Proceso No. 10753

VISTOS

Decide la Corte la colisión de competencia suscitada entre un Juzgado regional de Cali y el Segundo Penal del Circuito de Patía (El Bordo- Cauca), dentro del proceso seguido en contra de *Reinero Franco Piamba* y *Jair Mauricio Redondo Ramírez*, por presunta violación al artículo 32 de la Ley 30 de 1986.

ANTECEDENTES

El día tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), en las horas de la noche, miembros del Ejército Nacional que efectuaban un retén a la altura de la vereda El Guadalito, en la vía que del Municipio de Balboa (Cauca) conduce al corregimiento de Olaya, retuvieron a los señores *Reínero Franco Piamba* y Laureano Díaz Bolaños, pasajero y conductor, respectivamente, de la camioneta marca Ford, color blanco hueso, modelo 1960, de placas PK 2043 en la que se hallaron cinco (5) bultos de hoja de coca.

Por los anteriores hechos, los retenidos, fueron puestos a disposición de la Jefatura de Fiscalías de El Bordo, siendo indagados por la Fiscalía Octava de la Unidad Seccional de esa localidad, despacho que también practicó la diligencia de pesaje y análisis de las hojas incautadas.

Hecho lo anterior, el mencionado despacho remitió el expediente a la Fiscalía Regional de Cali por competencia, ya que de acuerdo al resultado de la diligencia en mención y efectuada la conversión de que trata el artículo 6o., del Decreto 3788 de 1986, la cantidad de plantas excedía de dos mil (2000) unidades (art. 71. Num. 1o. C.P.P.).

Recibidas las diligencias en la Fiscalía Regional de Cali (Valle) se procedió a resolver la situación jurídica a los indagados, a quienes se les profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

A su turno, y en vista de que contra el señor *Jair Mauricio Redondo Ramírez* aparecían serios cargos, se dispuso su vinculación mediante diligencia de injurada, al cabo de la cual también se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

Decretado el cierre de investigación, el 8 (ocho) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), la Fiscalía Regional Delegada ante los Jueces Regionales, calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra de Laureano Díaz Bolaños, *Remerío Franco Piamba* y *Jair Mauricio Redondo Ramírez*, por violación al artículo 32, inciso 1o., de la ley 30 de 1986, en providencia que lleva fecha abril treinta (30) de la misma anualidad.

Remitidas las diligencias a un juzgado regional de Cali (Valle) y avocado su conocimiento, se decretó la apertura del juicio a pruebas, término dentro del cual se practicaron algunas; sin embargo, el despacho en mención, advirtió la existencia de una nulidad por violación al derecho de defensa , por cuanto el sindicado Laureano Díaz Bolaños no tuvo defensa técnica en ningún momento procesal posterior a la indagatoria. En consecuencia resolvió declarar la nulidad parcial en contra de dicho procesado, a partir de la providencia que decretó el cierre de investigación y la ruptura de la unidad procesal, debiéndose continuar la ritualidad respecto de los demás implicados.

Llegado el momento para proferir sentencia de primer grado, el Juzgado Regional de Cali, en providencia de mayo veintidós (22) de los cursantes, consideró que no era el competente para conocer de las diligencias, razón por la cual ordenó su envío al Juzgado Penal del Circuito de El Bordo (Cauca), advirtiendo que en caso de no compartir su criterio provocaba, de una vez, colisión de competencia negativa.

La anterior decisión la fundamentó en que de acuerdo a la diligencia de pesaje, toma de muestra y destrucción de los bultos incautados, arrojaron un peso bruto de 323 kilos y un pesos neto de 315 kilos, de los cuales se sacaron las muestras de rigor que según oficio del *labici quim* 0308, corresponden a hojas de coca, por lo que se impone la conversión que demanda el Decreto Reglamentario No 3788 de 1986, según el cual 200 gramos de hoja de coca, pueden producir un gramo de cocaína, resultando que de los 315 kilos se pueden producir 1.575 gramos de cocaína.

De acuerdo con lo anterior, la competencia para conocer del asunto correspondería al Juzgado Penal del Circuito de El Bordo (Cauca), según lo dispuesto en el artículo 71, numeral 1o del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9o., de la Ley 81 de 1993, en concordancia con el artículo 72, numeral 1o., literal c) de la misma normatividad, toda vez que la cantidad de droga incautada no sobrepasa el límite de dos mil (2.000) gramos de cocaína.

Por su parte, el Juez Segundo Penal del Circuito de Patía (El Bordo-Cauca), al resolver la Colisión de competencia propuesta, consideró que conforme al artículo 6o. del Decreto 3788 del 31 de diciembre de 1986, según el inciso 1o. la competencia es de Juzgado Regional y conforme su inciso 2o., la competencia sería de su despacho. Uno de sus argumentos es el siguiente:

Pero como en el caso presente no se encontraron las hojas en camino a un procesamiento, ni en un laboratorio; sinó (sic) en un automotor, no podemos saber en concreto cuál era su destino final, que bien podría ser el procesamiento para producir cocaína, como también la venta, o el procesamiento para obtener alguna otra sustancia, como base o pasta de coca, etc.; además es muy riesgoso el procesamiento y bien habría podido no producirles nada, pues dicha actividad requiere de gran cuidado y podría al momento de su elaboración quemárseles o cualquier otra cosa parecida y no obtener nada o quienes fueron sorprendidos bien habrían podido tener como fin reunir esta cantidad con otra y por tanto obtener más cantidad al momento de su elaboración, entonces, mal podríamos hablar de equiparar esta cantidad de hojas con el resultado final que se podía obtener, resultado que por otra parte era incierto, como efectivamente lo fue al no poder consumarse a cabalidad. Mientras que sí es más lógico equiparar la cantidad de hojas, con el número de plantas de las cuales fueron extraídas, que además pueden dejar la posibilidad de ser más cultivadas, porque pudieron quedarse muchas sin cosechar o porque se

estaban llevando por partes, entonces ofrece más lógica y objetividad equiparar el cuantum (sic) de hojas con el número de plantas, que ellas con la cantidad de cocaína en posibilidad de extraer." (fl. 524).

Agrega que el Fiscal Regional aceptó desde un comienzo la competencia, instruyendo el proceso hasta la etapa correspondiente y no continuar con ella sería obstaculizar su curso sin argumento valedero a lo que se aúnan los problemas de una mora injustificada, lo que iría en contra del principio de celeridad y en detrimento de los procesados.

Por todo lo anterior, no acepta los planteamientos del señor Juez Regional de Cali.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme al acervo probatorio obrante en autos, en la camioneta marca Ford, color blanco hueso, de placas PK-2043 que fue retenida por miembros del Ejército Nacional, se encontraron cinco (5) bultos de hoja de coca, material que al ser sometido a pesaje y análisis arrojó un peso bruto de 323 kilos y un peso neto de 315 kilos.

Considera la Sala que razón le asiste al Juez Penal del Circuito de Patía al determinar que no era el competente para conocer del asunto, ya que conforme lo estipula el Decreto 3788 de 1986, en el inciso primero de su artículo 6o., cuando únicamente se encuentren hojas de plantas de las que puedan extraerse sustancias estupefacientes, como ocurrió en el caso en estudio, se considera que cien (100) gramos de hoja de coca en promedio corresponden a una planta, y como las hojas incautadas arrojaron un peso neto de 315 kilos, al hacer la conversión respectiva, se obtiene un resultado de 3.150 unidades.

Al respecto, el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9o., de la Ley 81 de 1993, establece en su inciso primero que los Jueces Regionales son competentes para conocer en primera instancia de los delitos de que tratan los artículos 32 y 33 de la Ley 30 de 1986, cuando la cantidad de plantas exceda de dos mil unidades. En este caso resulta claro que la cantidad de plantas incautadas sobrepasa dicho límite y por lo tanto la competencia radica en los Jueces Regionales.

No comparte la Sala las consideraciones hechas por el Juez Regional de Cali, quien considera que la conversión de las hojas incautadas se debe hacer conforme al inciso 2o., del Decreto 3788 de 1986, esto es, a la cantidad de gramos de cocaína que podían producir, cuando la realidad probatoria en ningún momento evidencia que su destino era precisamente el de la fabricación de este alcaloide.

El juez, en su labor de administrar justicia, no puede entrar a presumir situaciones futuras y con base en ello determinar si es o no el competente para conocer de un determinado asunto, sino que debe atenerse a la realidad probatoria que en este caso lo que muestra es la incautación de hojas de coca encontradas en un vehículo automotor, material que según las voces del artículo 2o., del mismo decreto debe entenderse como planta, pues se entiende como tal "no solo el ser orgánico que vive y crece, sino el que también ha sido arrancado de la tierra o del cual se conservan sus hojas".

Vale la pena recordar que la competencia para conocer de un determinado asunto está asignada por la ley para cada categoría jurisdiccional, y es principio general en esta materia, que las normas procedimentales que fijen o señalen la jurisdicción y competencia, así como las que determinan lo relacionado con la ritualidad y sustanciación del proceso, son de aplicación inmediata y empiezan a regir a partir de su vigencia debiéndose aplicar a los procesos en trámite, salvo que afecten o menoscaben los derechos sustanciales de los procesados o resulten contrarios al principio de favorabilidad.

Sin embargo, para dar cabal cumplimiento a estos principios, es necesario que el juzgador analice objetivamente la realidad que muestran los autos, que en el caso que nos ocupa, no es otra que la cantidad de material incautado (hojas de coca) excede el límite impuesto por las normas procesales (artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993), único requisito para atribuir su conocimiento a la Jurisdicción Regional.

Por las precedentes consideraciones la Sala atribuye el conocimiento del asunto al Juez Regional de Cali (Valle), a quien se le remitirá el expediente.

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

RESUELVE:

Dirimir la presente colisión, señalando como juez competente para conocer del proceso al señor Juez Regional de Cali (Valle), a quien se le remitirá el expediente. Comuníquese esta decisión al señor Juez Penal del Circuito de Patía (El Bordo-Cauca).

Notifíquese y Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

EXTORSION / CONSTREÑIMIENTO / TENTATIVA

Cuando el legislador dice "El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero", está exigiendo una conducta con propósito definido capaz de doblegar la voluntad de una persona para hacer, tolerar u omitir aquello que el sujeto activo de esa conducta quiere, es decir, provecho que ha de ser necesariamente de orden económico, a juzgar por la ubicación de este tipo penal dentro de los delitos que protege el bien jurídico patrimonial de esa naturaleza.

Debe tenerse muy presente que el ingrediente subjetivo señalado en la norma (art. 355 del C. P.) lo es fundamentalmente para diferenciarla del tipo penal referido en el artículo 276 del C.P. -que vulnera también la libertad de autodeterminación o autonomía personal con el constreñimiento mediante iguales conductas-, pero con cualquier finalidad, menos la económica. Razón para que la Corte sostenga, frente al delito de extorsión: "Si sólo se atenta contra la libertad de determinación fulminando una amenaza y no se logra el hacer, omitir o tolerar, nos encontraríamos cuando hay finalidad económica, en el terreno de la tentativa".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta N° 112-VIII/9/95

Proceso No. 8864

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *David Arregocés Núñez* contra la sentencia de mayo 17 de 1993 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, confirmatoria de la que dictó el Juzgado 8o. Penal del Circuito de esa misma ciudad, condenando al referido procesado y a Ricardo Saravia, por el delito de Extorsión.

Entre los días 9 y 14 de septiembre de 1991, a casa de Yolanda Isabel Carballo Díaz llegaron varias notas anónimas exigiendo a ésta y a cambio de no revelar intimidades del comportamiento de su hija Liliana, la suma de cuatrocientos mil pesos, concertando para el pago una cita nocturna para el día 17 de ese mismo mes y año en el Parque La Virgen del barrio Blas de Lezo de la ciudad de Cartagena. Como la ofendida avisara del injusto a las autoridades locales, se montó un operativo de inteligencia que culminó con la aprehensión del individuo Nelson Julio San Martín en momentos en que recibía de manos de aquélla un paquete que aparentaba contener la suma de dinero exigida. La versión inicial que sobre estos episodios rindió el capturado, comprometió en el ilícito a los individuos David Arregocés Núñez y Ricardo Saravia.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el informe de captura de Nelson Julio San Martín y la denuncia formulada por Yolanda Isabel Carballo Díaz, se inició la investigación por parte del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Cartagena, que tras el recaudo de los iniciales elementos de convicción y la recepción de la indagatoria del aprehendido y la posterior ampliación de la misma, resolvió su situación jurídica provisional decretando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de extorsión, a la vez que disponía su juzgamiento por el procedimiento abreviado previsto en el título VII del Decreto 050 de 1987 y la compulsa pertinente de copias, para averiguación separada de la conducta de *David Arregocés Núñez* y *Ricardo Saravia*, a quienes refirió el inicial capturado como partícipes del delito.

Al segundo proceso se vinculó en injurada a Arregocés Núñez y mediante declaratoria de ausencia a Saravia. Respecto del primero se decretó su detención preventiva mediante auto de diciembre 4 de 1991 como autor intelectual de la extorsión, mientras que en relación con el segundo se adoptó idéntica determinación al momento de calificar el mérito sumarial (providencia de febrero 25 de 1992), en la que se concretó para ambos el cargo de coautoría en el delito previsto en el Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso se remitió a reparto de los Juzgados Superiores, correspondiéndole al primero de esa especialidad ante el cual acudió el defensor de *Arregocés Núñez* solicitando la libertad provisional de su cliente, a cuyo efecto argumentó que la resolución acusatoria era equivocada en cuanto había concretado el cargo por el delito de extorsión consumado, cuando el reato había quedado en el

grado de tentativa, pues la ofendida no hizo entrega del dinero exigido vencida por el constreñimiento que derivó de la amenaza de hacer público el comportamiento íntimo de su hija Liliana, sino que acudió a la cita con el inicial capturado, amparada en el apoyo de las autoridades y llevando consigo un ceñuelo (paquete que aparentaba contener la suma de dinero exigida); situación ésta que correspondía con el desarrollo que sobre el punto había tenido la Jurisprudencia Nacional, citando en apoyo de su aserto decisión de la Sala Penal de esta Corporación del mes de mayo de 1986 y ponencia del H. Magistrado doctor Lisandro Martínez Zúñiga. El Juez Superior, sin descartar que al proponente le asistía razón en su planteamiento, despachó adversamente la solicitud de libertad, asumiendo que aun en el evento de que el delito hubiese quedado en grado de tentativa, *Arregocés* no tenía derecho a la libertad por vías del numeral 2° del art. 439 del Código de Procedimiento Penal anterior, no sólo porque el tiempo de detención física era inferior al exigido por la norma, sino porque en la conducta del procesado concurrían causales de agravación punitiva que hacían inoperantes el beneficio; negativa que confirmó luego el Tribunal Superior de Cartagena aunque por razones diferentes, dado que en sentir de esa Colegiatura debió responderse simplemente que en razón de la pena mínima prevista para el delito de extorsión por el cual se había acusado a Arregocés Núñez, no procedía la excarcelación, sin entrar en debates alusivos al cargo y modalidad del mismo, porque ya la resolución acusatoria había cobrado ejecutoria y era por lo mismo ley del proceso.

Con la vigencia del Decreto 2700 de 1991, el Juzgado del conocimiento cambió de denominación (de Superior pasó a ser Circuito) y con él el trámite que debía imprimírsele al proceso, dado que aún no se había celebrado la audiencia pública, en forma tal que cuando el expediente regresó del Tribunal se impulsó el juicio con sujeción a la nueva preceptiva procesal penal, corriendo el traslado de 30 días a los sujetos procesales para preparación de la audiencia, acto que se celebró el día 26 de enero de 1993 con la asistencia del fiscal acusador, los defensores de los procesados y la del detenido Arregocés Núñez, oportunidad en la cual el Representante de la Fiscalía, si bien demandó del Juez la condena de los procesados, lo hizo enarbolando la tesis de la tentativa sobre la base de que la ofendida no entregó en últimas suma de dinero alguna a los extorsionistas, sino que, asesorada por los investigadores del DAS hizo parte del plan ideado para lograr su identificación y captura, es decir, que su voluntad no fue doblegada para atender las exigencias de sus ofensores. El abogado de *Arregocés Núñez* rechazó por su parte la posibilidad de que su cliente llegase a ser condenado, porque, según su criterio, del material probatorio recaudado no surgía la prueba necesaria para decidir en ese sentido. Por

el contrario y dadas las varias y serias dudas que sobre la responsabilidad de su cliente existían, debía optar el juez y así lo pidió, por la sentencia de absolución, posición a la que vino a sumarse luego el defensor del ausente Ricardo Saravia, quien en subsidio reclamó que el fallo se dictara por el conato de extorsión, evocando en apoyo de su pedido la tesis de la Fiscalía.

En marzo 4 de 1993, el Juzgado del Circuito profirió el fallo de primera instancia condenando a *Arregocés Núñez* y a *Saravia* como coautores del delito de extorsión -consumado- imponiéndoles la pena principal de 85 meses de prisión y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad por un período igual al de la pena principal. Civilmente se le impuso la obligación de resarcir el daño moral ocasionado con el delito, el que se tasó en el equivalente a 80 gramos oro, absteniéndose de condenar al pago por daños materiales en razón de no haberse causado. Negó por último a los rematados el subrogado de la condena de ejecución condicional, aclarando sí que a Arregoces debía abonársele a la pena impuesta el tiempo que permaneció en detención preventiva.

La tesis de la tentativa propuesta por la Fiscalía en curso de la audiencia, no halló eco en el Juez del Circuito cuya respuesta adversa se fundó, por una parte, en que no era tal la propuesta coincidencia fáctica entre el caso acá juzgado y aquel referido en el fallo de casación de abril 8 de 1986, así que, si el argumento central y único del Fiscal había sido aquella cita de Jurisprudencia, era clara su inconducencia; y por otra en que el proceso informaba en todo caso de unos actos intimidatorios que no quedaron en la fase inicial de ejecución sino que alcanzaron su agotamiento, en forma tal que no cabía duda sobre la consumación del delito de extorsión, pues, además, el hecho de que los procesados no hubiesen alcanzado el provecho económico exigido, no desfiguraba tal proposición en la medida en que la consumación del delito no pendía de que los ejecutantes alcanzaran ese postrero fin.

Para la segunda Instancia el defensor de *Arregocés Núñez* insistió en su inicial proposición de inexistencia de la prueba legal requerida para condenar, haciendo nuevamente eco y en respaldo de su petición subsidiaria de confirmar la sentencia del Juzgado del Circuito, pero ajustándola en la punición al dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, tesis del fiscal acusador, añadiendo a lo dicho que si el inicial capturado Nelson Julio San Martín resultó condenado por tentativa de extorsión, idéntica suerte debían correr, en caso tal, los copartícipes juzgados en éste proceso, porque se trataba en últimas de la misma conducta comportamental.

El Tribunal Superior de Cartagena, confirmó la sentencia de primer grado, avalando el rechazo de la tesis de la tentativa, aunque por razones diversas de las del Juez del conocimiento, expresando la Colegiatura que el disenso con el proponente no lo era porque no coincidieran en rigor los hechos por los cuales se juzgó a los acá procesados con los que fueron materia del proceso llegado a la Corte en el año 1986, sino, porque para esa Sala del Tribunal las razones que mejor se acomodaban al caso para solucionarlo, eran aquellas esgrimidas por los Hs. Magistrados de la Corte que salvaron el voto al fallo de casación del que fue ponente el H. Magistrado doctor Martínez Zúniga. Por lo demás, agregó el Tribunal, el estudio del tipo legal de la extorsión enseña que el delito se consuma cuando se obtiene el constreñimiento de la víctima, actuando el agente con el propósito de obtener un beneficio económico, independientemente de que dicho beneficio se obtenga o no, y como en el caso en estudio esa era la situación que revelaban las pruebas aportadas, bien estuvo entonces que la condena lo fuera por el delito de extorsión consumada y no tentada.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal 1a, cuerpo 1o. del artículo 220 del C. P. P., acusó el censor la sentencia del Tribunal por ser violatoria de la ley sustancial en forma directa. Como normas violadas citó los artículos 22 y 355 del Código penal e indicó que la violación se dio por aplicación indebida del artículo 355 en cita, ...

"...pues el material probatorio recogido y que podemos observar en el expediente nos dice a las claras que estamos en presencia del delito tentado de extorsión que es, en el peor de los casos, de lo que se podría acusar a mi defendido, pues en realidad como se dijo no existían pruebas que comprometieran la responsabilidad de él, pero en el peor de los casos y de acuerdo a la interpretación sobre su posible responsabilidad, se debió dictar sentencia como responsable del delito tentado de Extorsión y nunca del delito consumado de Extorsión y aplicar la pena prevista en el Código Sustantivo, nunca la prevista en el art. 355 del C.P..."

El sustento de tal aserto lo ubica en el desarrollo que sobre el tema ha tenido la Jurisprudencia Nacional, haciendo énfasis en el fallo de casación del año 86 donde se enarboló la tesis de la tentativa bajo el presupuesto de que en el delito de extorsión no se llega a la consumación mientras no opere para el agente el poder dispositivo sobre aquello que constituye el beneficio económico que se persigue con el injusto.

CONCEPTO DE LA DELEGADA

Rindió concepto el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, para quien las ostensibles fallas técnicas de la demanda dan al traste con la pretensión del actor, quien no obstante predicar la ausencia de pruebas que demuestren la responsabilidad penal de *Arregocés Núñez*, pretende que la Corte case el fallo impugnado para sustituirlo por uno que acomode la pena atendiendo la reducción que se deriva de la aplicación del artículo 22 del Código Penal.

Pone de relieve el señor Representante del Ministerio Público, que en razón al principio de limitación que rige el recurso de casación, la Corte no puede ocuparse de causal distinta a la propuesta en la demanda y menos aún, puede suplir al censor en el sentido de la violación cuando de la causal primera se trata, y como en el caso de la especie no indicó el actor cuál había sido el sentido de la violación del artículo 22 del Código Penal, al cual apenas refirió para decir que había sido violado en forma directa y a esa imprecisa referencia agregó un segundo yerro cual fue la de afirmar en relación con el artículo 355 del estatuto punitivo que a su transgresión se llegó por una indebida aplicación, cuando en una u otra hipótesis (extorsión tentada o consumada), era en todo caso el artículo 355 en cita el llamado a regular el debate, debe proceder la Corte para contestar adversamente el *petitum.*

Acudiendo a la facultad oficiosa, sugiere a la Sala casar parcialmente el fallo impugnado, sobre la base de que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta al procesado carece de motivación alguna en la sentencia del Tribunal, por lo que debe dejarse sin valor tal decisión instancial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Si se mira con detenimiento el escrito-demanda, forzoso es concluir que no le asiste la razón a la Delegada en su petición de desestimación del libelo por fallas de técnica pues, aun cuando ciertamente no es un modelo en claridad y precisión como debe ser toda demanda que pretenda el derrumbamiento de un fallo precedido de la doble presunción de acierto y de legalidad, hay que convenir en que la vía del ataque a un error como el planteado es ciertamente la seleccionada por el actor, esto es, la directa por falta de aplicación de una norma sustantiva, el artículo 22 del C. P.

La Delegada, con particular celo, reprocha al casacionista el haber destacado primeramente la ausencia de prueba para demostrar la comisión del delito por su defendido y al mismo tiempo reclamar de la Corte casar

el fallo para ajustar la pena con aplicación del dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, lo cual conlleva una contradicción insalvable en una actuación signada por rigurosa técnica como lo es la exigida en el recurso extraordinario de casación. Además, le enrostra la afirmación de la violación del artículo 355 del C. P., por aplicación indebida, cuando en cualquiera de los eventos (la consumación o la tentativa) la norma aplicable es el precepto en referencia. El actor, en sentir de la Delegada, tenía que haber planteado la falta de aplicación del artículo 22 del C. P., sin cuestionamiento alguno de la prueba pero no señalarlo solamente como infringido por el fallador, como lo hizo, sin indicar el sentido de esa violación, falencia que no puede ser suplida en sede de casación.

La demanda, como se puntualizó en el acápite correspondiente, acusa la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial en forma directa, con mención expresa de los artículos 22 y 355 del C. P., como normas violadas al "imponer la pena como delito consumado cuando lo debía hacer como tentado", pero al desarrollar el ataque considera la violación "por indebida aplicación del artículo 355 del C. P." para seguidamente puntualizar que, no obstante estar convencido de la inocencia de su patrocinado "en el peor de los casos de lo que se le podría acusar", es del delito tentado de extorsión y "nunca del delito consumado de extorsión y aplicar la pena prevista en el Código Sustantivo, nunca la prevista en el artículo 355 del C. P."

Como se ve, la sustentación del cargo no fue precisa ni lo suficientemente clara pero de todas maneras permite captar el sentido verdadero de su inconformidad, que no es otro que la falta de aplicación del artículo 22 del C. P., sin que realmente discuta o cuestione la prueba existente en el proceso y tenida en cuenta por el fallador de segunda instancia. Simplemente hizo una reflexión reveladora de su particular punto de vista al comenzar su discurso, innecesaria ciertamente en el argumento central de su ataque, pero, se insiste, insuficiente para descalificarla por cuanto seguidamente con base en la prueba existente deduce una responsabilidad exclusiva por el delito tentado jamás por el consumado por el que se procedió (de donde se infiere necesariamente que el sentido de la violación de este dispositivo amplificador es la falta de aplicación). De ahí su queja de haber sido indebidamente aplicado el artículo 355 del C. P., pues, en su sentir, la correcta aplicación de este precepto es con el dispositivo amplificador de la tentativa (por eso habla de la "pena prevista en el Código Sustantivo, nunca la prevista en el art. 355 del C.P.). Además, debe recordarse que cuando empieza a desarrollar *La violación de la ley sustancial* dice : "El fallo reclamado en casación viola de modo directo los artículos 22 y 355 del C. P., lo anterior al imponer la

pena como delito consumado cuando lo debía hacer como tentado, por tanto se viola el artículo 22 al prescindir o dejar de aplicar lo ampliamente demostrado en el proceso... es de claridad meridiana que el delito que nos ocupa no se consumó, sólo quedó en grado de tentativa...".

Despejada así la inquietud planteada por la Delegada con relación a la técnica empleada en el desarrollo del cargo, se impone el estudio de la demanda.

2. Para resolver la impugnación extraordinaria, se tiene:

a. Como se indicó, los hechos que originaron la investigación se refieren a que la señora Yolanda Carballo Díaz recibió en su residencia el 9 y 14 de septiembre de 1991 unas misivas en las cuales se le comunicaba que si no entregaba la suma de cuatrocientos mil pesos a un individuo que la estaría esperando en un lugar y hora allí indicados, se harían públicas las intimidades del comportamiento privado de su hija Liliana Padilla. La señora comunicó el hecho al Departamento Administrativo de Seguridad, "DAS", de la ciudad de Cartagena, entidad que dispuso un operativo consistente en que dicha señora debía comparecer a la cita con un paquete o envoltorio con apariencia de contener la suma de dinero exigida, preparado por personal de dicha entidad oficial, lo cual cumplió la quejosa y cuando se hizo presente el sujeto encargado de recibir la suma exigida fue capturado y sometido a indagatoria; su versión permitió implicar en el hecho a los sujetos que finalmente fueron condenados en ambas instancias por el delito consumado de Extorsión.

Los falladores, particularmente el *ad-quem*, analizaron los verbos rectores del tipo básico aplicable al presente caso y los criterios asumidos al respecto tanto por la jurisprudencia (sents.de abril 8/86 y de septiembre 29/87) como por los salvamentos de voto a la misma, para finalmente mostrar su coincidencia de pensamiento con la postura disidente: "En el modesto entender de esta Sala -afirma el Tribunal- y sin la pretensión de subestimar en ninguna forma la profundidad académica de los argumentos en los que se apoyaron los mencionados fallos de la H. Corte, creemos que la tesis más apegada a la doctrina general y con mejores razones para solucionar este asunto es la expuesta en los salvamentos de voto... Llegamos a esta conclusión después de atender la presencia en el tipo de extorsión del ingrediente subjetivo 'con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero' (obviamente de carácter patrimonial), indicativo que la consumación del delito sólo requiere el logro del constreñimiento y que el agente actúe con finalidad económica, no que la logre efectivamente."

"Ahora, el resultado sicológico (constreñimiento) de esos actos de violencia del agente pueden ser de diversa naturaleza (acceder a la pretensión, avisar a las autoridades, ocultarse, etc.) lo que interesa es que logren en el agente un efecto intimidante que lo lleven a proceder inducido por ese temor, no que lo muevan específicamente a concretar la prestación patrimonial que se le exige".

Consecuente el Tribunal con dichos razonamientos descartó la aplicación del dispositivo amplificador de la tentativa que se reclamaba como petición subsidiaria en la apelación interpuesta.

b. El recurrente extraordinario, con estricto apego al antecedente jurisprudencial que cita, sostiene que el Tribunal violó la ley sustancial en forma directa, al condenar a *David Arregocés Núñez* por el delito de extorsión consumado cuando ha debido ser condenado en el peor de los casos por un delito tentado de extorsión. Por ende, dice, 'debe dictarse sentencia de reemplazo y procederse a una nueva graduación de la pena', pues el caso es exactamente igual al relacionado en la jurisprudencia que cita, ya que 'la señora *Yolanda Isabel Carballo* formuló denuncia, se procedió a hacer el simulacro y se dio captura en flagrancia a *Nelson Julio San Martín* a quien se condenó en proceso abreviado sólo como responsable del delito tentado de extorsión'.

c. El punto que concita a este debate es de estricto derecho y como ya la Corte lo definió, así fuera mayoritariamente, con un estudio preciso, prolijo y completo del tipo penal respectivo, cabe ahora reiterar la jurisprudencia al respecto por no existir elemento alguno de convicción que permita su variación, puntualizando solamente algunos comentarios breves adicionales referentes al aspecto central que sirvió de fundamento a los falladores de las instancias.

Si se observan cuidadosamente los argumentos tanto de las decisiones de la Corte como de los salvamentos de voto, se encontrará que el aspecto neurálgico que los separa estriba en el alcance hermenéutico que una y otros hacen de la voluntad del legislador de 1980 al convertir el tipo cerrado de extorsión existente en uno abierto con el uso de las expresiones "constreñir a otro a hacer, tolerar u omitir una cosa", pues mientras que para los Magistrados disidentes tal redacción significa "señalar todas las exigencias posibles en relación con la conducta que otro puede asumir con voluntad sojuzgada" entre las que citan "el huir del país, traspasar los bienes o demandar auxilio de la autoridad"; para la Corte, con estricto apego a lo discutido por los comisionados redactores de la norma y los precedentes de otras legislaciones, tal modificación "más que de sustancia

es de forma y que el delito de extorsión continúa siendo entre nosotros un delito comisivo por acción predominantemente violenta, que abarca no solamente la violencia física, sino 'cualquier conducta ejercida por el agente que trae como resultado un menoscabo de la libre determinación de la víctima obligada a realizar lo que aquél desea y no lo que ella quiere'."

La Corte explicó este aserto en la providencia que se cita (la de abril 8/86) en detalle y con apoyo en la autoridad de la Real Academia de la Lengua puntualizó el significado del verbo "constreñir" que coincide, además, con el alcance que le dio el redactor de la norma según las Actas, luego pretender ir más allá de ello es, por lo menos, una exageración.

Por manera que, cuando el legislador dice "El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero", está exigiendo una conducta con propósito definido capaz de doblegar la voluntad de una persona para hacer, tolerar u omitir aquello que el sujeto activo de esa conducta quiere, es decir, provecho que ha de ser necesariamente de orden económico, a juzgar por la ubicación de este tipo penal dentro de los delitos que protegen el bien jurídico patrimonial de esa naturaleza. De donde debe inferirse necesariamente que si el comportamiento del sujeto activo no logra doblegar la voluntad de la víctima en la medida en que ésta hace, tolera u omite cosa distinta a lo exigido con la finalidad indicada (como acudir a la autoridad, simular la entrega, salir del país, etc.), el delito ha quedado en la fase de la tentativa, porque es un hecho punible pluriofensivo de resultado, ya que menoscaba principalmente dos bienes jurídicos: la libertad de autodeterminación y el patrimonio económico sin que sea menester para este último evento que el provecho se obtenga. Ello se refiere al agotamiento; darle otro alcance a esa expresión, es considerar consumado el delito con la sola amenaza del mal futuro, lo cual ciertamente no estuvo en la mente del legislador, ni es el alcance que le dan otras legislaciones similares.

Además, debe tenerse muy presente que el ingrediente subjetivo señalado en la norma lo es fundamentalmente para diferenciarla del tipo penal referido en el artículo 276 del C. P. -que vulnera también la libertad de autodeterminación o autonomía personal con el constreñimiento mediante iguales conductas-, pero con cualquiera finalidad, menos la económica. Razón para que la Corte sostenga, frente al delito de extorsión : "Si sólo se atenta contra la libertad de determinación fulminando una amenaza y no se logra el hacer, omitir o tolerar, nos encontraríamos cuando hay finalidad económica, en el terreno de la tentativa".

Como el proceso da cuenta, y así lo aceptaron los falladores de las instancias, que una vez la señora Carballo Díaz recibió las misivas en las que se le exigía una suma apreciable de dinero a cambio de no revelar secretos de la vida íntima de su hija, se puso en contacto con el DAS, entidad que se le sugirió acudiera a la cita llevando un paquete o envoltorio que simulaba el dinero ilegítimamente pedido para que pudiese ser capturado el encargado de recibirlo, como efectivamente ocurrió, mal hicieron los falladores de las instancias en considerar que la voluntad de la señora Carballo Díaz había sido doblegada por la amenaza consignada en los escritos. Lo que el proceso revela es que su comportamiento estuvo encaminado no a cumplir lo exigido ilegalmente, sino lo dispuesto por la autoridad que intervenía a petición suya para lograr la captura de quienes con el propósito de lucrarse actuaban de esa manera; ni acudió a dicha autoridad por el temor de que los extorsionistas pudiesen cumplir su amenaza futura, pues de haber padecido tal estado de ánimo habría aceptado simplemente la ilícita exigencia. Significa ello que en el caso presente ha debido aplicarse el dispositivo amplificador de la tentativa que demanda el casacionista. Y como no ocurrió así, el cargo prospera. En consecuencia, se casará parcialmente la sentencia impugnada para reconocer que el procesado sentenciado lo es únicamente por un delito de Extorsión en grado de tentativa y ajustar la pena deducida en la forma indicada en el artículo 22 del C. P.

Las instancias, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 7 del Decreto 2790 de 1990 (adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), subrogatorio del art. 355 del C. P., y otros factores de punibilidad indicados en los fallos, dedujeron una sanción principal de 85 meses de prisión para cada uno de los condenados, sanción que de conformidad con lo señalado en el artículo 22 del C. P. debe quedar en 45 meses de prisión que es algo más de la mitad de lo fijado (42 meses, 15 días) para el delito consumado, por no haber considerado los falladores el mínimo señalado en la ley al hacer la dosificación.

No obstante haber sido el procesado *Arregocés Núñez* único recurrente en casación, por disposición del artículo 243 del C. de P. P., se aplicará extensivamente lo decidido al procesado *Ricardo Saravia* condenado a igual pena en la sentencia impugnada. Se mantendrá, de otra parte, la libertad que esta Sala otorgó a Arregocés Núñez en auto de marzo 30 del año en curso, pero con la aclaración de serlo definitivamente por pena cumplida y se ordenará, en consecuencia, devolverle la caución si fue prestada.

En cuanto a la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta a ambos procesados sin motivación alguna en las instancias, a la

cual se refiere el señor Procurador Delegado para impetrar su revocación oficiosamente por haberse violado con tal proceder el derecho de defensa, al hallar la Corte cierto el quebranto al derecho fundamental indicado y, además, no guardar relación causal alguna dicha pena con la conducta delictiva sancionada, se revocará oficiosamente con base en lo dispuesto en los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P., por cuanto no fue objeto de impugnación en la demanda.

La restante pena accesoria impuesta, la de interdicción de derechos y funciones públicas, por seguir inexorablemente a la principal de prisión según el artículo 52 del C. P., ha de entenderse debidamente motivada como lo fuera ésta. Dicha pena accesoria y las demás determinaciones tomadas en la sentencia de primera instancia quedarán sin modificación alguna.

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

RESUELVE

1. *Casar parcialmente* la sentencia impugnada, en el sentido de reconocer para ambos condenados el dispositivo amplificador de la tentativa, modificando la pena privativa de libertad y revocando oficiosamente la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta a ambos procesados. En consecuencia,

2. *Condenar* a *David Arregocés Núñez* y a *Ricardo Saravia*, el primero de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, a la pena principal de *cuarenta y cinco* (45) *meses de prisión* para cada uno, en calidad de *autores* del delito de Extorsión en grado de tentativa, cometido en circunstancias de modo, tiempo y lugar puntualizadas en el proceso.

3. *Revocar* oficiosamente la pena accesoria de *suspensión de la patria potestad* que les fuera impuesta a ambos procesados mencionados.

4. *Disponer* que *David Arregocés Núñez* debe continuar disfrutando de la libertad otorgada, pero esta vez en forma definitiva por pena cumplida, y ordenar al Juzgado 8° Penal del Circuito de Cartagena la devolución de la caución prestada.

5. Las demás determinaciones tomadas en la sentencia de primera instancia, quedan sin modificación alguna.

En firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar con salvamento de Voto, *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

EXTORSION

(Salvamento de Voto)

Proceso No. 8864

Para la época de las sentencias que como precedentes jurisprudenciales evoca ahora la Corte, el suscrito actuaba como agente del Ministerio Público y en tal calidad sostuve que estos eventos debían adecuarse típicamente como hechos punibles consumados y no como tentativas. Hoy sigo convencido de lo mismo. No me parecen determinantes los argumentos en contrario (como no fueron los míos para la mayoría) y por eso me veo precisado a disentir de la decisión.

En realidad la discusión arriba a lo que se denomina el punto muerto. A partir de acá es poco lo que hay para argumentar, y nada lo que hay para descubrir. Debería ser suficiente remitirme al concepto que en su momento (para la sentencia de abril 8 de 1986) se rindió por la Procuraduría Delegada. O a la tesis de la Magistratura disidente. Sin embargo, quiero insistir en unas pocas consideraciones :

1. El verbo rector de la conducta es constreñir y ello implica un resultado psicológico en el destinatario de la acción, que no el ejercicio efectivo de una conducta material determinada.

2. Aunque la acción de constreñir aparece complementada por el hacer o no hacer, ello es consecuencia de que a nadie se constriñe a nada, y de que se buscaba una fórmula que recogiera un complejo de conductas, antes incorporadas en el C. P. de 1936 (art. 406) como eran las de entregar, enviar, depositar o poner a disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos.

3. Como el acto de constreñir consiste en una vis compulsiva, su consumación o conato depende de que se produzca el efecto intimidatorio sobre la víctima y no la desposesión de la misma respecto de sus bienes. Eso, de otro lado, es lo que caracteriza los elementos subjetivos del tipo y,

no hay razón para dudarlo, el ingrediente "con el propósito de obtener provecho ilícito" responde a la fórmula clásica de los elementos subjetivos.

4. El hecho de que el delito de extorsión que se comenta (normas posteriores han variado su estructura) proteja los derechos patrimoniales en conjunto con la autonomía personal, no significa necesariamente que cuando la víctima hace, tolera u omite "cosa distinta" a lo exigido (como acudir a la autoridad, simular la entrega, salir del país etc.) es porque su voluntad no alcanzó a ser doblegada por el sujeto activo, y, entonces, se está frente al conato. No. Esa conducta revela es que la fuerza moral produjo el efecto intimidante y que, por tanto, la persona sí fue constreñida. Y revela que la conducta puso efectivamente en peligro su patrimonio, de manera determinante y categórica, porque era idónea y fue suficiente para sojuzgar su voluntad. Pero esa puesta en peligro no supone la tentativa sino que constituye el resultado sicológico que defina y caracteriza la figura porque ella, en sí misma, es de peligro en su proyección patrimonial y de resultado en su proyección sobre la autonomía.

5. ¿Será que en la nueva estructura típica, la de la Ley 40 de 1993 (art. 32 inc. 3o.) habrá que esperar a que el acto teleológico de contenido terrorista se consume para poder aceptar la consumación de la extorsión? Es que la dinámica del delito y su gravedad, que son las que justifican su tipificación autónoma, muchas veces resultan produciendo un daño más intenso, público y privado. Si no, el legislador no se molestaría en separar las conductas a través de tipos autónomos y en graduar su punibilidad.

Con todo comedimiento,

Carlos E. Mejía Escobar.

CASACION

El trámite que para el efecto impone el artículo en comento (224 C. de P. P.) implica no sólo que el Tribunal ordene el traslado a los recurrentes, sino que, previo el envío del expediente a esta Corporación, verifique si todas las demandas fueron presentadas, cuando se tratare de varios recurrentes.

No obstante, de conformidad con el artículo 13 de nuestra normatividad procesal penal, que consagra como norma rectora la corrección de los actos irregulares, se continuará con el trámite de este recurso, en aras del respeto y las garantías de los sujetos procesales.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 120 (23-08-95)

Proceso No. 10477

VISTOS

Las anteriores demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados *Luis Antonio Morales Moscoso, Alvaro Pabón Benítez, Mauricio Ordóñez Bastos, Norberto Sánchez Pabón* y *Luis Jesús Contreras Rojas,* reúnen en su aspecto formal los requisitos exigidos por el art. 225 del C. de P. P., y por esta razón se declaran *ajustadas.*

En consecuencia, córrase traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, por el término de veinte (20) días art. 226 C. de P. P.

Y, de otra parte, en razón a que el defensor del procesado *José Antonio Arias Sierra,* no presentó demanda de casación, dentro del presente asunto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,* declara *desierto* el recurso interpuesto por el procesado anteriormente mencionado contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta por los delitos de homicidio, secuestro, hurto y concierto para delinquir.

Extraña a la Sala que dicha Corporación no haya dado cabal cumplimiento a lo ordenado en el inciso final del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, esto es, declarando desierto el recurso respectivo del referido procesado, cuyo defensor dentro del término de traslado no lo sustentó.

El trámite que para el efecto impone el artículo en comento, implica no sólo que el Tribunal ordene el traslado a los recurrentes, sino que, previo al envío del expediente a esta Corporación, verifique si todas las demandas fueron presentadas, cuando se tratare de varios recurrentes.

No obstante, de confomidad con el artículo 13 de nuestra normatividad procesal penal, que consagra como norma rectora la corrección de los actos irregulares, se continuará con el trámite de este recurso, en aras del respeto y las garantías de los sujetos procesales.

Notifíquese y cúmplase,

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario

PENA / CASACION / IRA E INTENSO DOLOR / TENTATIVA

La pena que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso de casación, es la máxima imponible al procesado, una vez hechos los aumentos o descuentos correspondientes por razón de los agravantes o atenuantes específicos que concurran en cada caso particular.

El artículo 22 del Código Penal dispone que, en casos de tentativa, el autor incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado.

A su vez, el artículo 60 ibidem *establece que quien cometa el hecho en estado de ira e intenso dolor, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, de donde se deduce que la pena privativa de la libertad máxima imponible para el delito de homicidio simple (art. 323), en la modalidad de tentativa y estado de ira, es de 5 años 7 meses y 15 días,* quantum *este que resulta de reducir a la mitad el máximo de 11 años y 3 meses fijado para la tentativa.*

Como este monto resulta ser inferior de seis años, que es el requerido para la procedencia del recurso de casación, se impone anular el auto del Tribunal que concedió la impugnación para, en su lugar, declararla improcedente.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 120

Proceso No. 10840

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Jorge Tulio Borja.*

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de 13 de diciembre de 1994, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Lérida (Tol) condenó a Jorge Tulio Borja a la pena principal de 62 meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio en la modalidad de tentativa, en concurso homogéneo sucesivo (fls. 344 y ss.).

El Tribunal, al conocer por vía de apelación de este pronunciamiento, reconoció en favor del acusado la atenuante del artículo 60 del Código Penal y fijó en 24 meses de prisión la pena principal (fls. 27 y ss. del cuaderno del Tribunal).

Contra esta decisión interpuso recurso extraordinario el defensor del procesado, el cual fue admitido por el Tribunal (fls. 60 y 62 *ibidem*).

SE CONSIDERA

Al procesado Jorge Tulio Borja se le condenó por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa, en estado de ira e intenso dolor, conforme a lo previsto en los artículos 323, 22 y 60 del Código Penal, en concurso homogéneo sucesivo.

De acuerdo con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias de segunda instancia que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años.

Reiteradamente la Corte ha sostenido que la pena que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso de casación, es la máxima imponible al procesado, una vez hechos los aumentos o descuentos correspondientes por razón de los agravantes o atenuantes específicos que concurran en cada caso particular.

Al procesado Jorge Tulio Borja se le dedujo responsabilidad por homicidio simple, delito para el cual el artículo 323 del Código Penal adscribe pena privativa de la libertad de 10 a 15 años de prisión.

El artículo 22 del Código Penal dispone que, en casos de tentativa, el autor incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo *ni mayor de las tres cuartas partes del máximo* de la señalada para el delito consumado. Y las tres cuartas partes de 15, son *11 años y 3 meses.*

A su vez, el artículo 60 ibidem establece que quien cometa el hecho en estado de ira e intenso dolor, incurrirá en pena *no mayor de la mitad del máximo* ni menor de la tercera parte del mínimo, de donde se deduce que

la pena privativa de la libertad máxima imponible para el delito de homicidio simple (art. 323), en la modalidad de tentativa y en estado de ira, es de *5 años, 7 meses y 15 días, quantum* este que resulta de reducir a la mitad el máximo de 11 años y 3 meses fijado para la tentativa.

Como este monto, resulta ser inferior de seis años, que es el requerido para la procedencia del recurso de casación, se impone anular el auto del Tribunal que concedió la impugnación para, en su lugar, declararla improcedente.

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

RESUELVE:

Declarar la nulidad del auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué mediante el cual concedió el recurso extraordinario. En su lugar, se declara improcedente.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / PARENTESCO

La calidad indiscutiblemente excluyente de la lista de los vínculos agravantes del hecho punible, no permite confundir la naturaleza de los mismos, ni extender caprichosamente la cobertura agravante a todo "pariente" causante del homicidio por el solo hecho de serlo.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.120

Proceso No. 8876

Decide la Corte el recurso de casación incoado contra la sentencia proferida el 17 de junio de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia se condena a *Inés Librada Ramos Piñeros* a la pena principal de 16 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como coautora responsable del homicidio agravado de Nancy Ramos.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En horas de la mañana del 28 de enero de 1992 se suscitó una reyerta entre Lilia Margarita Ramos Piñeros y su hija Nancy Ramos, por una parte, y por la otra, *Inés Librada Ramos Piñeros* y su hija *Claudia Inés García Ramos,* grupos familiares provenientes del mismo tronco consanguíneo que convivían en el mismo inmueble -calle 69-A No.17-Ñ-44 Sur- barrio Lucero Alto de la capital de la República, resultando las dos primeras gravemente lesionadas con arma cortopunzante y trasladadas a un centro de asistencia médica, en donde al día siguiente falleció Nancy, de cuyo cadáver practicó el levantamiento el Juzgado 18 I.C. Permanente de esta ciudad.

Fueron vinculadas mediante indagatoria a la investigación correspondiente las segundas; pero establecido que *Claudia Inés* era menor de 18 años para la fecha de los hechos, la Fiscalía cognoscente ordenó la expedición de copias para ante los juzgados de familia, mientras que respecto de su progenitora se profirió resolución acusatoria por homicidio y lesiones personales agravados según la circunstancia 1a. del artículo 324 C.P.

Rituada la causa, el Juzgado 70 Penal del Circuito dictó sentencia condenando a *Inés Librada* por el delito contra la vida de conformidad con el cargo que se le había formulado, a las penas antes relacionadas, y, en cuanto a las lesiones personales, por ser inferior a 30 días la incapacidad de la ofendida sobreviviente, dispuso el envío de copias pertinentes a las autoridades de Policía. Este pronunciamiento fue prohijado por el Tribunal al conocerlo en apelación, mediante el fallo que ha sido recurrrido extraordinariamente por la parte acusada. (fls. 5, 2, 14, 66, 73, 119, 121, 131-143, 185-207 cd. ppl. 1 y cd. Tr.).

LA DEMANDA

El reparo que el señor defensor de la procesada formula a la sentencia de segunda instancia se apoya en la causal 1a., cuerpo 1o. del artículo 220 C.P.P., por ser violatoria, en forma *directa*, -aplicación indebida- del artículo 324-1 C. P. y correlativa falta de aplicación del 323 del mismo Estatuto.

La procesada y la *occisa*, explica el actor, estaban ligadas por el vínculo de consanguinidad de tercer grado en línea colateral -tía-sobrina-, porque aquélla y la madre de ésta son hijas de los mismos padres, y *no* estando previsto el agravante del artículo 324 del C. P. para los casos de parentesco de consanguinidad más allá del segundo grado, no se le podía imputar a la sentenciada.

Partiendo de las distintas clases de parentesco previstas en el Código Civil y de la definición legal de cada uno y confrontándolos con el contenido del numeral 1° del artículo 324 C. P., considera tras exponer las interpretaciones que a su juicio pueden darse al precepto, que éste prevé expresamente a qué parientes afecta la agravación, siendo genérico sólo para el parentesco de afinidad. Añade que el principio de legalidad de obligada observancia en las providencias judiciales, únicamente autoriza la interpretación analógica cuando de favor al procesado se trata, lo que comportaba la imposibilidad de recurrir a la analogía como lo hizo el fallador en detrimento de la acusada y en forma contraria a la interpretación doctrinaria del precepto.

Solicita, en consecuencia, la casación parcial del fallo para que con aplicación del artículo 323 C. P., se imponga a la procesada sólo el mínimo de la sanción prevista en esta norma.

El Ministerio Público

Confiriéndole plenamente la razón al casacionista, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa favorablemente a su pretensión.

Los parentescos agravantes del numeral 1° del artículo 324 C. P. no son enunciativos sino taxativos, pues la norma enlista los parentescos para los cuales tiene operancia, estableciendo en cuanto al de afinidad como límite el del segundo grado.

Su contenido no da lugar a extender por interpretación la agravación "a toda una cadena infinita de parientes" en la cual se incluya el últimamente mencionado y ello explica el sistema de redacción que la caracteriza y que en sentir del funcionario es el adecuado por "técnica legislativa y por los fundamentos y fines del derecho penal". Luego, si el tercer grado de línea transversal consanguíneo, que es el que guardan occisa y procesada no está contemplado como agravante, el fallador erró en la interpretación de la causal 1a. del artículo 324 C. P. y en su aplicación. Luego de algunas reflexiones históricas en torno a la redacción de la norma en cuestión para abundar en razones, prohija, como se advirtió, la solicitud de casación.

Consideraciones de la Corte

Entre tío y sobrino existe el parentesco de *consanguinidad de tercer grado* en línea colateral, por provenir ambos de un tronco común -el abuelo-. Así lo estatuye el artículo 35 del Código Civil en concordancia con el 44 y el 46 de la misma obra y lo advierten los juzgadores de las instancias en el fallo impugnado.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la procesada es tía de la occisa por ser hermana consanguínea de la madre de ésta, lo que implica que el parentesco que guardan, es del grado tercero, que evidentemente, como lo sostiene el casacionista, se halla excluido de la calificante del numeral 1° del artículo 324 del Código Penal, que textualmente establece como agravante específica del homicidio, el ser cometido:

"En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad."

El claro contenido de la norma involucra de manera *taxativa*, no enunciativa, precisos y determinados vínculos por parentescos de

consanguinidad, civil y de afinidad, así como la condición de cónyuge, registrando, en cuanto al de *consanguinidad* solamente los que nacen en la línea directa ascendente y descendente y, respecto a la línea colateral, únicamente señala la norma al hermano (arts. 42 y 44 C. C.).

La calidad indiscutiblemente excluyente de la lista de los vínculos agravantes del hecho punible, no permite confundir la naturaleza de los mismos, ni extender caprichosamente la cobertura agravante a todo "pariente" causante del homicidio por el solo hecho de serlo, como con gran desacierto lo interpretó el fallador de primera instancia en sus consideraciones (fl. 198 cd. ppl. 1), en lo esencial desapercibidas para el Tribunal, que pese a reconocer la clase de parentesco entre procesada y occisa (fl. 11 cd. Tr.) consolidó en su fallo el equivocado criterio como ley del proceso, avalando en últimas la impertinente aplicación del precepto objeto de la censura y el incremento punitivo consecuente, cuando dijo:

"Respecto al agravante contemplado en el numeral primero del artículo 324 del Estatuto Penal, vemos que evidentemente existía parentezco (sic) entre la interfecta y la acusada, más exactamente de consanguinidad... Es así como se establece la consanguinidad legítima de tercer grado en línea transversal que corresponde a tío y sobrino, y como quiera que la norma establece la agravación hasta el segundo grado de afinidad, esto es la relación que existe entre el casado con los hermanos legítimos de la pareja, no habría discusión en cuanto a que para el presente caso, efectivamente se da el agravante señalado en la norma".

Equivoca el Tribunal el alcance dado por el legislador en la referida norma a la expresión *'pariente'*, pues en tanto ésta se refiere exclusivamente al parentesco de afinidad, el fallador la extiende indebidamente al de consanguinidad. Las palabras de la ley han de entenderse en su sentido natural y obvio, salvo definición legal específica, y, sólo ante expresiones de difícil comprensión, al Juez, su natural aplicador le es dado desatender su "tenor literal" en el proceso dialéctico de interpretación; es lo que preceptúa el C. C. en los artículos 27 y 28; y no admitiendo la norma sustantiva penal en comentario la interpretación que de ella hizo el funcionario fallador, el yerro reclama su enmienda a través de la parcial casación, a la que en efecto, se accederá. Consecuente con ello, habrá de rebajarse la indemnización de perjuicios a 700 gramos oro los materiales, y 300 gramos oro, los morales, pues la condena al pago de 1.500 gramos oro tuvo en cuenta la agravación referida.

Dado que no concurren en la conducta de la procesada circunstancias agravantes diferentes de la específica que habrá de suprimirse, la sanción a imponer será la mínima prevista en el artículo 323 del Código Penal.

En virtud de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia* en *Sala de Casación Penal*, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. *Casar parcialmente* la sentencia recurrida, en el sentido de *Revocar* la circunstancia agravante del numeral 1o. del artículo 324 del Código Penal que le fuera imputada a la procesada *Inés Librada Ramos Piñeros* en el homicidio de *Nancy Ramos* de que da cuenta el proceso y en cuanto condenó a una indemnización equivalente a 1.500 gramos oro.

2. *Condenar*, en consecuencia, a *Inés Librada Ramos Piñeros* a la pena principal de *diez (10) años de prisión* como autora responsable del homicidio de *Nancy Ramos* y al pago de daños y perjuicios causados con el delito equivalentes a 1.000 gramos oro. En lo restante, *sin modificaciones* la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL

Es indudable que resulta inapropiado en sede de casación reclamar el otorgamiento del subrogado penal de la "libertad condicional" pues ello corresponde al Juez de Ejecución de Penas (art. 515 del C. de P. P.), una vez la sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobada Acta No. 120

Proceso No. 10780

VISTOS

El defensor del procesado *Manuel Artenio Benítez Moreno* quien se halla detenido en el Comando del Batallón de Policía Militar número 13 "*General Tomás Cipriano de Mosquera*" de esta ciudad, solicita el otorgamiento de la "libertad condicional" al considerar que su asistido ha descontado de la sanción impuesta en las instancias un tiempo superior a las dos terceras partes, efectos para los cuales han de tenerse en cuenta el tiempo efectivo de privación de la libertad, la rebaja por trabajo y la conducta que ha sido calificada "*excelente*" de acuerdo con los certificados que adjunta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En sentencia anticipada de noviembre 10 de 1994, el Juzgado 6° Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, entre otras determinaciones, condenó a *Benítez Moreno* a la pena principal de 24 meses de prisión como coautor responsable del delito de extorsión en conato, y le negó la suspensión condicional de la sentencia, determinación que fue modificada por el Tribunal Superior de esta ciudad en fallo de 27 de febrero del año en curso en el sentido de fijar la sanción en 23 meses y 10 días, el que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

El acusado *Benítez Moreno* se encuentra privado de la libertad desde el 3 de septiembre de 1994, es decir, que hasta la fecha ha permanecido en detención 11 meses y 20 días. Por trabajo acredita 2.104 horas que le representan una redención de pena de 4 meses y 11 días, factores que sumados arrojan un total de 16 meses y un día, inferiores al cumplimiento total de la pena impuesta en las instancias -23 meses y 10 días-.

Es indudable que resulta inapropiado en sede de casación reclamar el otorgamiento del subrogado penal de la "libertad condicional" como lo plantea el defensor del procesado, pues ello corresponde al Juez de Ejecución de Penas (art. 515 del C. de P. P.), una vez la sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada. Y si bien se ha venido aceptado por la jurisprudencia de esta Corte resolver sobre la libertad condicional después de dictada sentencia condenatoria de segunda instancia, ello ocurre por vía de la excarcelación prevista en el art. 55.2 de la Ley 81 de 1993, y porque en esta disposición se establece que: "La libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista."

Para que sea procedente la liberación provisional por el camino de la libertad condicional es indispensable que se den todos los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal, esto es: a) Que el procesado haya sido condenado a pena de arresto mayor de tres años, *o de prisión que exceda de dos;* b) Que haya descontado las dos terceras partes de la condena; como parte cumplida de la pena ha de tenerse en cuenta la redención por trabajo, estudio o enseñanza de acuerdo con lo establecido en el Código Penitenciario y Carcelario, y c) Que "su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social."

En el caso propuesto, el acusado *Benítez Moreno* fue condenado a pena de prisión que no excede de dos años, motivo por el cual no satisface uno de los requisitos de naturaleza objetiva antes comentados, y como ya se dijo, tampoco ha cumplido el total de la sanción impuesta en las instancias, razones por las cuales ha de negarse su libertad provisional.

Valga anotar que del certificado de trabajo expedido el 5 de agosto del año en curso por el Comandante del Batallón de Policía Militar número 13 "General Tomás Cipriano de Mosquera" (fl. 11 cdno. de la Corte), solamente se tuvieron en cuenta los días trabajados por el Sargento Segundo *Benítez Moreno* con excepción de los domingos y festivos correspondientes a los meses de marzo, mayo y julio del corriente año, puesto que el mencionado Comando no dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 100 de la Ley 65 de 1993.

Finalmente como el defensor del procesado *Benítez Moreno* solicita exoneración de la obligación de pagar los daños y perjuicios derivados del hecho punible y para ello pretende se recepcionen algunos testimonios, se dirá que una petición de tal naturaleza corresponde definirla en su momento oportuno al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad si el fallo alcanza los efectos de cosa juzgada material, labor que es ajena a la competencia de la Corte en este caso concreto.

En mérito de lo expuesto la *Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal, niega* al procesado *Manuel Artenio Benítez Moreno* la libertad provisional, y se abstiene de pronunciarse sobre la exoneración de pagar los perjuicios provenientes del hecho punible que reclama su defensor.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

CULPABILIDAD / PREVARICATO

El delito de prevaricato no admite las modalidades de la culpa o la preterintención; se trata de un hecho punible eminentemente doloso. De ahí que un comportamiento que concuerde con la descripción del delito de prevaricato por omisión no es punible cuando se ha realizado en forma culposa.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C.,veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 120

Proceso No. 9905

VISTOS

Cumplidos los objetivos de la indagación preliminar adelantada con base en la denuncia formulada por el abogado Jaime Rafael Pedraza contra los congresistas Roberto Camacho Weverberg y Félix Samuel Ortegón Amaya, la Sala entra a definir si es del caso iniciar investigación penal.

LA DENUNCIA

El doctor Pedraza manifiesta que el 25 de mayo de 1994, instauró ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes una denuncia penal contra el doctor Gustavo De Greiff como Fiscal General de la Nación y contra el doctor Roberto Lobelo Villamizar, Fiscal Delegado ante la Corte, por diversas violaciones a ley cometidas en una investigación adelantada contra el Registrador Nacional del Estado Civil, doctor Luis Camilo Osorio Isaza, y el Presidente del Consejo Nacional Electoral, doctor Euclides Londoño Cardona.

El denunciante concreta esas irregularidades en el hecho de que hubiera sido el doctor Roberto Lobelo quien avocó el conocimiento de esa investigación, cuando debió hacerlo directa y personalmente el doctor Gustavo De Greiff, como Fiscal General de la Nación.

En esa denuncia el quejoso también le imputó al Fiscal General el delito de falsedad ideológica, y al doctor Lobelo Villamizar, el haber ignorado hechos y omisiones delictivos cometidos dentro del Acuerdo 09 de 1991 del Consejo Nacional Electoral "con falsedades ideológicas superiores a ocho (8) y una material al cambiar la palabra *resuelven* por el vocablo *decide*" que, en concepto del acusador, eran suficientes para que se abriera la investigación penal y él se constituyera en parte civil en ese proceso.

El sindicador prosigue relacionando las irregularidades que quiere poner en conocimiento de esta Sala, expresando que la denuncia contra el Fiscal General y su subalterno la presentó personalmente ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, como lo ordena el artículo 331 de la Ley 05 de 1992, por lo que dentro de los dos días siguientes a su asignación se le ha debido llamar a la ratificación, lo que no cumplió el congresista Roberto Camacho Weverberg, a quien se le adjudicó el asunto referido, habiéndolo recibido el 8 de junio de 1994.

A esa obligación, también faltó el doctor Félix Samuel Ortegón Amaya, Representante a quien se le repartió el asunto, después del doctor Camacho Weverberg, quien tampoco lo citó para ratificarse en la denuncia. Con ello, en sentir del inconforme, se violaron los artículos 170 y 177 del Código de Procedimiento Penal, 331 y siguientes de la Ley 5a. de 1992; y concordando estas normas, con el artículo 6o. de la Constitución, el quejoso manifiesta que la omisión que denuncia puede constituir un delito de Prevaricato, una burla a la administración de justicia que le ha ocasionado perjuicios, pues por todo ello se le ha abierto una investigación previa con cargos que el fiscal Lobelo Villamizar no ha probado.

En consecuencia de lo expuesto, el doctor Pedraza expresa que con la omisión que atribuye a los Representantes Camacho y Ortegón, se han encubierto los delitos que se imputan a los doctores De Greiff y Lobelo.

Cita el principio de la investigación integral para, a continuación, expresar que observa dolo y parcialidad en el hecho de que lo hubieran citado para un interrogatorio y por ello pide que se investigue el proceso No. 143 adelantado en la Fiscalía Delegada ante la Corte y también la acusación temeraria de que ha sido objeto, dando como razón que la investigación es competencia directa de la Corte porque la casi totalidad de imputados tienen fuero constitucional.

A renglón seguido dice el quejoso:

"Lo anterior no obsta para que se abra investigación penal contra los dos (2) Representantes denunciados, pues con su proceder han asumido teóricamente tal investigación, y al no ratificarla ni abrirla oportunamente

han encubierto a sus compañeros congresistas denunciados en ese mismo proceso, motivo por el cual suscito esta colisión de competencias que no excluye a la Fiscalía 240 que tampoco es competente para continuar la investigación del proceso 605 puesto que yo no puedo declarar ante un Fiscal "corriente" en contra de sus superiores y mucho menos en contra de imputados con fuero constitucional como son los miembros del Consejo Nacional Electoral y los Congresistas de la República. Ello sólo sería posible no de oficio sino con fundamento en el artículo 82 de la Ley 81 de 1993, por delegación expresa de una autoridad superior".

Agrega que en el doctor Roberto Camacho Weverberg recae una causal de impedimento que ha debido declarar, porque es una de las personas que fueron declaradas electas a través del Acuerdo 09 de 1991, cuya legalidad está cuestionada en cuatro procesos que cursan en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes.

LA INDAGACIÓN PRELIMINAR

Con el fin de establecer la competencia de la Sala para avocar el conocimiento del asunto, se obtuvo información del Secretario General de la Comisión de Acusación de la Cámara de Representantes, según la cual el doctor Roberto Camacho Weverberg fue integrante de ella del 6 de agosto de 1992 al 19 de julio de 1994; y el doctor Félix Samuel Ortegón Amaya desde el 30 de agosto de 1994, habiendo sido aceptada su renuncia como miembro de esa comisión, el 2 de noviembre siguiente.

En lo que respecta con la denuncia que el abogado Jaime Rafael Pedraza presentó el 25 de mayo de 1994 ante esa célula legislativa contra el Fiscal Gustavo De Greiff y su subalterno Roberto Lobelo, el mismo funcionario indicó que fue sometida a reparto el 27 de mayo, asignándose su competencia al doctor Roberto Camacho Weverberg, cuyo expediente le fue entregado el 8 de junio de 1994, mediante oficio No. 0234. Y que, nuevamente sometida a reparto el 21 de septiembre de ese año, se asignó al doctor Félix Samuel Ortegón Amaya, quien manifestó que no lo recibía, motivo por el cual no se efectuó su entrega.

El mismo funcionario entera al Magistrado Ponente que el Secretario General de la Cámara, mediante oficio del 16 de noviembre de 1994 comunicó a la Comisión que el 12 de octubre anterior el doctor Ortegón Amaya había presentado renuncia como miembro de ella, la cual resultó aprobada en sesión plenaria del 2 de noviembre.

El subsecretario general de la Cámara de Representantes expidió constancia sobre el tiempo que los doctores Roberto Camacho Weverberg

y Félix Samuel Ortegón Amaya han pertenecido a esa célula congresional; el primero de ellos ingresó el 26 de octubre de 1982 y el segundo el 1o. de diciembre de 1991, encontrándose ambos en ejercicio de sus cargos.

Se allegó copia de la actuación surtida en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara con base en la denuncia formulada por el abogado Jaime Rafael Pedraza contra los doctores Gustavo De Greiff y Roberto Lobelo, la cual consta de las siguientes actuaciones:

a) El 25 de mayo de 1994, el Presidente de esa comisión profirió un auto ordenando hacer el reparto.

b) El 27 de mayo, la secretaria encargada dejó constancia de que la investigación se radicó con el No. 470 y le correspondió al doctor Roberto Camacho Weverberg.

c) En la misma fecha anterior, la misma funcionaria suscribe el oficio No. 234 remitiendo al doctor Roberto Camacho Weverberg el expediente No. 470, en el cual, a manuscrito se escribió la constancia de recibido, del 8 de junio de 1994.

d) Con fecha del 22 de junio de 1994, la Secretaria General de la Comisión hizo constar que de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, el Congreso entró en receso el día anterior.

e) Otra constancia del Secretario General de la Comisión, sin fecha, dice que la investigación No. 470 fue adjudicada al doctor Félix Samuel Ortegón Amaya por reparto del 21 de septiembre de 1994.

f) Mediante oficio 442 del 11 de octubre de 1994, el Secretario General de la Comisión se dirige al Representante Félix Samuel Ortegón Amaya indicándole que le entrega el expediente No. 470. Este escrito no tiene constancia de haber sido recibido.

h) Al folio siguiente, el señor Olegario Vesga Plata, quien firma como operador de sistemas, expidió una constancia, sin fecha, en la que expresa que el 14 de octubre se dirigió a la Presidencia de la Comisión Séptima, cuyo Presidente es el doctor Félix Samuel Ortegón Amaya para entregarle el expediente No. 470, pero que él le manifestó que no lo recibía por su decisión de retirarse de la Comisión.

i) Nuevamente, el Secretario de la Comisión extendió constancia sobre la asignación al Representante Tarquino Pacheco Camargo, de la investigación No. 470, según reparto del 23 de noviembre de 1994.

j) Por último, con oficio del 24 de noviembre de 1994, el Secretario de la Comisión expresa que le entrega al doctor Tarquino Pacheco Camargo

el expediente en referencia. El oficio aparece firmado como constancia de haber sido recibido.

En igual forma se allegó fotocopia de toda la actuación adelantada por el doctor Roberto Lobelo Villamizar, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, con base en la denuncia penal que el abogado Jaime Rafael Pedraza formuló contra el Registrador Nacional del Estado Civil y el Presidente del Consejo Nacional Electoral.

Al ser llamado a rendir versión sin juramento, el Representante a la Cámara Félix Samuel Ortegón Amaya manifestó que fue designado como miembro de la Comisión de Investigación y Acusación el 30 de agosto de 1994 y renunció a ella el 12 de octubre siguiente. Acompaña esas afirmaciones con un fotocopia informal de la renuncia y la constancia sobre su designación como miembro de la Comisión de Investigación y Acusación, la presentación de la renuncia irrevocable y la aceptación mediante proposición aprobada el 12 de noviembre de 1994.

De otra parte, explica que su renuncia obedeció a varios factores, tales como que su profesión es la de economista; fue elegido como integrante y Presidente de la Comisión Séptima, en la cual se adelantaron asuntos que exigían dedicación total, como la reglamentación de la ley de seguridad social y la ley de salud; además fue uno de los ponentes de la ley del deporte. Igualmente dijo que no tramitó ninguno de los asuntos correspondientes a la Comisión de Investigación.

También el doctor Roberto Camacho Weverberg fue llamado a rendir versión libre para que explicara la inactividad de las diligencias en referencia, las cuales le fueron asignadas en el reparto del 27 de mayo de 1994. En ella el parlamentario expresó que no recordaba haber recibido el expediente de la denuncia contra el Fiscal, ni haberla conocido. Comenta que recientemente se enteró de que su asistente Volmar Pérez había sido notificado de ese reparto. Agrega que como ya estaba expirando el período había un acuerdo informal para no recibir expedientes con el fin de no dejar truncas las diligencias.

El doctor Camacho aclara que la Comisión no funciona como una institución judicial común, puesto que siendo de naturaleza política tiene modalidades y procedimientos propios a esa naturaleza. En su caso particular, por la época de los hechos tenía a su cargo unos ocho a diez asuntos de la Comisión de Investigación, más todas las obligaciones inherentes a la Comisión Primera de asuntos constitucionales y las restantes funciones parlamentarias, en su condición de ponente o participante de

los actos constitucionales y proyectos de ley. A ello agrega la misión de conocer la marcha del gobierno para ejercer el control político.

El Representante indagado reconoció la firma de su asistente Volmar Pérez, en la constancia de recibo inscrita en el oficio de entrega de las diligencias que contienen la denuncia formulada por Jaime Rafael Pedraza.

El deponente aclara que no existen libros radicadores y las actuaciones llegan a la Secretaria de la Comisión de Investigación, la cual, después de asignado el ponente, le entrega a éste el expediente.

Así mismo, manifiesta que todas las Comisiones tienen el período de funcionamiento que tiene la Plenaria del Congreso, en los términos establecidos en la Constitución; para funcionar en períodos distintos se requiere de un permiso de la Presidencia de la Cámara, pues de lo contrario las actuaciones son nulas, en vista de que en las épocas de receso quedan suspendidas todas las actuaciones como parlamentarios.

El Secretario General de la Cámara de Representantes remitió el ejemplar No. 196 de 1994 de la Gaceta del Congreso, en cuya página 19 se encuentra publicada la proposición No. 114, que contiene la renuncia del doctor Félix Samuel Ortegón Amaya a la Comisión de Investigación y Acusación, fechada el 12 de octubre y aprobada el 2 de noviembre siguiente.

Llamado a declarar, el señor Volmar Antonio Pérez Ortiz, Asesor de la Cámara de Representantes, adscrito a la Unidad legislativa del doctor Roberto Camacho Weverberg, comenta que la legislatura terminó el 20 de junio, época en la cual se acumula el trabajo legislativo en las Comisiones y en la plenaria de la Cámara; sin embargo recuerda que por entonces se notificó del reparto que le habían hecho al doctor Camacho, del expediente de la denuncia formulada por Jaime Pedraza contra el doctor Gustavo De Greiff y que algún comentario sobre ese reparto le hizo al doctor Camacho; y estimaron que no era serio que la Comisión repartiera asuntos cuando estaban a punto de que se extinguiera el período del Congreso anterior. Apunta que por entonces el doctor Camacho estaba ocupado en las sesiones de la Comisión Primera y en la Plenaria de la Cámara.

El declarante reconoció como suya la firma que el 8 de junio de 1994 inscribió como constancia de recibo en el oficio 0234 del 27 de mayo de ese año y advierte que no recuerda si él se llevó o no el expediente a la Comisión de Acusación, pero aun suponiendo que se lo llevó, recalca que las diligencias sólo permanecieron en poder de ese despacho durante seis días hábiles desde la fecha de su recibo.

Reitera que el doctor Camacho no alcanzó a ver el expediente por razón del trabajo que había en las comisiones, pues al final del período y de la legislatura se votan en forma acumulada todos los proyectos de ley de toda la legislatura, lo que reclama la dedicación de todo el tiempo posible; a ello agrega que una inasistencia a una sesión en que se vote un proyecto de ley, es acumulable para los procesos de pérdida de la investidura.

En cuanto al funcionamiento de la Comisión de Investigación y Acusación, el mismo deponente advierte que sólo cumple funciones durante la época de sesiones ordinarias del Congreso; que no existe ningún cuerpo asesor para el diligenciamiento de los expedientes y que tampoco existe un trámite preestablecido ni aun en la Ley 5a. de 1992, hasta el punto que están preparando un proyecto de ley, modificatorio del reglamento, para darles a los miembros de esa Comisión una unidad asesora que se ocupe de tales asuntos.

De la Cámara de Representantes se obtuvieron estos informes:

La Comisión de Investigación y Acusación se integró el 30 de agosto de 1994.

Entre los meses de mayo y diciembre de 1994, los Representantes Félix Samuel Ortegón Amaya y Roberto Camacho Weverberg asistieron cada uno a treinta y cinco (35) sesiones plenarias de la Cámara. El primero fue ponente de dos proyectos de ley; uno "Por el cual se reglamenta la composición permanente de concertación de políticas salariales y laborales creadas por el artículo 56 de la Constitución Política"; el otro " Por el cual se organiza el sistema nacional del deporte, se dictan disposiciones para su masificación y para el fomento de la educación física, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre" (hoy, Ley 181 de 1994).

Por su parte, el doctor Camacho Weverberg fue ponente del proyecto de ley, "por el cual se reforma el artículo 258 de la Constitución Nacional"; y del proyecto de ley "Por el cual se reforma el estatuto notarial y en especial el decreto Ley 960 de 1970 y se dictan otras disposiciones".

El 10 de agosto de 1994, el doctor Ortegón Amaya fue elegido Presidente de la Comisión Séptima.

El doctor Roberto Camacho Weverberg fue elegido Vicepresidente de la Cámara de Representantes para el período comprendido entre el 20 de julio de 1994 y el 19 de julio de 1995.

De otra parte, se informó que desde el 26 de septiembre de 1994, el Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación designó a algunos de los funcionarios de esa dependencia para colaborar con los Representantes

en el trámite de los expedientes: entre ellos menciona al operador de sistemas Olegario Vesga Plata como colaborador de los Representantes Roberto Moya Angel, Rafael Quintero García y Félix Samuel Ortegón Amaya (reemplazado por Tarquino Pacheco Camargo).

La apoderada del doctor Félix Samuel Ortegón Amaya allegó una constancia firmada por el subsecretario de la Comisión Séptima de la Cámara, en la que acredita entre otros puntos, que el citado congresista fue elegido presidente de esa comisión el 10 de agosto de 1994; que presidió las sesiones realizadas los días 31 de agosto, 14, 21 y 28 de septiembre; 4, 5 y 12 de octubre; 9 y 10 de noviembre y 13 de diciembre de 1994. Así mismo informa que el doctor Ortegón Amaya presidió el seminario de inducción a los Representantes integrantes de la Comisión Séptima, durante los días 7 y 8 de septiembre del mismo año; y foros regionales celebrados el 18 de noviembre en Barranquilla; el 22 de noviembre en Fusagasugá; el 28 de noviembre en Bucaramanga; el 1o. de diciembre en Cali; el 2 de diciembre en Medellín. También da a conocer que el doctor Ortegón Amaya actuó como Vicepresidente en las sesiones conjuntas de las Comisiones Séptimas realizadas el 11, 12 de octubre y 3 de noviembre respecto del proyecto 016; y los días 10, 16, 23 y 24 de noviembre en cuanto al proyecto 015 de 1994, del Senado, del cual fue uno de los ponentes.

El Secretario de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, informó que entre el 8 y el 30 de junio del año pasado, esa célula legislativa sesionó solamente el citado día 8 y adjuntó la transcripción de la sesión respectiva, en cuyo texto se advierte la participación del doctor Camacho Weverberg.

A su turno, el Secretario de la Comisión Séptima de la Cámara relacionó las actividades desplegadas por esa célula legislativa, del 30 de agosto al 2 de noviembre de 1994, así: Sesionó el 31 de agosto, el 14, el 21, y el 28 de septiembre; el 4, el 5 y el 12 de octubre, y de esta última fecha al 2 de noviembre la Comisión no sesionó debido a las actividades realizadas a propósito de la elección de alcaldes municipales.

Al informe anterior se adjuntó copia de las actas correspondientes a las sesiones mencionadas en el párrafo anterior.

LA SALA CONSIDERA

Antes de entrar a analizar de fondo la denuncia que el abogado Pedraza formula contra los Representantes a la Cámara Félix Samuel Ortegón Amaya y Roberto Camacho Weverberg, es necesario puntualizar que el fuero constitucional concedido a los congresistas para que sea la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la que investigue y juzgue los hechos punibles que se les atribuyen, está delimitado a ellos con exclusividad, de tal manera que el fuero no se extiende ni a los copartícipes de un delito atribuido a un parlamentario, ni a las infracciones que sean conexas y que no hayan sido cometidas por un miembro de la Rama Legislativa del poder público.

La anterior aclaración obedece a que el doctor Pedraza en su queja, pretende que la Corte se pronuncie sobre la conducta del doctor Gustavo De Greiff como Fiscal General de la Nación; del doctor Roberto Lobelo como Fiscal Delegado ante esta superioridad; del doctor Luis Camilo Osorio como Registrador Nacional del Estado Civil; del doctor Euclides Londoño Cardona, como Presidente del Consejo Nacional Electoral. De igual modo, aspira a que la Corte adopte decisiones en una investigación previa que contra él se inició en la Fiscalía General de la Nación.

Si bien es cierto que la Corte tiene competencia para definir la responsabilidad penal del Fiscal General de la Nación, esa competencia surge a partir de la acusación formal que haga el Senado de la República, esto es, que le corresponde adelantar el enjuiciamiento, mas no la investigación en sí. Igual ocurre con los Fiscales Delegados ante la Corte, pues su juzgamiento sí le corresponde a esta superioridad, pero no la investigación.

Luego, la Sala se abstendrá de referirse a la responsabilidad penal que pueda recaer sobre los personajes citados por el denunciante y a los hechos que éste les atribuye y sobre las actuaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, por cuanto, o no son de su competencia, o , si lo son, las diligencias no se encuentran en el estado procesal que es presupuesto de la competencia de la Sala.

Tampoco hay lugar para efectuar pronunciamiento alguno relacionado con la "colisión de competencias" que el denunciante dice suscitar, pues son los funcionarios judiciales los encargados de provocar tal incidente. Por lo demás, si bien las partes pueden solicitar el planteamiento de un conflicto de competencia, en este asunto, el abogado Jaime Rafael Pedraza no está habilitado para pedir que se promueva tal incidente, por cuanto es denunciante, pero no es parte. Y, en últimas, no se advierte que se haya dado una situación que dé fundamento a la Sala para discutir la competencia para conocer de este asunto o de los mencionados por el quejoso.

De igual manera, por no ser pertinente ni conducente al objetivo de estas diligencias, la Sala se abstiene de decretar las pruebas que el

denunciante pidió allegar y que se relacionan con las supuestas irregularidades que le atribuyó al anterior Registrador Nacional del Estado Civil y al Presidente del Consejo Nacional Electoral.

Establecidos estos parámetros, la Sala se ocupará de los cargos atribuidos a los doctores Félix Samuel Ortegón y Roberto Camacho por hechos sucedidos cuando pertenecían a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, los cuales se reducen, como ya quedó expuesto, al hecho de no haberle dado trámite alguno a la denuncia que Jaime Pedraza formuló contra el doctor Gustavo De Greiff como Fiscal General de la Nación y al doctor Roberto Lobelo Villamizar, como Fiscal Delegado ante la Corte.

En efecto, esa denuncia, presentada el 25 de mayo de 1994 ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, se radicó con el No. 470. Dos días después, por reparto, se adjudicó al doctor Roberto Camacho Weverberg. Un asesor suyo, el doctor Volmar Pérez, firmó constancia de recibo del expediente el 8 de junio siguiente, sin que en ese lapso se hubiera adelantado ninguna actuación. Ya el 21 de ese mes el Congreso entró en receso -según constancia que obra en el respectivo expediente- y el período constitucional concluyó el día 30 del mismo mes y año.

De conformidad con lo reglamentado por la Ley 5a. de 1992, después de presentada personalmente una denuncia "El Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación, dentro de los dos (2) días siguientes, repartirá la denuncia o queja entre los representantes que integran la Comisión. A quien se le reparta se le denominará Representante-Investigador. Este, dentro de los (2) días siguientes, citará al denunciante o quejoso para que se ratifique bajo juramento" (artículo 331).

El primer punto que hace detener la atención de la Sala, es el hecho de que a pesar de que la denuncia fue repartida el 27 de mayo, sólo el 8 de junio aparece como recibida por uno de los subalternos del doctor Roberto Camacho. De ese día hasta el 20 del mismo mes, cuando el Congreso entró en receso, transcurrieron seis (6) días hábiles, al cabo de los cuales se extinguió para el representante Camacho Weverberg la posibilidad de cumplir con el deber (art. 331 de la Ley 5a. de 1992) de citar al denunciante para que se ratificara de su queja, puesto que cesó en sus funciones como miembro de la Comisión de Investigación y Acusación por la terminación del período constitucional.

De esa omisión, el denunciante pretende que se edifiquen cargos de responsabilidad penal contra el doctor Roberto Camacho Weverberg por

la presunta comisión de un delito de prevaricato por omisión; sin embargo, la realización de una o algunas de las conductas representadas en los verbos rectores, tales como omitir, rehusar, retardar o denegar un acto propio de las funciones, que describen el tipo penal contemplado en art. 150 del C. P., no basta para concluir que se está frente a la realización de ese hecho punible, pues ello solamente habla de la tipicidad del comportamiento, restando aún los demás elementos estructurales del tipo, esto es, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Resulta relevante recordar estos conceptos dogmáticos en la medida en que han sido impuestos por el propio estatuto sustantivo de las penas y gracias a ellos se ha abierto el camino a la eliminación de la responsabilidad meramente objetiva.

Recuérdese que para que un hecho punible pueda ser sancionado es indispensable que su autor lo haya realizado con dolo, culpa o preterintención. No obstante, estas modalidades de la culpabilidad no concurren en todos los tipos, en razón de que, por disposición del artículo 39 del Código Penal la culpa y la preterintención se presentan solamente en los casos expresamente determinados por la ley.

Lo anterior resulta pertinente por cuanto desde el punto de vista legal el delito de prevaricato no admite las modalidades de la culpa o la preterintención; se trata de un hecho punible eminentemente doloso. De ahí que un comportamiento que concuerde con la descripción del delito de prevaricato por omisión no es punible cuando se ha realizado en forma culposa.

Así lo ha definido la ley y lo ha entendido la Sala, cuando refiriéndose al delito que se comenta, ha sostenido:

"...El prevaricato por omisión, previsto en el art. 150 del C. P., sólo admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que el aspecto meramente objetivo, de haber omitido, rehusado o denegado por el empleado un acto propio de sus funciones, se debe demostrar el aspecto subjetivo que consiste en no haber querido cumplir con el deber..."

"Así, cuando la ley fija cierto término para que se profieran las decisiones judiciales, debe tenerse en cuenta que el tiempo de que realmente dispone se encuentra condicionado por los numerosos asuntos que tienen que atender. Por esto al resolver su responsabilidad ha de examinarse en el caso concreto, si el funcionario estuvo en condiciones de decidir en el término previsto, de acuerdo con la complejidad del problema sometido a su consideración, la prevalencia de otras actuaciones o aun el cumplimiento del trámite interno del proceso..." (C. S. de J. mayo 20 de 1986).

Más recientemente, la Sala reiteró:

"Se ha dicho insistentemente que no toda omisión o retardo en el cumplimiento de un acto propio de las funciones legalmente asignadas constituye delito de prevaricato por omisión, pues siendo este hecho punible doloso requiere necesariamente que cualquier conducta de las descritas en el art. 150 del C. P., esté precedida del conocimiento y voluntad claros de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función.

"Significa lo anterior que para efectos del juicio de tipificación de la conducta es menester en cada caso concreto examinar, en primer término, la norma que asigna la función y el lapso de tiempo señalado para su cumplimiento y, en segundo lugar ha de analizarse, para determinar la culpabilidad, si conociendo dichos presupuestos, medió la voluntad para omitir, rehusar, retardar o denegar el acto propio de la función". (Auto, sep. 1o. de 1993. M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Ahora bien, en este asunto, el doctor Roberto Camacho Weverberg omitió citar al abogado Jaime Rafael Pedraza para que se ratificara en la queja que había formulado contra el entonces Fiscal General de la Nación y uno de sus subalternos, como lo ordena el artículo 331 de la Ley 5a. de 1992; sin embargo, ocurre que el Representante afirma que, de la existencia de ese expediente, sólo se enteró cuando se le citó a que rindiera la versión libre en estas diligencias preliminares, así como que le había sido repartido a él y que de ese reparto se notificó su asesor Volmar Pérez, aun cuando desconoce si éste retiró el expediente de la Comisión o solamente se enteró del reparto, puesto que en su despacho no encontró ningún oficio devolviendo la actuación a la Secretaría de la Comisión y ella fue posteriormente asignada a otro Representante.

Tal afirmación tiene respaldo en las copias allegadas a estas diligencias del expediente No. 470 de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, en donde se observa el oficio 234 del 27 de mayo de 1994, que la Secretaria General de la Comisión le dirige al doctor Roberto Camacho Weverberg anunciándole el envío de esa actuación, y en el cual aparece la siguiente inscripción manuscrita: "*Recibí*: Volmar Pérez Ortiz - Bogotá, junio 8/94". No obstante, a continuación de ese documento aparece la constancia firmada por la misma Secretaria General de la Comisión, de fecha 22 de junio de 1994, lo que permite deducir que, efectivamente, las diligencias estuvieron en la Secretaría de la comisión y no en el despacho del congresista.

Por lo demás el propio asesor Volmar Pérez Ortiz reconoció como suya la firma que aparece en la constancia transcrita, pero aclaró que no

recordaba si efectivamente había retirado de la Comisión el expediente contra el Fiscal General y aseguró que el doctor Camacho no alcanzó a verlo por razón de las funciones parlamentarias propias del final de una legislatura y del trabajo adelantado por las comisiones.

En las anteriores condiciones, estando demostrado que el doctor Roberto Camacho Weverberg no llegó a conocer y a tener a su disposición el cuaderno que contenía la denuncia de Jaime Rafael Pedraza contra el anterior Fiscal General de la Nación, resulta imposible deducir que la omisión de darle el trámite que conforme a la Ley 5a. de 1992 le correspondía, hubiera sido voluntaria.

Se advierte sí que la denuncia formulada contra el doctor Gustavo de Greiff no ha sido sometida estrictamente al trámite impuesto por orden legal, pero ello no estructura hecho punible, porque, como se enunció en precedencia, el prevaricato por omisión no admite la modalidad culposa. Esa misma conclusión se obtiene de la acusación que el denunciante formula también contra el doctor Camacho Weverberg por no haberse declarado impedido de conocer de la denuncia formulada, pues, visto está que el denunciado no adelantó gestión alguna en el referido asunto, por tanto no llegó a incumplir con el deber de manifestar la existencia de un impedimento, si es que alguno existía.

Al iniciarse una nueva legislatura el 20 de julio de 1994, se volvieron a integrar las comisiones y como resultado de ello, el 21 de septiembre de 1994 la denuncia que Rafael Pedraza instauró contra el doctor Gustavo De Greiff fue nuevamente repartida, correspondiéndole en tal ocasión al doctor Félix Samuel Ortegón Amaya, quien tampoco asumió el conocimiento de ella, ni adelantó diligencia alguna en orden a darle el trámite correspondiente.

En esta oportunidad, aun cuando existe un oficio remisorio de la denuncia, fechado el 11 de octubre de 1994, dirigido al doctor Ortegón Amaya, no existe constancia de que el congresista o un subalterno de su dependencia hubieran recibido efectivamente las diligencias. Por el contrario, el operador de sistemas Olegario Vesga Plata dejó constancia escrita de que el 14 de ese mes, el doctor Ortegón Amaya no recibió el expediente porque se había retirado de la Comisión.

El Representante implicado corroboró que a pesar de haber sido nombrado en la Comisión de Investigación y Acusación, él presentó renuncia irrevocable a tal designación el 12 de octubre del año pasado, porque al llegar a la comisión se enteró de las funciones que debía cumplir y como su profesión es la de economista advirtió que no encajaba en el ejercicio de

ellas; además, también renunció porque se le designó como integrante y como Presidente de la Comisión Séptima Constitucional que exige dedicación total.

De la presentación de la renuncia irrevocable a ser integrante de la Comisión de Investigación y Acusación efectuada por el doctor Félix Samuel Ortegón Amaya ante la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes el 12 de octubre de 1992, dan fe no sólo las constancias expedidas por el Secretario de dicha Comisión, sino, además, la Gaceta del Congreso, publicada el 9 de noviembre de ese año. Ello explica por qué la denuncia de Jaime Pedraza contra el doctor Gustavo De Greiff jamás estuvo bajo la dirección del doctor Ortegón Amaya, a quien, en consecuencia, respecto de esa actuación, no le eran exigibles las obligaciones propias del representante que actúa como instructor; como que nunca adquirió tal condición.

Es de convenir que, tratándose de denuncias de carácter penal, parece extraño que su trámite se vea entrabado por tantas incidencias; sin embargo, no se puede desconocer que las células del Congreso de la República tienen una estructura diferente a la de los despachos judiciales. Así por ejemplo, en los procesos adelantados en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara resulta imposible cumplir los términos en la forma regulada para la rama jurisdiccional, pues el Congreso cumple sus funciones en dos períodos que conforman una legislatura, del 20 de julio al 16 de diciembre y del 16 de marzo al 20 de junio, por expresa regulación del artículo 138 de la Carta Política; circunstancia que confirma el artículo 53 de la Ley 5a. de 1992.

Por otra parte, los integrantes del cuerpo legislativo del país, dentro de sus deberes oficiales, tienen unos de orden preferencial, como el de asistir a las reuniones plenarias en las que se voten proyectos de actos legislativos, proyectos de ley o mociones de censura, pues seis (6) inasistencias estructuran una causal de pérdida de la investidura (art. 183.2 C. N.) Así mismo, es obligatorio para los Congresistas formar parte de alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes (art. 6o. Ley 3a. de 1992).

Finalmente, es de tener en cuenta que la Comisión de Investigación y Acusación aún no cuenta con la infraestructura propia para el desempeño de su función, pues, según lo informó el declarante Volmar Pérez Ortiz, no existe un cuerpo asesor, ni una organización laboral para el efecto; tanto que no hay personas dedicadas exclusivamente a ello, y ni siquiera se llevan libros radicadores.

Hechas las anteriores consideraciones, se puede concluir que la conducta atribuída al doctor Roberto Camacho Weverberg es atípica y que el doctor Félix Samuel Ortegón Amaya no realizó la que a él se le imputó, por lo que se han demostrado dos circunstancias que conducen a la Sala a inhibirse de abrir investigación penal contra los dos congresistas.

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

RESUELVE:

Abstenerse de iniciar investigación penal contra los doctores Roberto Camacho Weverberg y Félix Samuel Ortegón Amaya, actuales Representantes a la Cámara, por los hechos que les atribuyó el abogado Jaime Rafael Pedraza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / CASACION / CONFESION

El acuerdo obrante en el acta respectiva, equiparada, anteriormente por la jurisprudencia y ahora también por la ley (art. 37B numeral 2o., C. de P.P., 5o. de la L. 81/93) a la resolución de acusación del procedimiento normal, trasciende hacia la sentencia anticipada con fuerza concluyente y no puede ser de por sí cuestionado en sede de casación, salvo que repercuta en la validez formal de la actuación o afecte el debido proceso

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 120

Proceso No. 9088

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Procuradora 143 de Asuntos Penales ante el Tribunal Superior de Pasto, contra la sentencia proferida por esa Corporación el 23 de agosto de 1993, mediante la cual confirmó el fallo anticipado emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado *Henry Rolando Narváez Burbano*, a la pena principal de un (1) año y ocho (8) meses de prisión, como responsable del delito de homicidio.

HECHOS

De ellos dijo el *ad quem*:

"Aproximadamente a las 5 de la tarde del 5 de enero de 1992, en la Inspección de Policía San Pedro, jurisdicción de El Tambo, frente al expendio de licores de propiedad de José Braulino Narváez Valenzuela, suscitóse una discusión entre éste y Roberto Díaz, ambos de 39 años de edad,intercambiando mutuas ofensas verbales dada la enemistad y discordia que desde época anterior entre ellos existía.

Henry Rolando Narváez Burbano, de 19 años de edad e hijo de José Braulino, presencia la discusión y en determinado momento entra a la casa y en seguida sale armado de una escopeta calibre 16, de fabricación artesanal, y dispara hacia Roberto Díaz, ocasionándole el inmediato deceso por lesiones de la base del cráneo, destrucción completa del bulbo que determinaron un paro cardio-respiratorio, según concepto forense.

El autor de la fatal agresión huyó del lugar, abandonando el arma de fuego, la que fue entregada a la Subestación de Policía Nacional de El Tambo, por José Braulino Narváez Valenzuela, a esa fecha Inspector de Policía de la nombrada vereda".

EVOLUCIÓN PROCESAL

Dos días después de la fecha indicada, el Juzgado Promiscuo Municipal de El Tambo inició la investigación con fundamento en denuncia presentada por la suegra del occiso, practicando las primeras diligencias.

Respecto a los episodios antecedentes y concomitantes al hecho punible declararon los señores *Segundo Alejandro Mera Burbano, Marcelino Burbano, José Félix Mera Ruales, Amparo Elsa Delgado de Díaz, Rosa Hilda Meneses de Delgado, Servio Tulio Díaz Ríos* e *Ignacio Javier Calvache Fajardo*, coincidentes todos en cuanto a la identificación del autor del disparo y la discusión que lo antecedió, protagonizada por *Roberto, José Braulino Narváez* y el procesado *Henry Narváez.*

En cuanto al móvil de la acción, resultan de interés las referencias traídas tanto por *Amparo Elsa Delgado de Díaz* (esposa del occiso) como por la suegra de aquél, *Rosa Hilda Meneses de Delgado*, para quienes los *Narváez Burbano* tenían malquerencia de tiempo atrás en contra de su pariente por razón de los rumores que corrían en el vecindario de los compromisos afectivos de la esposa de *José Braulino* y madre de *Henry*, con el obitado.

Del Juzgado Promiscuo Municipal de El Tambo pasó el expediente al Once de Instrucción Criminal radicado en Pasto, el que vinculó al procesado en contumacia, resolviendo su situación jurídica provisional el 10 de agosto de 1992 con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio voluntario, a lo que siguió la recepción de ampliación de las declaraciones rendidas por *José Félix Mera Ruales, Amparo Elsa Delgado de Díaz* y *Rosa Hilda Meneses de Delgado* y la única de los testigos *Aura Marina Burbano Solarte, José Braulino Narváez Valenzuela*, quien inicialmente se había negado a declarar en razón del parentesco de consanguinidad con el procesado (padre-hijo) y de *Rigoberto Enríquez*

Jurado, ratificando todos ellos los antecedentes de trato que habían distanciado a *Roberto* de la familia *Narváez Burbano,* siendo de destacar, por provenir de terceros ajenos a los enfrentados en conflicto, los dichos de *José Félix* y *Rigoberto,* quienes se dijeron conocedores de los rumores prohijados por el propio *Roberto,* en el sentido de ser éste el amante de *Aura Marina* y el conocimiento directo que tuvo el primero de ellos de los hechos de sangre averiguados, afirmando que *Roberto* ciertamente ofendió de palabra y en forma grave tanto a *José Braulino* como a *Henry;* al primero enrostrándole la relación con su mujer y colocando en tela de juicio su paternidad respecto de la prole habida en su relación marital con *Aura* y al segundo porque cuando salió en apoyo de su padre, también le increpó por el comportamiento de su progenitora y lo enfrentó con ofensas graves retándolo a disparar el arma denigrando de su "hombría" y "valentía", dando lugar a la reacción del ofendido, que en su sentir actuó ante la imposibilidad de apaciguar a *Roberto* y frente a su creciente y violenta arremetida verbal en su contra y la de su familia.

El 3 de febrero de 1993, *Henry Rolando Narváez Burbano* acudió voluntariamente ante la Fiscalía Octava Especializada de Pasto, que para entonces y en desarrollo del cambio de competencias traído por el Decreto 2700 de 1991, conocía del asunto, aceptando la autoría material del hecho, a lo que agregó que accionó el arma sobre el cuerpo de la víctima segándole la vida por la *rabia* que sintió al ver ofendido a su padre y deshonrada su familia, por las expresiones de *Roberto* que encaraba a su progenitor reclamando los amores de su esposa y madre a la vez que colocaba en tela de juicio la virilidad del jefe de su hogar y hasta la paternidad de éste con relación a él, y porque además cuando terció en favor de su padre, fue también objeto de tal afrenta de quien sabía, era el promotor de la deshonra de su familia, con rumores que motivaron la burla de las gentes de la región.

A lo dicho siguió el acuerdo, fundamento de la sentencia anticipada del proceso, que basado en el reconocimiento por parte del procesado y su defensor de la presencia de la prueba alusiva al aspecto material del delito y la autoría del mismo, se concretó ante el Juez de la causa (el Sexto Penal del Circuito de Pasto), en la tipificación de un delito de homicidio voluntario, atenuado por el estado de ira e intenso dolor en que habría actuado el procesado, en forma tal que la pena se negoció dentro de esa modalidad delictiva, reconociéndose además en su favor la rebaja por confesión del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal y la propia por acogerse a la sentencia anticipada (artículo 37 *ibidem*); acuerdo que inicialmente improbó el juzgado del conocimiento que no halló sustento probatorio al estado de ira ni jurídico a la aminorante de pena por

confesión, según decisión de 1° de marzo de 1993, que revisada por vía de apelación en el Tribunal Superior de Pasto, fue objeto de revocatoria, disponiendo en su lugar el proferimiento de la sentencia de rigor, la que debía fundarse en el acuerdo previo entre el fiscal acusador, el procesado y su defensor, porque en criterio de la Colegiatura las dos aminorantes punitivas reconocidas al acusado *Henry Narváez* contaban con pleno respaldo dentro del proceso.

El 31 de agosto de 1993, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pasto puso fin a la instancia mediante sentencia anticipada condenando al acusado a la pena principal de un (1) año y ocho (8) meses de prisión, a la sanción accesoria de rigor por un período igual al de la pena principal y al pago en concreto de los perjuicios causados, otorgándole el subrogado de la condena condicional; fallo apelado por la Procuradora 143 de Asuntos Penales y confirmado, sin ninguna modificación, por el Tribunal Superior de ese Distrito con el que es objeto del recurso de casación.

DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo el ámbito de la causal primera de casación se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria, en forma directa, de la ley sustancial por inaplicación de los artículos 36, 61, 68 y 323 del Código Penal y aplicación indebida de los artículos 37, 370, 371 y 299 del Código de Procedimiento Penal y 4° de la Ley 81 de 1993.

Varios argumentos inconexos esgrime la Procuradora en lo Judicial en apoyo de sus asertos comenzando por afirmar que la hipótesis legal de la sentencia anticipada se enmarca dentro de unos parámetros precisos que sustentan el acuerdo relativo al delito (su adecuación típica) y la responsabilidad del procesado, en la medida de que exista prueba material que los acredite para apoyar una falla de condena y sean aceptados por la defensa; presupuestos que a juicio de la recurrente fueron desatendidos por los sentenciadores al darse por demostrada la diminuente punitiva de la ira sin prueba que la sustente y reconocerse en favor del procesado la rebaja de pena por confesión cuando resulta probado que éste fue sorprendido en situación de flagrancia al momento de cometer el delito, circunstancia que excluye tal beneficio, argumentaciones que en síntesis, respaldan su pedimento en el sentido de invalidar la actuación ubicando el proceso nuevamente en la fase sumarial para que al sindicado Henry Narváez Burbano se le juzgue por el delito de homicidio voluntario, sin atenuantes ni rebajas, como fue su posición inicial durante la audiencia especial.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DELEGADA

Señala el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que la demanda adolece de vicios de técnica en la medida en que la mayor parte de las censuras que erige la actora en contra del fallo acusado, las reduce a simples enunciados que en el mejor de los casos revelan su personal y particular visión de los hechos, dejando sin comprobación sus reparos.

Impertinente resulta para el Procurador Delegado, la cita que hace la impugnante del artículo 36 del Código Penal dentro de la relación de normas supuestamente violadas en forma directa, porque sus planteamientos se dirigen a controvertir el reconocimiento hecho en favor del procesado de las aminorantes punitivas a que refieren los artículos 60 del C. P. y 299 del C. de P.P., planteamientos que no involucran para nada el concepto culpabilista a que alude la norma en cita.

La propuesta violación directa del artículo 37 del C. de P. P., tampoco fue presentada en debida forma en la demanda, dice el Procurador, pues si bien es cierto señaló la censora que el acuerdo que implica la sentencia anticipada del proceso se enmarca dentro de unos parámetros legales que no pueden ser desconocidos por las partes, como sí ocurrió según su dicho en este evento por parte del Fiscal acusador, su afirmación quedó en el aire porque no señaló cuál o cuáles de esos parámetros legales fueron los omitidos, ni cuál la forma de tal pretermisión, además olvida la recurrente que el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal es norma dispositiva de un trámite procesal, de tal manera que su aplicación indebida no trae como consecuencia la ruptura de la sentencia, sino que, en caso de reconocerse la infracción, la sanción es la de nulidad por desconocimiento del debido proceso.

No obstante ese cúmulo de imprecisiones y deficiencias de técnica, revela el Procurador Delegado que sí existe dentro de la demanda un cargo concreto y certero respecto del fallo atacado, fundado éste en el reconocimiento que se hiciera en favor del procesado de la aminorante punitiva prevista en el artículo 299 del Código de Procedimiento penal, pues aquélla rebaja de pena por confesión se fundó en un presupuesto contrario al que prevee la norma.

Es contrario al texto legal el presupuesto de que partió el Fiscal acusador para solicitar la aprobación del acuerdo y dentro de él el reconocimiento de la rebaja de pena por confesión, porque el artículo 299 del C. de P. P., está precisamente excluyendo de esa rebaja punitiva los casos de "flagrancia", así que si en relación con el procesado *Narváez Burbano* se acepta, porque además en opinión del Ministerio Público tiene respaldo

probatorio, la concurrencia de la flagrancia, ello era suficiente para excluir la rebaja de pena por confesión, que fueron entre otros los motivos para que el juez *a-quo* improbara el acuerdo.

En criterio de la Procuraduría Delegada, el solo sorprendimiento del agente en el momento de la ejecución del hecho, esto es, ser visto e identificado en el momento de su actuar delictivo, abre paso al reconocimiento de la situación de flagrancia, sin que sea menester para ello que se hubiese producido la captura derivada de ese sorprendimiento, porque una es la causa (la flagrancia misma) y otro el efecto o consecuencia (la captura del agente sorprendido en flagrancia).

Si no había lugar a la rebaja de pena por confesión -agrega el Procurador-, dado que la ley la excluye en los casos de "flagrancia", es entonces manifiesto el error de interpretación en que incurrió el juzgador frente al artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, lo que hace próspero el cargo por violación directa de dicha norma, en forma tal que el fallo atacado debe casarse.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El fundamento inmediato de la sentencia impugnada en casación lo constituye el acuerdo a que llegaron el fiscal acusador, el procesado Henry Rolando Narváez Burbano y su defensor, respecto a la calificación jurídica del delito imputado y la pena imponible, condicionándolo al otorgamiento de la condena de ejecución condicional; convenio equiparado a la resolución de acusación del procedimiento ordinario (artículo 5° de la Ley 81 de 1993) y tenido como soporte de la sentencia anticipada proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pasto, confirmada íntegramente por el Tribunal Superior del mismo Distrito.

Ese acuerdo se celebró durante la etapa investigativa del proceso sobre la base de admitirse la responsabilidad del sindicado en el hecho punible calificado de homicidio simplemente voluntario, atenuado por la ira e intenso dolor de que trata el artículo 60 del Código Penal, en armonía con el 323 *ibidem*, reconociéndose además, que Narváez Burbano se hacía acreedor a la rebaja de pena por confesión contemplada en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, tal como aparece plasmado en documento suscrito por las partes intervinientes y el acta que registra lo ocurrido durante la audiencia pública especial realizada el 24 de febrero de 1993 (fls. 120 y 137 del expediente).

El juez del conocimiento, que lo era el Sexto Penal del Circuito de Pasto, improbó el acuerdo porque a su juicio, la prueba recaudada no ameritaba

la diminuente punitiva de la ira y la situación de flagrancia en que fue sorprendido el acusado al momento de cometer el delito descartaba la rebaja de pena por confesión; criterio compartido por la señora Procuradora 143 para Asuntos Penales, que se opuso con vehemencia al convenio por las razones indicadas.

Correspondió al Tribunal Superior de Pasto desatar el recurso de alzada interpuesto por el defensor del procesado contra dicha decisión, revocándola para ordenar en su lugar que el Juzgado dictara sentencia aprobatoria del acuerdo propuesto como terminación anticipada del proceso por considerar acertada la calificación jurídica de los hechos y demostradas las circunstancias aminorantes de la punibilidad (ira e intenso dolor y rebaja de pena por confesión) debiéndose "dosificar la sanción principal en un (1) año y ocho (8) meses de prisión, *quantum* de pena propuesto por el Fiscal y aceptado expresamente por el sindicado y su defensor, resultante de las deducciones efectuadas de la mínima sanción señalada para la infracción".

No obstante las deficiencias de orden técnico de que adolece la demanda en la enunciación y fundamentación del cargo por indebida aplicación del artículo 60 del Código Penal, que dan al traste con la pretensión infirmatoria, la Corte no podría pasar inadvertido el hecho de que aun en el supuesto de haber sido presentado el reproche a la sentencia dentro de los lindes técnicos que posibilitaran su análisis, tampoco se abriría paso porque el acuerdo obrante en el acta respectiva, equiparada, anteriormente por la jurisprudencia y ahora también por la ley (art. 37B, numeral 2°, C. de P. P., 5° de la L. 81/93) a la resolución de acusación del procedimiento normal, trasciende hacia la sentencia anticipada con fuerza concluyente y no puede ser de por sí cuestionado en sede de casación, salvo que repercuta en la validez formal de la actuación o afecte el debido proceso; de modo que resulta írrito prolongar su ataque después de superadas las instancias que le son propias, dentro de las cuales sí puede ser ampliamente debatido, para aducir hogaño carencia o errada aplicación de alguno o algunos de los presupuestos fácticos o jurídicos estructurantes de las circunstancias modificadoras del hecho punible, pretendiendo modificar inoportunamente lo que haya sido materia del acuerdo.

De ahí que no sea de recibo en el presente caso reabrir en casación, recurso que sólo puede aquí versar sobre la sentencia, una controversia probatoria o jurídica relacionada con la aminorante de la ira y/o con la rebaja de pena por confesión, pues ello implicaría desconocer el convenio a que llegaron acusador y acusado, basado precisamente en el reconocimiento expreso de tales degradantes punitivas. Convenio que

recibió confirmación por parte del Tribunal Superior en providencia de 25 de mayo de 1993 por hallarlo conforme a derecho y que, con tal refrendación y con su expresa equivalencia legal a la resolución de acusación, se erige en fundamento inamovible y razón de ser de la sentencia anticipada, salvo, como ya se dijo, que dicho acuerdo esté empañado por acto que conlleve ineficacia procesal insubsanable o afecte garantías fundamentales del juzgamiento.

Ahora bien, es inexacto que el Tribunal hubiese aceptado la rebaja de pena por confesión a pesar de percibir una situación de flagrancia, pues basta leer la mencionada providencia de veinticinco de mayo, para cerciorarse que esa corporación rechazó de plano la ocurrencia de dicho fenómeno al aceptar que la captura de Narváez Burbano no se produjo en ninguna de las hipótesis de flagrancia previstas en el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, ante lo cual sí se hacía acreedor a la disminución de pena por confesión.

Resulta además incuestionable que también en el evento de darse por demostrado el yerro endilgado al sentenciador por errónea interpretación del sentido y alcance del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, como lo sugiere el señor Procurador Delegado a pesar de las deficiencias e inconsistencias que le reconoce al libelo impugnatorio, no se podría casar parcialmente la sentencia acusada porque el fallo sustitutivo sería incongruente con el acta continente del acuerdo, que está visto que equivale al pliego de cargos, rompiéndose la consonancia y armonía que deben existir entre estos dos pilares del juzgamiento y porque dicha ruptura forzosamente conduciría a proferir una sentencia desavenida con los cargos formulados en la resolución de acusación o su equivalente; desarmonía prevista como causal de casación por el ordinal segundo del artículo 220 del C. de P. P., por resquebrajamiento de la relación jurídica entre enjuiciamiento y sentencia, en perjuicio de la estructura básica del proceso.

No debe perderse de vista que el acuerdo concertado entre el fiscal acusador, el sindicado y su defensor, acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena a imponer, ratificado en cuanto a su legalidad por el Tribunal Superior de Pasto, constituye ley del proceso y pedestal insustituible del fallo anticipado, objeto de impugnación.

En las condiciones anotadas, no prospera ninguno de los cargos formulados a la sentencia recurrida por la representante del Ministerio Público ante el Tribunal Superior, enderezados a desmejorar la situación jurídica del procesado.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

No casar sentencia condenatoria objeto de impugnación por el Ministerio Público.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

*Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia*con salvamento de Voto, *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Alberto Gordillo L.; Secretario.

CONFESION / AUDIENCIA ESPECIAL / CASACION

(Salvamento de Voto)

Proceso No. 9088

Al no haber sido aceptada en su integridad la ponencia que tuve a bien presentar en el caso de la referencia, con el habitual respeto por las decisiones de mayoría, me permito consignar las razones de mi disentimiento.

Teniendo en cuenta que la discrepancia de la Sala lo fue solamente en el punto relacionado con el reconocimiento de la diminuente por confesión, a él me refiero:

Como se recordará el ataque que la Procuradora Judicial recurrente formuló a la sentencia estriba en la ilegalidad del reconocimiento de la confesión que hiciera la Fiscalía en el acuerdo y en el prohijamiento al mismo por el Tribunal, porque el supuesto que se tuvo en cuenta es manifiestamente opuesto al querer del legislador plasmado en el artículo 299 del C. de P. P. Por eso, el suscrito Magistrado consignó al respecto en la ponencia que no fue compartida lo siguiente:

"...Con relación al segundo cargo, referido a la ilegalidad inmersa en el acuerdo suscrito entre el Fiscal acusador, el procesado y su defensor, referente al reconocimiento que se hiciera en favor del sentenciado de la rebaja de pena por confesión, coincide la Sala plenamente con los planteamientos que frente a él trae el concepto del Procurador Delegado, pues es cierto que aunque planteado dentro de ese esquema impreciso y hasta confuso empleado por la censora, encierra acierto tanto en la razón de derecho en que se funda (haberse llegado a él en contraposición al expreso mandato del artículo 299 del C. de P.P. que lo excluye en los casos de flagrancia) como en la invocación de la causal de casación que lo ampara (la primera) y la vía de la violación (la directa), por las razones que adelante se precisarán.

En efecto, dispone el artículo 299 ya citado que:

"*A quien,* fuera de los casos de flagrancia, *durante su primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal confesare el hecho, en caso de condena, se le reducirá la pena en una tercera parte*".

De la citada aminorante de pena y de su reconocimiento en favor del procesado, se tuvo primera noticia en la solicitud que conjuntamente dirigieron Fiscal, procesado y defensor al Juez del conocimiento en febrero 4 de 1993, para que convocara a audiencia anticipada de juzgamiento; ya en curso de la audiencia de juzgamiento, que de conformidad con la ley vigente entonces era lo que debía tenerse en cuenta como acusación, expresó el Fiscal de la causa:

"*...En el acuerdo señor Juez, se ha tenido también en cuenta la confesión que ha hecho el sindicado, confesión que de acuerdo al artículo 299 del C.P.P.* que enseña que en caso de flagrancia *durante su primera versión ante el funcionario judicial..:*" (Destacado fuera de texto).

Por su parte, el Tribunal de Pasto al desatar la alzada interpuesta en contra de la providencia que en primera instancia improbó el acuerdo, lo interpretó a su manera y sin observar el error manifiesto citado, con base en su particular opinión del término "flagrancia", afirmó rotundamente:

"*En el evento* sub judice, *la Sala estima que concurren a satisfacción las condiciones enunciadas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 299 del C.P.P., para reconocer la detracción de la pena*".

La referida afirmación la apoyó el Tribunal en el hecho de haber el sindicado concurrido al proceso voluntariamente, no obstante habérsele vinculado como persona ausente y definido situación jurídica (fl. 65) y en haber admitido en su inicial exposición ser el autor del homicidio cometido en la "persona de *Roberto Díaz,* "...aportando información suficiente para establecer que su actuar se adecua a un delito de homicidio intencional motivado por un estado de ira e intenso dolor provocado por grave e injusto comportamiento de la víctima, y que obró sin justificación legal, demostrándose, con el respaldo de prueba testimonial y pericial, la tipicidad, la culpabilidad y antijuridicidad como presupuestos de la responsabilidad penal del aludido".

Razón por la cual y teniendo en cuenta que el procesado, en su opinión, no fue capturado en estado de flagrancia, lo considera merecedor a la rebaja de pena por confesión -cuando ese no era el problema deba-tido-; lineamientos que sirvieron luego de soporte al fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pasto, que tras la revocatoria íntegra de su providencia improbatoria del acuerdo, dictó sentencia avalándolo

en la forma que lo ordenó el superior jerárquico y que luego éste reafirmó al conocer nuevamente del asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la agente del Ministerio Público.

Como se ve, fueron dos los yerros que conllevaron a la aplicación indebida del artículo 299 del C.P. P.. El primero se originó en la Fiscalía instructora y acusadora, porque fundó el acuerdo con el procesado y su defensor en el punto que se debate, bajo un supuesto contrario al legal, como quiera que entendió que el estado de *"flagrancia"* era precisamente el presupuesto de viabilidad para llegar al reconocimiento de la aminorante de pena, cuando tal circunstancia constituye precisamente el evento de excepción que quiso instituir el legislador; y el segundo se dio en el Tribunal, al desconocer esa realidad e interpretar a su manera el acuerdo para deducir que como en su criterio no se había dado la captura en flagrancia, operaba la diminuente punitiva en referencia. Es precisamente este aspecto el que permite ubicar el yerro del Tribunal dentro de la causal primera y no en la tercera, por cuanto el acuerdo partió de la base de que el hecho ocurrió en flangrancia, sólo que aplicó indebidamente el artículo 299 del C.P.P. que menciona dicha circunstancia pero para asignarle una consecuencia bien distinta.

Es, pues, un caso de errada interpretación del precepto legal que hace inexistente el acuerdo sólo en ese aspecto, pues si bien la voluntad de las partes plasmada en el acuerdo es ley del proceso, también lo es que su validez depende de que lo acordado no vaya contra la ley, o sea, que el acuerdo vinculante en casación es, como lo dice hoy la norma, solamente el "ajustado a la ley".

Ahora bien, cuando el acuerdo versa sobre diversos aspectos y sólo uno o varios de ellos están ajustados a la ley, ha de entenderse perfeccionado dicho acuerdo únicamente en estos aspectos, considerando los demás juzgados ilegales como inexistentes. Es lo correcto, pues invalidar en sede de casación todo el acuerdo es identificar el todo con cada una de sus partes lo cual no es de recibo en lógica. Además, se desconocería la filosofía de la figura (celeridad en la actuación) haciendo, incluso, nugatorio el precepto que perentoriamente permite la audiencia por una única vez.

Como en el caso que se analiza, resulta claro y ello ni siquiera lo discute el Tribunal, que el procesado *Narváez Burbano* cometió el hecho criminoso en presencia de su padre *José Braulino Narváez* y del testigo *José Félix Mera Ruales*, siendo allí y en ese instante plenamente identificado, no cabe duda que se daba la situación de *flagrancia* como lo reconocieron fiscal y sindicado expresamente en el acuerdo, lo cual excluía el reconocimiento de la rebaja

de pena por confesión que erradamente se le dio. Prospera, pues, la censura y, en guarda del principio de legalidad desconocido en este reconocimiento del Tribunal, habrá de casarse parcialmente la sentencia impugnada redosificando la pena principal impuesta, que quedará en definitiva en dos (2) años, nueve (9) meses y diez (10) días, que es el resultado de aplicar el mínimo previsto en el artículo 323 del Código Penal, con la modificación punitiva del artículo 60 *ibidem*, y éste disminuido en una sexta parte por razón de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 81/93, que es el que equivale al artículo 37 anterior, en razón de haberse acogido el procesado a la terminación anticipada del proceso. En ese mismo *quantum* quedará la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta".

Me resta tan sólo lamentar que la Sala mayoritariamente haya sido indiferente a esta realidad procesal y se limitara a especular sobre tópicos ajenos a la impugnación, dejando de contera sin función controladora alguna al Ministerio Público que luchó esterilmente por la legalidad del acuerdo.

En los términos anteriores dejo consignada mi inconformidad y mi asombro.

Fecha, *ut supra*.

Dídimo Páez Velandia, Magistrado.

NULIDAD / CASACION

La nulidad se aduce dentro del recurso extraordinario de casación, es evidente que ella queda restringida y regulada dentro de la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y como aquí se trata del ejercicio de un recurso extraordinario legalmente reglado en cuanto a su procedencia, fines, causales, cuantía, legitimación, oportunidad, principios, requisitos de la demanda y trámites para su presentación, forma y traslados, etc. (Cap. 3o. del Título IV, Libro Primero del Código de Procedimiento Penal) también forzoso es admitir que su decisión haya de sujetarse a ese rigorismo según el cual (artículo 228 y 229 ibidem*) el pronunciamiento final tendrá que contenerse en el fallo y luego de agotar las exigencias formales de ineludible cumplimiento, dentro de ellas el recaudo previo del concepto obligatorio del Ministerio Público en relación con el mérito de la demanda (artículo 226).*

Lo anterior no obsta, es cierto, para que haga la Corte en este rito pronunciamientos de anulación anticipados y ajenos a la sentencia de casación, sea de modo oficioso, bien atendiendo solicitud de parte, pero en tal caso los vicios declarables tendrían que ser con exclusividad aquellos subsiguientes al proferimiento del fallo de segunda instancia como sucedería por vía de ejemplo si el Tribunal ha concedido un recurso extemporáneo, o reducido o pretermitido notificaciones o traslados, en cuyo caso la oportunidad de su pronunciamiento sería la misma regulada en las normas generales (artículo 305 C. de P. P.), evento claramente distinto de la ocurrencia de vicios in procedendo *previos o concomitantes con el fallo que se acusa, y que son el objeto mismo de la decisión de fondo del recurso.*

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 120

Proceso No. 9926

VISTOS

Decide la Sala la solicitud del señor Procurador Segundo Delegado en lo penal, quien previa la emisión de su concepto sobre la demanda de casación propone la invalidación de lo actuado a partir -inclusive- del auto de febrero 25 de 1994, por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada, concedió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia anticipada del 25 de enero de ese mismo año.

ANTECEDENTES

1. En horas de la noche del domingo 16 de mayo de 1993, un grupo de personas armadas y con sus rostros cubiertos irrumpió en la casa de habitación y a la vez pequeño negocio de propiedad de Víctor Manuel Mina Aponza, sita en la vereda El Descanso del municipio de Padilla, procediendo a saquear la tienda, detonar sus armas de fuego y obligar a los presentes a tenderse en el suelo. Luego de consumar el asalto, dispararon en contra del señor Fulgencio Zúñiga Escobar a quien causaron la muerte para luego emprender la huida en el mismo vehículo en el que habían arribado.

La investigación acreditó que Rubio Gentil Espinosa Espinosa fue uno de los participantes en el aleve atentado, siendo vinculado mediante indagatoria y sometido a detención preventiva según auto de octubre 4 de 1993 por los ilícitos agravados de homicidio y hurto.

Posteriormente se produjo la captura y detención de Marco Tulio Arenas Sánchez (octubre 29 de 1993) y de Wilson Delgado Rengifo y José Aldemar Rengifo Parra (noviembre 18 de 1993) por los mismos delitos, y en cuanto a Fabián Tróchez Escobar, se le declaró ausente por auto de enero 4 de 1994.

2. A solicitud verbal de la defensora de Rubio Gentil Espinosa Espinosa, formulada ante la Unidad Seccional de Fiscalía con sede en Puerto Tejada, se dio trámite a la pretensión de sentencia anticipada, consignándose expresamente en el Acta ritual que la Fiscal le indicó al sindicado los cargos existentes en su contra, precisando que se le imputaba su participación directa en el ilícito de hurto agravado y "...en cuanto al homicidio estamos frente a una coautoría impropia". La diligencia concluyó con la tajante afirmación del sindicado Espinosa en el sentido de que aceptaba los cargos que le formulaba la Fiscalía (fl. 236).

El 27 de enero de 1994 se profirió sentencia condenatoria por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada, y en ella se impuso a Espinosa Espinosa la pena principal de 29 años de prisión como "autor penalmente

responsable de un delito *del hurto calificado en circunstancias de agravación* y coautor de un delito del homicidio en circunstancias de agravación...", amén de la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, la condenación civil y la declaración de no tener derecho a la condena de ejecución condicional.

Inconformes con el fallo, tanto el condenado como su defensora manifestaron que interponían el recurso de apelación, impugnación que a ésta se le concedió, pero respecto del interpuesto por Espinosa Espinosa se declaró desierto por falta de sustentación.

3. El Tribunal Superior de Popayán conoció de la apelación y mediante pronunciamiento de julio 1° de 1994, confirmó la sentencia anticipada, pero modificando la pena principal para dosificarla en 27 años y 2 meses; también redujo la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a diez años.

Notificada esta sentencia el condenado expresó que la apelaba, manifestación interpretada y tramitada como recurso de casación que en tiempo sustentó el nuevo defensor mediante formulación de la demanda.

LA SOLICITUD DE NULIDAD

Arguye el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que el juicio se halla viciado de nulidad desde el auto del 25 de febrero de 1994 por medio del cual concedió el juzgado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, pues conforme a la reglamentación procesal propia de la sentencia anticipada, la impugnación no procedía, al carecer el recurrente de legitimidad para interponerla, según mandato expreso de la ley. Secuela de ello es que la sentencia emitida por el Juzgado del Circuito Penal de Puerto Tejada el 26 de enero de 1994, se halla en firme, no siendo procedente su revisión por el Tribunal en sede de apelación y, por supuesto, tampoco procedente ese camino para actualizar el recurso extraordinario de casación.

Resalta la delegada que los motivos de apelación del fallo de primer grado no aluden directamente a ninguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal y antes por el contrario, sustancialmente atacan "la responsabilidad del procesado en la comisión del delito de homicidio".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Una de las reglas que en materia procesal penal rige sobre la nulidad de la actuación hace referencia a la oportunidad para su invocación y

reconocimiento, consagrándose en tal sentido en los artículos 306, 446, 454 y 220 del Código de Procedimiento Penal un dique a las solicitudes reiterativas, las infundadas o a las simplemente dilatorias.

Así, por caso, dentro de este sistema se dispone que los vicios originados en la etapa instructiva tengan su última oportunidad de invocación en el traslado que precede a convocatoria a audiencia (artículo 446), pues superada esta etapa, sólo podrían proponerse dentro del recurso extraordinario de casación (artículo 306).

Complementariamente se regula que una invalidación ya denegada no se podrá intentar de nuevo si no es por causa distinta o por hechos posteriores, salvo su alegación, también en casación (artículo 307). Y en relación con su declaratoria oficiosa, como regla general prevé el artículo 305 que corresponde al funcionario decretarla tan pronto como la advierta.

Desde esta perspectiva, será de recibo que el funcionario judicial atienda las solicitudes de nulidad que se formulen dentro del proceso, sólo dentro de las causales que taxativamente señala la ley, en las oportunidades y bajo los requisitos que en ella misma se indiquen, y aun decrete aquellas que de oficio llegue a descubrir, sin supeditación, en este caso, a limitantes temporales.

Pero cuando la nulidad se aduce dentro del recurso extraordinario de casación, es evidente que ella queda restringida y regulada dentro de la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y como aquí se trata del ejercicio de un recurso extraordinario legalmente reglado en cuanto a su procedencia, fines, causales, cuantía, legitimación, oportunidad, principios, requisitos de la demanda y trámite para su presentación, forma y traslados, etc., (Capítulo 3° del Título IV, Libro Primero del Código de Procedimiento Penal), también forzoso es admitir que su decisión haya de sujetarse a ese rigorismo según el cual (artículos 228 y 229 *ibidem*) el pronunciamiento final tendrá que contenerse en el fallo y luego de agotar las exigencias formales de ineludible cumplimiento, dentro de ellas el recaudo previo del concepto obligatorio del Ministerio Público en relación con el mérito de la demanda (artículo 226).

Lo anterior no obsta, es cierto, para que haga la Corte en este rito pronunciamientos de anulación anticipados y ajenos a la sentencia de casación, sea de modo oficioso, bien atendiendo solicitud de parte, pero en tal caso los vicios declarables tendrían que ser con exclusividad aquellos subsiguientes al proferimiento del fallo de segunda instancia como sucedería por vía de ejemplo si el Tribunal ha concedido un recurso extemporáneo, o reducido o pretermitido notificaciones o traslados, en

cuyo caso la oportunidad de su pronunciamiento sería la misma regulada en las normas generales (artículo 305 C. de P. P.), evento claramente distinto de la ocurrencia de vicios *in procedendo* previos o concomitantes con el fallo que se acusa, y que son el objeto mismo de la decisión de fondo del recurso.

En el caso presente el Ministerio Público acusa la ocurrencia de una irregularidad sucedida con antelación al fallo objeto del recurso extraordinario, lo que relega el pronunciamiento a la decisión de fondo, sea que su proposición se contenga en la demanda, ora que la declaración se imponga por vía oficiosa, pues una y otra alternativa quedan condicionadas por mandato legal expreso a ese momento y esa forma de reconocimiento (artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal).

Siendo lo anterior así, no otra decisión podrá asumirse ahora distinta de la denegación del pedimento que se estudia, por cuanto aún resta dentro del rito que precede al pronunciamiento de fondo, el concepto del señor Procurador en relación con la demanda, traslado que como queda visto, por expreso mandato de la ley resulta imprescindible.

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

RESUELVE:

Denegar la nulidad propuesta por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, disponiendo como consecuencia que las diligencias vuelvan a su despacho para que emita el concepto previsto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal respecto de la demanda de casación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Mejía Escobar, Dídimo Paéz Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / CONFESION / DESJUDICIALIZACION / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Sí el éxito es el fin perseguido por cualquier parte procesal, debe tener particular cuidado para que sus argumentaciones no riñan con la lógica, ni que entrañen contradiciones en sus propios postulados, porque de la logicidad del pensamiento y las posibilidades de su coherencia y firmesa dependerá su capacidad de convencimiento y las posibilidades de que sus propuestas sean finalmente aceptadas por la judicatura.

El juez para cumplir con el principio de contradicción y de motivación debe contestar todos y cada uno de los argumentos de las partes, para terminar dando razones por las cuales acepta los planteamientos o por qué los rechaza y es obvio que si está en desacuerdo con lo manifestado por una de las partes, deba destacar sus falencias, su alejamiento de la ley, la doctrina o la jurisprudencia, sus ilogicidades, sus incoherencias o sus contradicciones y cuando así actúa el juez está cumpliendo de manera estricta con sus deberes que es contestar y motivar sus decisiones manifestándoles a las partes por qué no comparte las postulaciones formuladas.

Fórmulas como las de conciliación, el aumento de número de delitos querellables, la sentencia anticipada o denominada negociación de penas, la rebaja de pena por confesión y el principio de oportunidad (no existente en nuestra legislación), son claras manifestaciones de propósitos gubernamentales de desjudicialización.

Si la confesión es calificada es claro que la carga investigativa para el Estado es mayor porque no solamente se debe demostrar la autoría, sino que es necesario investigar y demostrar si la causal de exculpación o atenuación de la responsabilidad efectivamente se ha dado para efectos de decretar la irresponsabilidad o la responsabilidad atenuada; situación bien diversa si se está en presencia de una confesión simple, en las que sólo se debe verificar la veracidad de la misma y en tales consecuencias la labor investigativa de los instructores se reduce de manera significativa.

En relación con el tema (perjuicios) existe una amplia reglamentación legal y es así como el artículo 107 del C. P., dispone que de no existir base

suficiente para evaluar el perjuicio por medio de perito, el juez prudencialmente podrá señalar una suma equivalente en gramos oro hasta una cuantía de cuatro mil, pero la eventualidad que se comenta se debe entender en su real dimensión, es decir, cuando no existe prueba suficiente dentro del proceso que nos indique cuál ha podido ser la magnitud del daño y su consecuente evaluación.

Por su parte, en el artículo 180 del C. de P. P., señala cuáles son los requisitos que debe llenar una sentencia en el numeral 8o, dispone la obligación para el sentenciador de condenar en concreto "si a ello hubiere lugar"; expresión esta última que hace relación a delitos que efectivamente hayan ocasionado un daño concreto, que el mismo pueda ser evaluado e individualizado y se pueda tomar tal determinación en beneficio de alguien en concreto.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta Nro. 120

Proceso No. 9643

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Carlos Alberto Vélez Arbeláez* contra la sentencia proferida el 10 de febrero del año próximo pasado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual confirmó con algunas pequeñas modificaciones en lo que respecta al pago de los perjuicios el fallo dictado por el Juzgado 34 Penal del Circuito de la misma ciudad de noviembre 22 de 1993, que impuso al incriminado la pena principal de 10 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual a la sanción principal, al hallarlo responsable del delito de homicidio cometido en Luis Manuel Vega Valcárcel.

Dentro del trámite se recibió concepto de la Procuraduría Primera Delegada en lo penal con solicitud de rechazar las peticiones incoadas por el actor.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

HECHOS

Ocurrieron en la ciudad de Santafé de Bogotá el día 18 de diciembre de 1992, siendo más o menos las diez y media de la noche en la casa ubicada

en la carrera 110 número 72A-09, cuando llegó a su residencia Luis Manuel Vega Valcárcel en estado de embriaguez a solicitar dinero prestado para poder seguir ingiriendo bebidas alcohólicas y ante la negativa comenzó a realizar escándalo profiriendo insultos y palabras soeces que terminaron por gestar la intervención de un vecino, Carlos Alberto Vélez Arbelaéz quien salió a reclamar también en tono ofensivo por no dejar dormir y por la falta de respeto con los niños que allí habitaban.

Lo anterior originó un intercambio de ofensas que culminaron cuando Vélez Arbelaéz sacó su revólver y disparó contra Vega, ocasiónandole la muerte.

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de que la Unidad Previa y Permanente de la Fiscalía General de la Nación practicara varias diligencias, entre ellas la captura de Carlos Alberto Vélez Arbelaéz, el Fiscal 22 profirió resolución de apertura de instrucción en la que ordenó vicular mediante indagatoria al aprehendido, proveído que lleva fecha del 19 de diciembre de 1992.

Escuchado en indagatoria Carlos Alberto Vélez Arbeláez la situación jurídica se le resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva el día 24 de diciembre de 1992, pronunciamiento que posteriormente fue confirmado por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y Cundinamarca.

Después de varias contingencias, el fiscal 97 de la Unidad de Delitos contra la Vida, quien ya conocía de la instrucción, la declaró cerrada con resolución del 4 de marzo de 1993 y se calificó el mérito del sumario el día 17 de mayo del mismo año con resolución de acusación contra el procesado como presunto responsable del delito de homicidio, decisión que también fue confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, pronunciamiento que lleva fecha del 22 de junio de 1993.

El expediente pasó al Juzgado 34 Penal del Circuito de esta ciudad capital, quien luego pronunciarse a una petición de nulidad que presentó la defensa, celebró en debida forma la audiencia de juzgamiento y al cabo de ella pronunció la sentencia de primera instancia, condenando al procesado Carlos Alberto Vélez Arbeláez a la pena principal de 10 años de prisión al hallarlo responsable del delito de homicidio.

Apelada que fuera la anterior decisión, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al desatar el recurso concluyó con la confirmación parcial de la

sentencia, por cuanto le introdujo algunas modificaciones respecto al pago de perjuicios, en pronunciamiento que lleva fecha del 10 de febrero de 1994.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El defensor del procesado presenta dos cargos principales y tres subsidiarios contra la sentencia de segunda instancia al amparo de las causales primera y tercera de casación.

Primer cargo

El primer cargo es formulado al amparo de la causal primera de casación por la presunta existencia de una violación indirecta de la ley sustancial producida "como consecuencia de errores de hecho manifiestos y evidentes generados en la defectuosa o equivocada apreciación de otras pruebas (falsos juicios de existencia)".

Estima que se incurrió en un falso juicio de identidad en relación con los testimonios de José Alvaro Vega, Cecilia Evelia Valcárcel de Vega, Claudia Lucila Vega, por haberse ignorado el indicio de mentira que ellos contenían.

Considera igualmente que se "amputó" el alcance probatorio de los testimonios de Oliverio Gámez Cano, Marly Tatiana Almentero y Sara María Bautista H., en cuanto se desconoció la existencia de la legítima defensa.

De la misma manera que ocurrió con las fotografías allegadas por los familiares del occiso, pues fueron apreciadas defectuosamente incurriéndose en un falso juicio de identidad.

En la demostración del cargo sostiene que no se tuvieron en cuenta las expresiones de los declarantes de los Vega Valcárcel en relación a la "personalidad belicosa de la víctima, el carácter problemático y su comportamiento agresivo, franca y decididamente ofensivo, en la noche de los hechos, así como su consumo de alcohol...".

Extracta a continuación los testimonios de Claudia Lucila Vega Valcárcel y de Cecilia Evelia Valcárcel de Vega, hermana y madre del occiso, quienes destacan el comportamiento ofensivo y agresivo y la actitud que en tal sentido asumió en la noche de los hechos cuando no le dieron dinero para que siguiera tomando, para concluir que en el fallo impugnado no se tuvo en cuenta el comportamiento agresivo que dan a conocer estas declarantes, llevándolo a concluir que:

" Este elemento fundamental, fue ignorado por el sentenciador. Si frente a uno de los vecinos, que solicitó dejara dormir, le ofendió con un tratamiento soez, y luego, al vehículo de su padre, de una patada le rompe el único espejo del Renault 6, ¿qué no podía esperarse frente al procesado

quien se vio en la obligación de dispararle? Tan importante aspecto silenciado por el *ad quem,* que es manifiesto y permite erigir la causal justificativa suplida durante el desarrollo sumarial".

Dice igualmente no haberse tenido en cuenta el indicio de mentira de tales declarantes, que quisieron ocultar la larga discusión que suscitó la patada con la que había dañado el espejo del vehículos y al mismo tiempo, haberles dado valor a las fotografías aportadas por la familia del occiso, que fueron realizadas de acuerdo con sus intereses y sin que se garantizara el derecho de contradicción.

Sostiene que los precitados testigos mintieron en cuanto a la luminosidad existente y en relación con la distancia a que se encontraban los protagonistas, para terminar concluyendo que:

"Como desconoció el indicio de mentira en las declaraciones de los testigos de cargo, el sentenciado centró la tarea analítica en el descubrimiento de los más mínimos detalles que dieron al traste con las exposiciones que presentaban los otros testigos desligados de los lazos de sangre con el óbito, y de quienes, sin duda alguna sí debía esperarse imparcialidad, al punto que para ellos solicita investigación penal del haz probatorio, mientras que frente a los familiares del óbito ignora el desmesurado afán de éstos por callar y obtener una condena agravada para el sindicado".

Considera que los testimonios de Oliverio Gómez Cano, Marly Tatiana Almentero Ramírez, Sara María Bautista Huertas, son apreciados equívocamente, "omitiendo contemplar de éstos, los elementos cardinales del *iter criminis* y del actuar de víctima y victimario, donde el segundo, dispara primero al aire y luego a la humanidad de Vega Valcárcel, en defensa de su vida, de su integridad personal o de la seguridad personal o de su familia ante las ofensas y el peligro inminente engendrado en el comportamiento e inminente peligro de su agresor armado de agresividad, de ofensas verbales y de un ladrillo".

Advierte que los errores de hecho destacados generaron falsos juicios de identidad que terminaron por dar por indemostrada la legítima defensa con que actuó su representado que viene a tener consecuencias finales en la parte resolutiva de la sentencia.

Estima igualmente vulnerado el principio del *in dubio pro reo* y el artículo 247 del C. de P. P. y concordantes, que si hubiesen sido tenidos en cuenta necesariamente habría llevado al reconocimiento de la legítima defensa.

Termina concluyendo que como consecuencia de la apreciación defectuosa (tergiversación) de algunos medios de convicción y la falta de

apreciación de otros, se debe casar el fallo para dictar uno de reemplazo absolutorio.

PRIMER CARGO SUBSIDIARIO

Este ataque a la sentencia lo hace consistir en la existencia de manifiestos errores de hecho generados en la defectuosa apreciación de algunas pruebas (falsos juicios de identidad) y en la falta de apreciación de otras (falsos juicios de existencia) que producen la violación del artículo 323 del C. P., por aplicación indebida y falta de aplicación del artículo 29 del mismo estatuto.

Considera que las pruebas ignoradas fueron los indicios del carácter agresivo de la víctima y de mentira en las versiones de los familiares del mismo y estima irregular o equivocadamente apreciadas el conjunto de declaraciones de cargo, así como la confesión del procesado.

Afirma que el fallo condenatorio tiene sustento fundamentalmente en los testimonios de Claudia Lucía Vega V., Cecilia Evelia Valcárcel de V., y José Alvaro Vega, pero que estas versiones se les recorta los elementos que permitían establecer el peligro surgido del comportamiento de la víctima y porque redujo a prácticamente nada la veracidad de los testimonios de Gómez Cano, Almentero Ramírez y Bautista Huertas, pues con ellas era posible el reconocimiento de la legítima defensa para concluir que:

"Finalmente nos encontramos con elementos demostrativos de la probabilidad de la legítima defensa, ignorados por el sentenciador, pero manifestados en el conjunto testimonial, ora en los testigos de cargo, ya que en las versiones de los testigos tachados de mendaces, que genera al final duda que no puede resolverse, sino por aplicación del principio del *in dubio pro reo*, reconociendo la justificantes por tratarse de una duda sobre la prueba, que es solucionable a favor del incriminado, como consecuencia del otro principio, el de favorabilidad".

Termina solicitando se case la sentencia y se dicte fallo de reemplazo que decrete la absolución del procesado.

SEGUNDO CARGO SUBSIDIARIO

También lo realiza al amparo de la casual primera de casación por la presunta existencia de una violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 299 del C. de P., que prevé la reducción de pena por confesión, que se produce por apreciación equivocada de la indagatoria del procesado y de la pluralidad de declaraciones rendidas por los familiares de la víctima que llevaron al sentenciador a desconocer que el fundamento probatorio surgía exclusivamente de la confesión.

Destaca la parte de la indagatoria donde a juicio se produce la confesión del procesado, para después sostener:

"Aun cuando el procesado calificó su versión, puesto que tendió a exculpar su responsabilidad tanto en la injurada como en la audiencia anticipada, así como en la audiencia pública, y por otra parte, esta Corporación ha venido sosteniendo reiterada y uniformemente la improcedibilidad del diminuente cuando se pretende una exculpación por el procesado o la justificación de su conducta, tal como lo manifestó en providencia...; resulta necesario que esta honorable Corporación, modifique su criterio, puesto que el artículo 299 del C. de P. P., como su antecedente más cercano, el 301, no distinguen la procedibilidad del beneficio, ya se trate de confesiones simples o calificadas y el precepto 230 C. N., dispone que en sus providencias los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley".

Considera que el procesado no fue capturado en estado de flagrancia, sino que él voluntariamente se presentó cuando se hacia la diligencia de registro en su habitación, hecho ocurrido varias horas después del incidente mortal.

Termina solicitando se case parcialmente el fallo, para que se dicte el de reemplazo reconociéndose la rebaja de una tercera parte de la pena impuesta.

TERCER CARGO SUBSIDIARIO

Al igual que los anteriores lo hace con base en la causal primera de casación, por una supuesta violación indirecta de la ley sustancial por haberse condenado al procesado a pagar una indemnización por perjuicios en cuantía superior a los 19 millones de pesos, como consecuencia de la presencia de errores de hecho manifiestos, por falsos juicios de existencia.

Estima que se supuso la prueba pericial, puesto que no existe en el proceso y que el Tribunal hizo una serie de consideraciones y cálculos personales para llegar a la cuantificación de una suma determinada.

Que era tal la ausencia de prueba que a lo sumo lo único que hubiera podido hacer era emitir una condena in genere o una absolución de plano.

Considera violado el canon constitucional que estipula el debido proceso por haberse dictado sentencia condenatoria en perjuicios sin que existiese prueba legal y oportunamente allegada al proceso, desconociendo así el derecho de controvertir las que sean allegadas.

Termina solicitando se case el fallo para que se absuelva al procesado del pago de perjuicios materiales en concreto.

Segundo cargo

El cargo segundo que presenta contra la sentencia de segunda instancia lo hace con base en la causal tercera de casación, por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad que hace consistir en que se violó el derecho de defensa porque estima que ni "La ley, ni la Constitución exigen que el camino de la defensa formule una posición única, rectilínea. No obstante el *a quo* y el *ad quem* han querido, que ello ocurra así, desvertebrando la función humanitaria de la defensa. El auto de 11 de octubre de 1993, por ejemplo, planteó: "Hasta la presente etapa procesal, no advierte la Sala irregularidad grave por no accederse a las peticiones de la defensa que originariamente solicitó el reconocimiento de la legítima defensa y ahora solicita que se tenga en cuenta conjuntamente el caso fortuito o la fuerza mayor, instituciones que pugnan entre sí, ya que o se da la una o se da la otra pero no ambas; ni en forma coetánea ni subsidiaria".

Pese a la causal escogida dice que al sobrevalorarse las versiones contradictorias de los familiares de la víctima y la no credibilidad a la versión del sindicado se violenta el principio de igualdad y "los derechos a un enjuiciamiento con iguales garantías, porque en iguales condiciones de mendacidad por estar los parientes del interfecto, puesto que éstos necesaria e indefectivamente cuenta con el deseo parcializado de obtener condena para el procesado, como fórmula para vengar la pérdida del hijo y hermano. Y es que a los deponentes que afirman sobre el grado de agresividad de la víctima, no les asiste interés alguná contra o a favor de la víctima, o del procesado, para ser trasladados del escenario de la objetividad al de la parcialidad".

Transcribe apartes de la Fiscalía ante el Tribunal y de esta última Corporación donde se hacen severas críticas a las formulaciones de la defensa o porque no están demostradas; o porque las postulaciones son confusas o contradictorias, para concluir que

"Resulta contrario al sentido más natural, añejo de la defensa, como violatorio del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la C. N., que el sentenciador fije cortapizas, parámetros, formalidades especiales, requisitos para la presentación de una defensa, pues cuando se ejerce el más preciado de los derechos fundamentales, no se le puede exigir a la defensa que utilice determinada teoría lógica o criterio especial, porque al encasillar la defensa dentro de la exclusiva perspectiva de lógica aristotélica, -tratamiento que se advierte en el Tribunal- se cercena el derecho de defensa, se aprisiona el derecho de defensa en una fría lógica, rehuyendo el carácter esencialmente humano de este derecho, para

convertirlo en una entelequia formal, puesto que se parte de un preconcepto, dentro del cual no tiene cabida otra lógica diferente a la fetichizada por el Tribunal".

Solicita se declare la nulidad de lo actuado por violación al derecho de defensa.

EL CRITERIO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

En referencia al primer cargo principal destaca que está planteado con desconocimiento de la técnica que regula el recurso extraordinario, porque mezcla conceptos distintos del error (falsos juicios de identidad con los de existencia) "pero acaba formulando críticas personales a la valoración de las pruebas que efectuó el sentenciador".

Le critica que amalgame conceptos de certeza e *in dubio pro reo* que no se adecuan a la causal escogida, pero que es evidente que el censor hace una nueva valoración de la prueba y la presenta como un cargo contra la sentencia porque "En efecto, dice de falso juicio de identidad en relación con las declaraciones de tres declarantes de la familia Vega, por cuanto se ignoró el vicio de mentira que en conjunto dichos testimonios contienen. La censura se refiere a lo ya comentado: que estaba oscuro o que estaba claro, que la distancia en metros era una u otra, que se callan todos los sucesos ocurridos, en censura proyectada como si se admitiera el viejo principio de pruebas según el cual quien miente en la parte miente en el todo (*mendax in uno mendax in toto*), ya superado en la ciencia probatoria actual. Pero además es claro que lo sucedido no configura una distorsión de las declaraciones testificales, sino que el sentenciador las tomó y analizó para darles valor, superando las contradicciones mencionadas por el recurrente, a fin de extraer las conclusiones de verdad que ellas le permitieron al juzgador".

Considera que son inexistentes los presuntos yerros propuestos y por ello insinúa que el cargo sea rechazado.

Con referencia al primer cargo subsidiario destaca que el censor repite los mismos argumentos como proposición central, manifestando que como hay pruebas de cargo y descargo es obvio que hay duda y ésta debe ser resuelta en beneficio del procesado.

Estima que la duda no se puede invocar bajo los criterios del recurrente porque siendo un factor subjetivo corresponde al evaluador natural de la prueba.

Por ello si se atiende la función natural del juez frente a la prueba "sólo es posible plantear un error en el examen probatorio (pretermisión de la prueba, o tergiversación de ella, o suposición de la misma), con lo cual se vuelve al punto anterior del primer cargo en donde el censor planteó los errores que consideró pertinentes. O de modo directo, cuando el sentenciador afirma expresamente que tiene un estado de dubitación frente al acervo de prueba, no obstante lo cual decide positivamente condenando, como si no hubiera expuesto su estado de duda. En ese caso la reflexión del juez sobre dudar, lleva perentoriamente por mandato legal del artículo 445 del C. de P. P., a que se concluya absolviendo, evento que no ha planteado el impugnante".

Solicita a la Sala que se rechace el cargo formulado de manera subsidiaria.

En relación con el segundo cargo subsidiario recalca que si se revisa la indagatoria del procesado, se verifica que ella no contiene ni siquiera una confesión calificada, porque "Si la confesión es admitir el hecho penal que perjudica o desfavorece a quien confiesa, será necesario aceptar que cuando se niega el hecho, o cuando se es reticente en relación con el mismo, o se dice cosa distinta a la que constituye el cargo penal, no hay confesión puesto que todas esas hipótesis eliminan la responsabilidad penal posible de quien rinde la indagatoria, y por tanto en esas hipótesis no se confiesa el delito".

Sin embargo, considera que el procesado relató en la diligencia de indagatoria que había sido objeto de una agresión y que para evitarla había hecho un disparo al aire y posteriormente como no hiciera caso hizo un segundo disparo para asustarlo, pero sin intención de herirlo o de matarlo y que no sabe dónde hizo impacto ese disparo.

En tales condiciones es evidente que no confiesa ningún hecho delictivo y por tanto, no se hace acreedor a la rebaja prevista por confesión.

Que si hubiera confesado en situación de legítima defensa tampoco se hace acreedor al beneficio de conformidad con lo establecido de manera uniforme por la jurisprudencia de la Sala.

Solicita se rechace el cargo.

En referencia al tercer cargo subsidiario afirma que es claro que en materia de indemnización de perjuicios y la condena que por ello debe hacer el juez, es una decisión obligatoria aunque no pudiera evaluarse pecuniariamente, por no existir bases probatorias suficientes (art.107 C. P.), porque el legislador colombiano tiene las previsiones legales para

cuando no hay prueba que permita cuantificar los perjuicios de manera concreta y por ello se señala un límite de 4.000 gramos oro " y haciendo una estimación de la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados con ocasión del hecho punible -art 107 del C. P.- Ello se complementa con la disposición de procedimiento penal del artículo 180 numeral 8 que señala la forma de redacción de las sentencias, en que se prescribe como indispensable "la condena en concreto al pago de perjuicios si a ello hubiere lugar", y la previsión del artículo 55 *ibidem*, que ordena: "En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, *el funcionario procederá a liquidarlos*, para lo cual podrá disponer de la intervención de un perito, según la complejidad del asunto, y condenar al responsable de los daños en la sentencia".

Y Sobre el aserto que cuestiona el impugnante, asegura que:

"En los casos de perjuicios materiales o morales no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en los artículos 106 y 107 del C. P.".

Concluye, entonces, que la intervención del perito es facultativa, "y que la situación no resulta compleja como que se partió de extremos objetivos incontrovertibles, como la muerte que suprime la capacidad productiva social, y los ingresos se miraron por el mínimo legal, a lo cual se agregaron 800.000.00 pesos de gastos funerarios, todo lo cual es totalmente aceptable".

Rechaza los argumentos traídos al amparo de la nueva Constitución porque tanto la obligación de probar como el derecho de contradicción eran principios procesales que existían en la anterior normatividad positiva.

De la misma manera considera por fuera del recurso extraordinario la invocación del artículo 4o. constitucional que establece la primacía de la Carta sobre los demás ordenamientos legales, al solicitar se declare la excepción de inconstitucionalidad de los textos procesales comentados, porque ya no se estaría solicitando un juicio de legalidad sobre la sentencia, sino un juicio de constitucionalidad sobre la ley que estima vulneradora del principio constitucional.

Solicita se rechace el cargo formulado.

En relación al segundo cargo principal dice que en realidad son tres los motivos que lo llevan a pregonar la nulidad del proceso a saber: a) el haberse vulnerado la igualdad de las partes por habérsele dado

credibilidad a la prueba de cargo y no a la de descargo; b) el de la verificación de algunas pruebas testimoniales sin la asistencia del defensor y finalmente "el que los jueces y fiscales, en las instancias, expusieron conceptos en que censuraron la forma como se ejercía la defensa, los pedimentos hechos, y la deficiencia argumentativa del señor defensor, y por sobre todo las contradicciones lógicas de lo razonado por la defensa".

Sostiene que la labor fundamental del juez es la valoración de los medios de convicción y éstos pertenecen al proceso y no a quien la aporta y en tales condiciones la prueba se iguala sin que se pueda entrar a distinguir el origen de su aportación y por ello "no es ruptura de la igualdad de los sujetos del proceso, en cuanto las pruebas que cada uno aporta no son "suyas" sino del proceso mismo, y que es la razón para que se cotejen las pruebas singulares conforme el haber común de la prueba". Atender las pretensiones eliminaría la posibilidad de la valoración conjunta de todas las pruebas como una comunidad que pertenece al proceso y no a los sujetos intervinientes.

El segundo cargo por no haber podido asistir al procesado en la practica de pruebas cuando él no era su defensor, es apenas lógico que era imposible que lo asistiera ni carecía el carácter se sujeto procesal, pero es apenas obvio que el defensor que lo atendía en ese momento tuvo la oportunidad de defenderlo y de contradecir la prueba y por tanto el cargo debe ser igualmente rechazado.

En relación con el tercer cargo de nulidad "sí que no tiene asidero como fuente de invalidación de la sentencia, ya que se trata de conceptos u opiniones que hieren la susceptibilidad del defensor, pues envuelven una crítica a sus planteamientos y la lógica de ellos, pero que no se traducen en una decisión judicial y por lo mismo no tienen incidencia en la materia del fallo".

Solicita no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Atendiendo al principio general de prioridad en la casación, se examinarán los cargos en el orden pertinente, es decir, empezando por el de nulidad.

El cargo de nulidad lo presenta al amparo de la causal tercera de casación por la presunta existencia de irregularidades que vician la validez del proceso, siguiendo la inveterada jurisprudencia de la Sala en este sentido se contestará en primer lugar el último cargo por contener postulaciones de nulidad, que en caso de prosperar podrían hacer inútil el pronunciamiento en relación con los demás.

En realidad son tres los motivos de nulidad formulados por el impugnante a saber: 1) Descalificación de la defensa por crítica a las tesis formuladas y a los caminos escogidos. 2) Por haberse vulnerado la igualdad de las partes al sobrevalorarse el valor de los testimonios de los familiares y el desconocimiento de las que favorecen los intereses del procesado, y 3) Por la recepción de algunas pruebas testimoniales antes de que el defensor se hubiere posesionado como tal.

Es evidente que el defensor tiene una mayor amplitud de acción para efectos de cumplir con los deberes defensivos del procesado y únicamente tiene las limitaciones que le imponen la Constitución, la ley y los principios éticos que regulan el ejercicio profesional de la abogacía; pero el hecho de que tenga esta mayor libertad de acción y de argumentación no quiere decir que si propone tesis ilógicas los funcionarios los tengan que aceptar sin una mínima crítica o que si igualmente formula pretensiones contradictorias o incoherentes los funcionarios judiciales deban aceptarlas sin emitir ninguna crítica a las mismas.

El derecho y particularmente el proceso son fundamentalmente dialécticos y todas las partes que en él participan formulan sus pretensiones con el propósito de convencer de la verdad que ellas encierran a las otras partes, pero tales finalidades no siempre se consiguen, porque, precisamente dentro de la dialéctica que los caracteriza las otras partes argumentan quitándole validez a las motivaciones por los otros planteadas y destacan con todo derecho las contradicciones, vacíos, incoherencias o postulaciones que riñan con las leyes de la experiencia y de la lógica.

Si el éxito es el fin perseguido por cualquier parte procesal, debe tener particular cuidado para que sus argumentaciones no riñan con la lógica, ni que entrañen contradicciones en sus propios postulados, porque de la logicidad del pensamiento expuesto, de su coherencia y firmeza dependerá su capacidad de convencimiento y las posibilidades de que sus propuestas sean finalmente aceptadas por la judicatura.

Es, entonces, apenas lógico dentro de tales postulados que el juez para cumplir con el principio de contradicción y de motivación deba contestar todos y cada uno de los argumentos de las partes, para terminar dando razones por las cuales acepta los planteamientos o porque los rechaza y es obvio que si está en desacuerdo con lo manifestado por una de las partes deba destacar sus falencias, su alejamiento de la ley, la doctrina o la jurisprudencia, sus ilogicidades, sus incoherencias o sus contradicciones y cuando así actúa el juez está cumpliendo de manera estricta con sus deberes que es contestar y motivar sus decisiones manifestándole a las partes por qué no comparte las postulaciones formuladas.

No le asiste entonces razón al censor cuando exhibiendo una susceptibilidad digna de mejor causa pretende la nulidad del proceso, porque las instancias le han dado argumentos contrarios a las tesis postuladas por la defensa.

El segundo cargo de nulidad que presenta el actor, porque se sobrevaloraron los testimonios de los familiares del occiso y se desconocieron los favorables a los intereses del procesado, no es como lo pretende el impugnante una vulneración del principio de igualdad procesal de las partes, habida consideración que una de las funciones fundamentales de la judicatura es valorar los elementos de juicio que reposan en el proceso donde se debe tomar una decisión, sea positiva o negativa, a los intereses de los sujetos procesales.

Igualmente se debe enfatizar que las pruebas no pertenecen a la parte que las haya solicitado o allegado y ni siquiera las solicitadas por un sujeto procesal necesariamente tienen que salir de conformidad con sus pretensiones procesales, sino que por el contrario, no es extraño que el medio de prueba pedido o allegado por una parte pueda resultar contraria a sus pretensiones procesales.

De manera regular en la labor de valoración probatoria el funcionario judicial termina dándole credibilidad y un determinado valor a un grupo de pruebas y negándoselo a otras y no por ello se podría afirmar que se ha roto o desconocido el principio de igualdad procesal, porque la verdad es que prácticamente en la mayoría de los procesos hay dos tesis enfrentadas y el juez al aceptar una de ellas, le está otorgando estimación a los medios de convicción que la respaldan y como es apenas obvio restándoselo a los medios de pruebas que respaldan las argumentaciones contrarias.

La tercera irregularidad que pretende el recurrente que se reconozca como causal de nulidad la hace consistir que al proceso se allegaron varios testimonios sin que el defensor se hubiese posesionado como tal y se trata de una nueva postulación que está destinada al fracaso por la falta de razón.

En efecto, si se tiene en cuenta que los hechos ocurrieron más o menos a las diez y media de la noche y en donde se practicaron varias diligencias tales como: el levantamiento del cadáver que se hizo a las tres de la mañana siguiente; el testimonio de la hermana de la víctima Claudia Lucila Valcárcel Vega se recibió a las tres y diez minutos de la madrugada; el registro del inmueble donde se había entrado el homicida se practicó a las tres y cuarto de la mañana); igualmente se escuchó al padre de la víctima, José Alvaro Vega, a las tres y veinte de la mañana; y la ampliación del testimonio de Claudia Lucila se realizó a las tres y cincuenta y cinco,

diligenciamiento que posteriormente se remitió a la unidad de fiscalía pertinente, quien luego de proferir la respectiva resolución de apertura de instrucción escuchó en indagatoria al capturado el 21 de diciembre y por tanto el consiguiente nombramiento de defensor se efectuó en ese día cuando el imputado adquirió la calidad de sujeto procesal.

Así las cosas, las primeras diligencias que practicó el funcionario instructor son de aquellas que hay que realizar en el mismo lugar de los acontecimientos, precisamente para tener las primeras informaciones de cómo ocurrieron los hechos y recibir los datos que hagan posible la localización, identificación o individualización de los autores o partícipes.

Estas diligencias en el sitio de los acontecimientos son de tal importancia y urgencia que el propio legislador autorizą incluso a los funcionarios de policía judicial para que practiquen este tipo de pruebas, cuando en el artículo 312 se estipula:

"En los casos de flagrancia y en el lugar de los hechos, los servidores públicos que ejerzan funciones de policía judicial podrán ordenar y practicar pruebas sin que se requiera providencia previa".

Y el artículo 323 por su parte dispone que:

"Durante la etapa de investigación previa podrán practicarse todas las pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos".

Por lo anterior, las declaraciones que se practicaron en la investigación previa eran precisamente para que los testigos presenciales describieran al agresor y qué informaran en qué dirección se había ido; mírese si no como el contenido de la primera declaración de Claudia Lucila Vega Valcárcel sirvió de base para que se ordenara el registro del inmueble donde había ingresado el autor del homicidio y con ello se pudo operar su captura. En esta diligencia el autor fue señalado por la hermana de la víctima.

Después de haberse abierto el proceso en las mismas horas de la madrugada se recibió el testimonio del padre de la víctima con el propósito de obtener más informaciones sobre la forma en que habían sucedido los hechos y luego se amplía el testimonio de la hermana para interrogarla en relación con algunos detalles que se habían escapado en su primera intervención.

En las condiciones precedentes mal podría afirmarse que el derecho de defensa o de contradicción se vulneró, porque la primera obligación del juez es la recolección de evidencias que lo lleven al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos y como consecuencia de ello identificar

al autor o partícipe, para luego sí proceder a garantizarle el derecho a la defensa que surge, precisamente, en el mismo momento en que se formula una imputación penal y que lo hace potencialmente vinculable a un proceso penal.

La obligación inmediata del juez en este tipo de hechos y circunstancias es producir toda la prueba que sea potencialmente practicable en el mismo lugar de los acontecimientos, porque es posible que la que no se recaude en ese momento posteriormente sea improbable obtenerla dentro de la investigación.

En las condiciones anteriores no se ha incurrido en irregularidad de ninguna naturaleza y menos aún en supuestas violaciones al derecho de defensa.

El primer cargo principal lo enmarca en los postulados de la causal primera por la supuesta violación indirecta de la ley sustancial por la presencia de falsos juicios de identidad y de existencia.

Pretende el censor que se reconozca que su defendido actuó amparado en una causal de justificación, concretamente en situación de legítima defensa y para ello estima que fueron ignorados los testimonios dentro de los cuales podía tener cabida la excluyente de antijuridicidad y de haber tergiversado otros al no tenerse en cuenta el indicio de mentira en que incurrieron los familiares del occiso.

Se refiere el impugnante particularmente a las iniciales deposiciones rendidas por los parientes de la víctima que como ya se reseñó en antecedencia fueron recibidos en el mismo lugar de los acontecimientos y unas pocas horas después de la ocurrencia de los mismos. El contenido escaso de estos testimonios es explicable porque se trata de la declaración de la hermana y del padre del occiso, que rinden en situación de franco traumatismo psicológico pues aún se encontraba presente el cadáver del ser querido y por ello, es apenas obvio que por el dolor natural que estas tragedias producen en la psiquis de cualquier persona natural, no estaban en condiciones de entrar en detalles, sino que en ese momento están particularmente interesados en que se descubra y capture al responsable de la tragedia, situación que aconteció con los testimonios denunciados.

Posteriormente intervendrían nuevamente y ya reconocieron el carácter agresivo de la víctima y cómo particularmente la noche de los hechos por efecto del licor consumido y por la renuencia a no darle dinero para seguir ingiriendo bebidas alcohólicas asumió una actitud grosera y hablando en alta voz.

Que se hayan presentado algunas variantes en cuanto a la distancia a que se encontraban los protagonistas, o el grado de luminosidad u otras pequeñas circunstancias no puede convertirse en un error trascendente de tergiversación por parte del fallador para predicar la existencia de un error de hecho, por el contrario lo que se vislumbra es un claro descontento del censor por la valoración que las instancias dieron al acervo probatorio, con la pretensión que la acertada es la que postula el casacionista, según la cual se le debe dar credibilidad a quienes hablan de una posible legítima defensa y que por tanto se debe revocar la sentencia cuestionada para absolver en su lugar al procesado.

En su pretensión valorativa el censor destaca la actitud belicosa y el estado de ebriedad de la víctima, pero en ningún momento nos habla de que el procesado fue examinado y se le determinó una ebriedad de primer grado y que reconociera en su indagatoria que en las horas de la tarde de ese día había estado fumando marihuana.

Se trata, entonces, simplemente de una discrepancia valorativa que no es, ni puede constituir error de hecho y por ello tal como lo solicita el Procurador Delegado, este cargo habrá de ser rechazado.

El primer cargo subsidiario lo enmarca igualmente dentro de la violación indirecta por la existencia de ostensibles errores de apreciación probatoria, por falsos juicios de existencia y de identidad.

En este cargo, nuevamente insiste en las argumentaciones formuladas en el primer cargo principal, porque destaca como pruebas ignoradas no haberse tenido en cuenta el indicio del carácter agresivo de la víctima y el de mentira respecto de las versiones de sus familiares y como pruebas irregularmente apreciadas las declaraciones de cargo, las aportadas por la defensa y la confesión del procesado.

Como se puede ver, es la misma pretensión y similar argumentación a la planteada en el primer cargo principal, con el agravante en este caso que incurre en una manifiesta contradicción, porque si las pruebas ignoradas fueron las de los familiares de la víctima que son las pruebas de cargo, no podrían haber sido equivocadamente interpretadas, porque es claro que si fueron omitidas en su apreciación, mal pueden ser interpretadas equivocadamente.

Y al igual que en el primer cargo el censor se limita a plantear su propia versión valorativa de los medios de convicción, porque se circunscribe a dolerse que se haya reducido a la nada la credibilidad de las versiones que posibilitaban la admisión de una legítima defensa y al exceso de credibilidad que se le dio a las de los familiares del occiso. Pero lamentablemente el

censor no demuestra en qué consiste el error interpretativo y de que manera el mismo tuvo incidencia en la parte pertinente del fallo cuestionado; y en relación a la prueba omitida ello no corresponde a la verdad, sino qué analizados los testimonios supuestamente no considerados, simplemente el sentenciador les dio un valor con el que el impugnante no está de acuerdo y pretende que su propia valoración prevalezca sobre aquélla, sabiéndose como se sabe que ello no es posible en el recurso extraordinario de casación, porque la función valorativa de la prueba es función exclusiva de la competencia del juzgador.

En las condiciones precedentes y de conformidad con el criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal se rechazará el cargo formulado.

El segundo cargo presentado es igualmente planteado al amparo de la causal primera por supuesta violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de ostensibles errores de hecho por la presencia de una equivocada apreciación probatoria en que incurre el sentenciador y que lo lleva a falsos juicios de identidad y de existencia y que hace consistir en una errónea apreciación de la indagatoria en la que el procesado confesó el hecho y "La pluralidad de declaraciones rendidas por los familiares de la víctima, que llevaron al Tribunal a desconocer e ignorar que el fundamento probatorio surgía exclusivamente de la confesión del procesado cuando rinde la versión injurada".

Lo anterior para pregonar el derecho de su protegido a la rebaja punitiva consagrada para quien confiesa el hecho delictivo y la pretende pese a aceptar que se trata de una confesión calificada y solicita que se modifique la Jurisprudencia que sobre el tema ha mantenido la Sala, en el sentido de que para tener derecho a tal rebaja sea una confesión simple y lo anterior porque considera que la norma procesal no hace distinción de ninguna naturaleza en relación con la confesión.

En desarrollo del mismo cargo habla de un falso juicio de existencia frente a la confesión, incurriendo, como es apenas obvio, en una evidente contradicción, porque en relación con la diligencia de indagatoria previamente había hablado de un falso juicio de identidad y es claro que, si afirma que fue interpretada de manera errónea no es posible que luego diga que fue ignorada.

Además de la falencia técnica anotada en antecedencia, es preciso advertir que el procesado en ningún momento hizo confesión del hecho delictivo y es importante transcribir la parte pertinente de la indagatoria cuando sostuvo:

"...cuando yo llegué a la puerta de la casa un tipo se me vino con un ladrillo a agredirme tratándome de marica y de hijueputa, yo saqué mi revólver le hice un tiro al aire como por asustarlos para que no me agrediera pero el no le paró bolas al tiro y yo le hice el otro disparo luego el volteó y salió corriendo y yo me entré para mi casa y no más".

Interrogado a renglón seguido en qué dirección hizo el segundo disparo respondió que "yo no lo hice con intención de herirlo o de matarlo, yo lo hice fue para asustarlo o defenderme...".

Es claro con las transcripciones anteriores, que, el sindicado no confesó el hecho delictivo y en tales circunstancias es imposible pretender que se le conceda la rebaja punitiva que ahora se pretende y, aún en el caso de que se pensase que se trata de una confesión, ésta es calificada puesto que plantea un actuar en legítima defensa y en tales condiciones no es factible concederla de conformidad con la jurisprudencia que esta Corporación ha mantenido de manera reiterada.

Tampoco es posible cambiar la jurisprudencia como lo solicita el impugnante sobre la base de que la norma no hace distinción de si la confesión sea simple o calificada y que en tales condiciones bastaría que fuera una confesión de cualquier naturaleza para que se tuviese el derecho a la rebaja consagrada.

No asiste la razón al libelista, porque es preciso reconocer que la serie de estímulos que han sido creados en las manifestaciones legislativas de los últimos años tienen como propósito, por parte del Estado, hacer menos demorados los procesos penales y de esta manera, tratar de buscar una solución al colapso que presenta la administración de justicia, por el crecimiento desmesurado de la criminalidad, en todas sus manifestaciones.

Se trata de fórmulas que tienen su fundamento en las ideas propuestas por los modernos planteamientos de la política criminal y de la criminología entre las que se encuentra la de la desjudicialización, tratando que el número de procesos que llegan a la justicia sea menor o que los que finalmente conocen los estrados judiciales sean despachados a la mayor prontitud, para que los funcionarios que ejercen la represión puedan dedicar más tiempo y estudio a los procesos de mayor significación social.

Fórmulas como las de la conciliación, el aumento del número de delitos querellables, la sentencia anticipada o denominada negociación de penas, la rebaja de pena por confesión y el principio de oportunidad (no existente en nuestra legislación) son claras manifestaciones de propósitos gubernamentales de desjudicialización.

Si es ésa la idea política que se busca al consagrar tales instituciones, como es apenas lógico, quien busca ganar el estímulo punitivo debe prestar una colaboración eficaz a la justicia, tanta, que en casos como el que se analiza, sea de tal naturaleza que haga menos complejo y dilatado el proceso.

Dentro de tales perspectivas si la confesión es calificada, es claro que la carga investigativa para el Estado es mayor porque no solamente se debe demostrar la autoría, sino que es necesario investigar y demostrar si la causal de exculpación o atenuación de la responsabilidad efectivamente se ha dado para efectos de decretar la irresponsabilidad o la responsabilidad atenuada; situación bien diversa si se está en presencia de una confesión simple, en las que sólo se debe verificar la veracidad de la misma y en tales consecuencias la labor investigativa de los instructores se reduce de manera significativa.

Es esa la razón política del estímulo punitivo y así la ley no aluda concretamente a ello es claro que es ésta la interpretación que ha de darse a la norma.

Por las razones anteriores, siempre se ha descartado de este beneficio a los que han sido capturados en flagrancia, porque como es apenas obvio en tales condiciones la confesión es perfectamente intrascendente y no puede ser calificada bajo ninguna circunstancia como una colaboración eficaz para que la administración de justicia sea más acelerada y con ella se pueda producir de manera inmediata una más rápida descongestión de los despachos judiciales.

Es importante hacer una radiografía de la evolución legislativa de la institución de rebaja por confesión y de las diversas manifestaciones jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal en relación con este punto, para que sea claramente entendida la institución.

Antes de la aparición propiamente de la rebaja por confesión existió un antecedente legislativo más o menos similar, en cuanto a que se consagraba un estímulo punitivo, no para quien confesase que podía ser igualmente el caso, sino consagrado de manera genérica para quien aportase la prueba necesaria de responsabilidad.

En el artículo 34 de la Ley 2a. de 1984 se decía: "Al partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos previstos en este capítulo, en caso de ser condenado, se le disminuirá la pena de una tercera parte a la mitad".

La rebaja de pena por confesión aparece por primera vez en el Código de 1987, que en el artículo 301 disponía:

"*Reducción de pena en caso de confesión.* A quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión confesare el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una tercera parte, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia".

Así mismo, durante su vigencia se dieron las siguientes manifestaciones jurisprudenciales en relación con esta norma:

En referencia con la aplicación del principio de favorabilidad se dijo:

"Con invocación del artículo 301 del Decreto 050 de 1987 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), el procesado J.E.H. solicita el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2o. del artículo 439 *ibidem* (...).

"El artículo 26 de la Constitución Nacional en su inciso 2o. consagra el principio de favorabilidad de la ley (...).

"Así mismo, los Decretos 409 de 1971 y 050 de 1987 (Códigos de Procedimiento Penal), en sus artículos 6o. y 5o. respectivamente, desarrollan el citado principio. Por ello, no obstante el contenido del artículo 677 del nuevo estatuto procedimental que determina su aplicabilidad exclusiva a los procesos que para el primero de julio del corriente año se hallarán con auto de cierre de investigación ejecutoriado, debe la Sala determinar previamente, si el artículo 301 que invoca el memorialista, le resulta favorable para sus intereses (...).

"En el presente caso J... E... H... fue capturado en el aeropuerto de Bucaramanga procedente de esta ciudad y en declaración libre y espontánea verificada el 7 de octubre de 1985 ante el oficial investigador del Comando del Grupos CIAES de la Quinta Brigada del Ejército Nacional y posteriormente en declaración indagatoria llevada a cabo dos días después ante el Juez 100 de Instrucción Penal Militar, confesó su participación en los hechos investigados. Su inicial versión, al momento de su captura, dio lugar a los varios operativos con resultados positivos para la recuperación del material militar y la captura de otros procesados.

"Es decir, el peticionario tendría derecho al beneficio de reducción de pena previsto en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal vigente, precisamente por aplicación del principio constitucional en comento, máxime que el artículo 6o. del Código Penal lo consagra también para

quienes estén condenados" (C.S. de J., Sala de Casación Penal, auto de septiembre 1o./87).

Sobre las condiciones para que opere la reducción de pena se afirmó:

"Del texto legal comentado (301) se desprende que las condiciones para que opere la rebaja, excluidas las hipótesis de flagrancia, las concreta el legislador en la confesión del procesado producida dentro de los siguientes requisitos:

"a) Que la confesión se produzca durante su primera versión, y

"b) Que la confesión fuere el fundamento de la sentencia.

"Estos requisitos deben entenderse dentro del espíritu del artículo 301 en el sentido de que a la jurisdicción le interesa que se le facilite la investigación, que se le obvien los inconvenientes propios de ella, por lo que sólo acepta como trascendente para conceder la rebaja la confesión hecha durante la primera versión, que para todos los efectos debe entenderse como la primera versión judicial, siendo la razón de tal exigencia el allanamiento del camino investigativo que se logra mediante la deposición franca y explícita del procesado aceptando la realización del hecho; que no tendría razón de aceptarse en los casos en que, producido todo un debate probatorio y sometido el proceso a intensa controversia, el procesado en una nueva versión confesaré el hecho. Por ello aunque la norma no lo dice, hace parte de su entendimiento lógico el que el procesado mantenga su confesión judicial durante el proceso, pues si se retracta genera confusión, atenta contra la lealtad exigida e invalida por ello los efectos buscados de la confesión.

"En cuanto al requisito de que la confesión debe ser fundamento de la sentencia, se observa en primer término que el legislador no hace distinción entre la confesión simple y la calificada en la norma que se estudia, lo cual en principio no permite excluir ninguna de ellas, siendo obvio que la hipótesis de confesión simple son las de más opción en el reconocimiento de la rebaja punitiva.

"A pesar de que esta norma podría entenderse íntimamente ligada a aquella que regula el proceso abreviado y que sólo admite ese trámite expedito en casos de confesión simple, es indudable que en el ámbito del artículo 301 caben algunos casos de confesión calificada que generen el reconocimiento del atenuante, en cuanto contienen la aceptación de la realización del hecho o de su participación pero, por ejemplo en condiciones de ira o en exceso, circunstancias que expresadas así por el procesado pueden ser el fundamento de la sentencia en cuanto son aceptadas plenamente.

"Parece ser que las confesiones calificadas que impliquen exclusión de responsabilidad por justificación o inculpabilidad no pueden ser atendidas en cuanto no son fundamentos de la sentencia condenatoria".

"De todas formas, sea la confesión simple o calificada corresponde al juez en cada caso concreto realizar un análisis de la prueba recaudada y estudiar la proyección y transcendencia de la confesión frente a las demás pruebas para definir así si ésta es fundamento o no de la sentencia. Así, por ejemplo, si en un proceso que se adelanta con reo ausente, habiéndose demostrado probatoriamente la autoría y responsabilidad, la aparición del procesado en la audiencia confesando el hecho no tiene la trascendencia exigida por el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, porque en tal caso la sentencia sería condenatoria con la confesión o sin ella.

"En cuanto a la aplicación de esta norma debe decirse que es estrictamente individual en cuanto sus efectos no se comunican a los copartícipes del hecho y que además se circunscribe únicamente a las personas que actúan en condición de imputables en la realización del hecho punible, pudiéndoseles sancionar con pena; excluyéndose, dada la naturaleza de la norma y sus consecuencias y la naturaleza de las medidas de seguridad, su aplicación en caso de sujetos inimputables.

"Debe precisarse, además, que sucediéndose los requisitos exigidos por el artículo 301, la atenuación puede recaer sobre cualquiera de las formas punitivas principales y sobre las accesorias cuya naturaleza lo admita.

"Interesante cuestión plantea la aplicación del artículo 301 en aquellas hipótesis en que se trate de acumulación de causas o fenómenos concursales, en los que la confesión solo se ha hecho con relación a uno de los delitos involucrados en una sola cuerda procesal; en tales casos es indudable que la rebaja sólo debe tener significación al interior del delito confesado, sin que ello pueda alterar la regla general del concurso de hechos punibles". (C.S. de J., Sala de Casación Penal, auto de diciembre 1o./87).

En posterior decisión la Sala se refirió así:

"El acusado, que como lo demuestran los procesos acumulados a los cuales se refiere la sentencia en estudio, es persona proclive al delito, en particular a atentados como los que son materia de estas investigaciones acumuladas..., y a quien no conmueven las múltiples sindicaciones, ciertamente ofreció en sus respectivas indagatorias, sin variar su posición dentro de los procesos, versiones circunstanciadas y prolijas de sus delitos y de su *modus operandi*, reconociéndose autor de los comportamientos ilícitos aunque, como lo destaca el sentenciador, se abstuvo de señalar e

identificar a sus compañeros de fechorías, y también a pesar de que en una de las injuradas hubiera aseverado en principio no conocer con exactitud la razón de su comparecencia al juzgado para la diligencia. A este respecto recuérdese: es tal el cúmulo de actividades ilícitas de personajes, que no resulta extraño que en un momento dado en verdad no precise el motivo de su vinculación. Sin embargo, una vez ubicado en las primeras preguntas, narra con mucho desparpajo sus andanzas, y ello fue lo que hizo en las causas acumuladas definidas en la sentencia que se acusa...

"Siendo la confesión el reconocimiento libre y espontáneo de hechos perjudiciales, calificado o no, y estando consagrada como factor determinante de rebaja de pena en el artículo 301 del C. P. P. actual sin condicionamientos modales de ninguna índole distintos del descubrimiento en flagrancia del delincuente, como claramente lo prevén esa norma y sus concordantes, no puede ser desconocida en detrimento del principio de favorabilidad, cuando, como efectivamente acaeció en el caso *sub examine*, ella fue hecha en la primera intervención del sindicado, y fue, además, pilar de esa condena junto con los otros elementos de juicio -en particular testificales- que la corroboraron de sobra.

"Las consideraciones del Tribunal con miras a desecharlos bajo el entendido de carecer de espontaneidad y de sinceridad, miran más el aspecto subjetivo del individuo delincuente que la objetividad de la norma inaplicada...". (C. S. de J., Sala de Casación Penal, sentencia de noviembre 17/88).

En torno a la flagrancia sin captura se afirmó:

" '...cuando sorprendida una persona en la comisión de un hecho delictuoso, y se la identifica en forma plena y segura, pero no se logra su captura, es factible hablar de flagrancia, por lo que en el caso de surgimiento posterior una confesión es dable desestimarla como aminorante de la pena artículo 301 C. P. P., porque la flagrancia sí se dio, aunque sin su correlato de la captura, aspecto éste último que no exige el citado artículo 301 para establecer la desfavorable consecuencia que prevé'." (C.S. de J., Sala de Casación Penal, sentencia de noviembre 17/88).

Por el mismo sendero la Corte señaló:

"En primer término, debe hacerse claridad si la modificación de la sanción, por confesión, se trata de una 'rebaja' de la misma que deba contabilizarse como parte del cumplimiento de la pena, o si por el contrario, de una reducción del máximo que deba fijarse en cada caso concreto por el delito y modalidades que se imputan a cada procesado.

"El artículo 301 del Código de Procedimiento Penal establece que 'A quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión confesaré el hecho, *en caso de condena se le reducirá la pena en una tercera parte*, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia'. (Destaca de la Sala).

"Es decir, que solamente en los casos en que deba dictarse fallo condenatorio, el juez, al tasar la pena, teniendo en cuenta los criterios del artículo 61 del Código Penal, una vez determinada ésta, si se reúnen los requisitos del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, la fijará definitivamente previa reducción en una tercera parte. Esto, por cuanto la tasación máxima de la pena privativa de la libertad, incide sustancialmente en la aplicación de los subrogados penales previstos en los artículos 68 y 72 del Código Penal.

"En efecto, si a un procesado se le halla responsable de la comisión de un hecho punible, sancionado con pena de prisión, si hecha la reducción de la tercera parte de la pena que le correspondería por su conducta, y su máximo no sobrepasa de tres (3) años, sería acreedor, además, al subrogado de la condena de ejecución condicional si su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permiten al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario. En cambio, si lo fuera como el procesado lo pretende, en el mismo caso, no sería viable el reconocimiento del citado subrogado cuando la pena privativa de la libertad sobrepase de los tres (3) años de prisión, debiendo ser recluido en un establecimiento carcelario hasta el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena (artículo 72 del Código Penal), para disfrutar del beneficio de excarcelación, el cual desde un principio pudo obtener.

"En cambio, la rebaja de pena por trabajo o estudio, o cualquiera otra que el legislador encuentre procedente, por mandato del artículo 629 citado por el procesado, deben ser tenidas en cuenta como parte de la pena cumplida para obtener la libertad provisional o definitiva por pena cumplida.

"Finalmente, no es que se esté violando el principio de la cosa juzgada cuando se reconoce previamente la reducción de la tercera parte de la pena, por confesión, de la ya determinada en los fallos de instancia, sino dando aplicación al principio de favorabilidad de ley que consagra nuestra Carta, el Código Penal (art. 6o.) y de Procedimiento Penal (art. 5o.) cuando ordena que la ley permisiva o favorable, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, privilegio que se hace extensivo a los condenados (artículo 44 de la Ley 153 de 1887), pues tal precepto (artículo 301 del Decreto 050 de 1987) consagró el tantas veces citado beneficio, para estimular la

confesión a fin de hacer más expedita la justicia, creando inclusive un procedimiento abreviado para el trámite de los procesos en que ella se presente". (C. S. J., Sala de Casación Penal, auto de noviembre 10/87).

En torno a la confesión calificada, esta Corporación fue clara en sostener que:

"La Sala, en cuanto a confesiones cualificadas, y el caso debatido encaja en esta hipótesis, apunta distingos para reconocer la diminuente establecida en el art. 301 del C. P.P. Si se trata de una que permita la supervivencia de la responsabilidad, no hay duda alguna que en tal sentido debe operar. Pero si traduce, más bien, la ausencia de aquélla por obra de una justificación pura o una inculpabilidad de igual característica, es obvio que debe desecharse. Y es de elemental lógica esta posición, porque si para otorgar tal beneficio el precepto exige que 'dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia', no se ve cómo ésta pueda asentarse en un obrar conforme con la ley o que la ley lo toma por inculpable. Se admite sí, la que da paso a un estado emocional o pasional (art. 60) o el exceso que señala el art. 30 del C. Penal.

"La confesión que recoge la ley para darle consecuencias degradantes en cuanto a la sanción, se contrae a la que arroja claridad al juzgador, pero no le confunde, la que muestra sinceridad pero no la que traduce hábil artimaña para escapar al dictado de la justicia, la que facilita y orienta en forma nítida la investigación, pero no la que desvía con artificios y engaños. Sobre esta misma apreciación escribe con destacable mérito la delegada. '...Y es que la confesión del sindicado lejos de aportar más luz al proceso, de allanar el camino investigativo, de facilitar la labor de las autoridades jurisdiccionales y de obviar las dificultades propias de ella, que es el objetivo esencial del artículo 301 del C.P.P., y en cambio de lo cual el Estado recompensa al sindicado disminuyéndole la sanción, trató más bien de traer confusión a él, de crear controversias en relación a aspectos tan esenciales como lo son los relativos a la responsabilidad, ya que buscando eludirla, colocó en cabeza de terceros comportamientos de los que indicó era víctima, pero que fueron infirmados a través del proceso, invalidando de paso los efectos benéficos de su confesión...'". (C. S. de J., Sala de Casación Penal, sentencia de junio 16/89).

La Corte tomando apartes de un fallo de esta Sala reitera:

"Siendo la confesión el reconocimiento libre y espontáneo de hechos perjudiciales, calificado o no, y estando consagrada como factor determinante de rebaja de pena en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal

actual sin condicionamientos modales de ninguna índole distintos del descubrimiento en flagrancia del delincuente, como claramente lo prevén esa norma y sus concordantes, no puede ser desconocida en detrimento del principio de favorabilidad, cuando como efectivamente acaeció en el caso *sub examine*, ella fue hecha en la primera intervención del sindicado, y fue además pilar de esa condena junto con los otros elementos de juicio -en particular testificales- que la corroboraron de sobra.

"Las consideraciones del Tribunal con miras a desecharla bajo el entendido de carecer de espontaneidad y de sinceridad, miran más el aspecto subjetivo del individuo delincuente que la objetividad de la norma inaplicada (fls. 210 y 214, cuaderno 2).

En reiterada posición:

"...El artículo 301 del Código de Procedimiento Penal persigue inocultables fines de política criminal al incentivar la confesión del procesado mediante el significativo descuento de un tercio de la pena, procurando con ello el recaudo de evidencia que restrinja el esfuerzo instructivo, evite la incriminación de terceros inocentes y en términos generales reduzca las posibilidades de impunidad, etc. Por ello, precisamente, se exige que la confesión se rinda dentro de la primera versión procesal del indagado, en la medida en que si en ese momento procuró ya el desvío de la investigación, o se la llevó a esfuerzos inútiles y dilatorias o de entrabamiento, mal podría aspirar el procesado al recibo de reconocimientos o descuentos punitivos como premio por su pretendido engaño a la administración de justicia, actitud más bien merecedora de severa censura.

"Por idénticas razones se entiende que ese descuento del artículo 301 del Procedimiento Penal no opere en los casos de flagrancia, pues en ellos el recaudo de la evidencia no se ha logrado por colaboración del procesado, ni en los eventos en que sea el fundamento de la condena una prueba distinta de la confesión.

"Para el caso discutido, es evidente, y así lo admite el impugnante, que el procesado F. M., no sólo se abstuvo de hacer una autoacusación en su primera indagatoria, sino que recurrió a la presentación de una coartada que implicaba para la instrucción un considerable esfuerzo, pues sugería que en el sitio de su captura sólo se hallaba de visita, mientras sus ocupaciones habituales las citaba en otra región distinta y lejana. En sus críticas se atiene entonces el actor al informe policivo inicial, para acusar que él no puede probar una aprehensión en flagrancia, dado que no precisa la ubicación exacta del procesado ni de los elementos comprometedores hallados en la finca que ocupaba. Esa restricción subjetiva en el análisis

de la prueba se demerita por parcial, pues en el curso de sus intervenciones procesales, los integrantes del operativo ratifican que los procesados sorprendidos se dedicaban a la recolección de la hoja de coca que acumulaban en costales, teniendo su laboratorio y los elementos para el procedimiento dentro del mismo predio y no lejos de la casa de habitación, afirmaciones corroboradas con el hallazgo de las diferentes sustancias y las plantaciones a que se refiere el acta de incautación. Si, pues, se daba cabalmente la aprehensión en flagrancia, nueva razón surgía para inaplicabilidad de la rebaja de pena contenida en el artículo 301 que se cita, motivo de más para determinar el fracaso del cargo propuesto.

"La cita que el impugnante hace del artículo 286 del Código de Procedimiento Penal en nada absolutamente modifica esta situación, pues además de que se recurre a una disposición común a indagatoria y testimonios, en lugar de remitirse a la del artículo 296 del mismo ordenamiento procesal, específica para la confesión, se trata de disposiciones que condicionan genéricamente la validez de la confesión (simple o calificada) al previo enteramiento del procesado sobre su derecho a no autoincriminarse, pero en momento alguno cuestionan estos preceptos la oportunidad en que se rinda esa admisión de participación, cual es precisamente la diferencia con el artículo 301 que subsigue, dado que él sí restringe la incidencia de la autoimputación para el descuento punitivo, no solamente a la que sirve de fundamento para la condena, sino, principalmente, y por las razones ya advertidas, a la rendida en la primera versión judicial, donde está llamada a dar oportuna orientación a al investigación, sirviendo como evidencia para deducción de la responsabilidad penal del indagado". (C.S. de Justicia, Sala de Casación Penal, Sent. de 29 de junio de 1989, Magistrado Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

Nuevamente se advierte, que:

"...A este final respecto, la Sala debe insístir en que esta caracterización no es lo que hace improcedente, en este perfil del análisis, la confesión, pues así concurra con abundantes y variados medios de convicción, si aquélla sirve de fundamento de la sentencia, tiene que reconocerse la disminución prevista para tal evento, siempre y cuando que la manifestación del procesado resista la consideración de tratarse de un reconocimiento de su participación delictiva, que le acarrea responsabilidad, así se refleje ésta en una forma disminuida de pena por obra de otras circunstancias o factores (diminuente de la provocación, exceso en la justificante, etc.) y se haya cumplido en tiempo procesal oportuno.

"La Sala, además, anota que la confesión que cuestiona el censor y que aparece a fls. 50 y ss., del proceso, no reúne los requisitos que la ley y la doctrina han fijado para poder deducir una atenuación como la que consagra el artículo 301 del C. de P. P., resultando por tanto acertada la desestimación que de este aspecto, y como factor de moderación de la pena, evidenció el Tribunal. En efecto, las primera manifestaciones de Hurtado, resultan vagas, elusivas y no hay propiamente un reconocimiento de su actividad delictuosa. Ya al final se refiere a la adulteración del precio y a la falta de coincidencia entre los documentos expedidos (originales, duplicados, etc.,) y afirma que obró así para 'recaudar algún dinero para enviárselo a mi mamá que por esos días se encontraba delicada de salud, no pensando que me fueran a descubrir en el lapso en que se hizo dichas adulteraciones. Mi mamá vive en un estado de pobreza absoluta y siempre permanece enferma... lo que gano... después de atender las obligaciones que tengo con las deudas, lo que me queda no me alcanza para atenderla a ella en el caso que se me presentó'.

"Esto coloca de resalto la alegación de una justificante que, como lo enseña la jurisprudencia, sustrae tal reconocimiento de la órbita de la comentada diminuente, para que esa confesión cualificada pudiera haber iniciado en la cuestión atenuación de pena, habría sido necesario que la conducta se tomase como un estado de necesidad excedido -art. 30 del C. Penal-, lo cual no aconteció. En síntesis, si la posición del procesado fue la de pretender la integral justificación de su comportamiento, no es factible atender a la preceptiva del ya citado artículo 301 del C. de P.P., pues mal puede ser fundamento de una sentencia de condena lo que pugna por imponer un obrar conforme a derecho, que no puede aparejar ningún juicio de responsabilidad". (C. S. de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 15 de agosto de 1989, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Varios fallos se pronunciaron con respecto a la Ley 2a. de 1984 y la legislación de excepción, iniciándose con el Decreto 3673 del 1o. de julio de 1986, hasta el Decreto 180 de 1988 y demás normas que lo complementaron y modificaron.

En uno de ellos se dijo:

"...La legislación penal ha venido introduciendo en los últimos años normas encaminadas a hacer más eficaz la justicia, creando incentivos para quien confiese el delito, denuncie a los coautores o partícipes, o dé informaciones que conduzcan a la captura de procesados o condenados, utilizando para ellos fundamentalmente las facultades de estado de sitio con una sucesión de normas a veces contradictorias, que dificulta establecer cuál es la aplicable a cada caso concreto.

"En con relación a la colaboración prestada por los procesados con datos que faciliten la identificación de los demás responsables del ilícito, se han dictado varias normas, cuyo estudio es necesario adelantar, para saber si la que considera aplicable el recurrente o su apoderado sí estaba vigente para el momento de los hechos que motivan la petición.

"El artículo 34 de la Ley 2a. de 1984 estableció una rebaja de la pena de una tercera parte a la mitad 'al partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos previstos en este capítulo', es decir, extorsión y secuestro extorsivo que no tenga finalidad terrorista, pues este último delito y el terrorismo que estaban incorporados a dicho capítulo, pasaron al conocimiento de los Jueces de Orden Público, quedando sometidos a una legislación diferente, como adelante se explica.

"Posteriormente el Decreto de estado de sitio número 3673 de 1986, vigente desde el 19 de diciembre de ese año, en su artículo 8. dispuso que en los casos en que no hubiera flagrancia, si el procesado en su primera versión confesaré el delito, la pena se le disminuiría en una tercera parte, y si de la confesión se derivare la condena de otro responsable, la pena se disminuiría hasta la mitad. En el artículo 9o. extendió estos beneficios al evento en que la confesión permitiera la ejecución de órdenes de captura.

"La rebaja de la pena prevista en el Decreto 3673 para el caso de la confesión fue incorporada como legislación permanente en el Código de Procedimiento Penal que entró a regir el 1o. de julio de 1987.

"Se expidió también en forma simultánea con el código el Decreto de estado de sitio número 1199 de 1987, vigente a partir del 1o. de julio del mismo año, que subrogó al Decreto 3673. Con relación a las rebajas de pena por razón de la colaboración prestada a las autoridades por los partícipes en delitos, consagró este decreto una disminución hasta de una tercera parte de aquélla a quien fuere condenado, cuando los informes que suministre permitan la ejecución de órdenes de captura (artículo 8o.).

"Posteriormente por el Decreto de Estado de Sitio 180, de 1988, vigente desde el 27 de enero, y complementado por los Decretos 181 y 474 del mismo año, se creó una jurisdicción especial de Orden Público a la que se asignó el conocimiento de una serie de conductas, estableciendo el primero de ellos en su artículo 37 una rebaja de la pena hasta de las dos terceras partes, e inclusive la extinción de la acción penal y el perdón judicial a favor de los que habiendo intervenido en un delito como autores o partícipes, suministraran información que permitiera el esclarecimiento

de los hechos y la determinación de los responsables, pero limitando la aplicación de estos beneficios a las conductas a que el mencionado decreto se refiere.

"Después fue expedido el Decreto de Estado de Sitio número 2490 de 1988, vigente a partir del 30 de noviembre de ese año, en cuyo artículo 4o. eliminó cualquier tipo de rebaja de pena para quienes cometieron alguno de los delitos señalados en el Decreto 180, y en su articulo 6o., sustituyó el artículo 37 de este último decreto, eximiendo de responsabilidad a quienes habiendo sido autores o partícipes de un ilícito, colaboraren con las autoridades para descubrir a los demás responsables, pero circunscribiendo el beneficio a los delitos de conocimiento de los Jueces de Orden Público.

"De las normas anteriores se concluye lo siguiente:

"a) En los delitos de extorsión y secuestro extorsivo que no tenga fines terroristas, de que conocen los Jueces Especializados creados por la Ley 2a. de 1984, se estableció una rebaja de pena de una tercera parte a la mitad, para el partícipe que primero aporte la prueba de la responsabilidad de las demás personas involucrada en el ilícito (artículo 34 Ley 2a. de 1984);

"b) En todos los delitos de que conocen los Jueces de Orden Públicos se excluye de cualquier rebaja a los autores o partícipes de tales infracciones (art. 4o. Decr. 2490 de 1988), y se exime de responsabilidad a quienes colaboren con las autoridades en el descubrimiento de los demás responsables (art. 6o. del mismo decreto);

"c) En los demás delitos se concede una rebaja hasta de la tercera parte a cualquiera de los partícipes, que sean condenados, cuando los informes que suministren permitan la ejecución de órdenes de captura (art. 8o. del Decr. 1199 de 1987).

"En el caso que nos ocupa, uno de los delitos por los cuales fue condenado el recurrente fue el de extorsión, por lo que tendría derecho a que se le aplicara la rebaja que depreca, si se dan los requisitos que la ley exige para ello.

"2. El artículo 34 de la Ley 2a. de 1984, cuya aplicación echa de menos el recurrente, dispone que tal beneficio se debe otorgar 'al partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización' de los ilícitos.

"En el caso en estudio parece ser cierto que el procesado Paz Osnas en su versión libre ante las autoridades que lo capturaron confesó su participación y dio informes precisos sobre los demás partícipes en el delito, según se desprende de la referencia reiterada que a este hecho se hace en

las sentencias de primera y segunda instancia. Pero luego, con evidente falta de lealtad para con la justicia, niega no sólo su participación en los hechos, sino que dice desconocer a las demás personas que participaron en su ejecución, en un afán ostensible por impedir el esclarecimiento de los mismos.

"Si para conceder el beneficio requiere que el peticionario haya sido el primero que aporte "la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas", es evidente que en este caso tal requisito no se ha cumplido, pues si su versión inicial puede considerarse como un indicio de responsabilidad de los partícipes en el ilícito, él mismo trató de desvirtuarlo al negar en forma reiterada lo que en dicha versión había manifestado...". (C. S. de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. 14 de noviembre de 1989, M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel).

Posteriormente la Corte plasmó:

"...Numerosas y por distintas razones han sido las rebajas e incluso exclusión de penas que la legislación penal colombiana ha venido estableciendo en los últimos años, para los autores o partícipes del hecho punible: que en unos casos brinden informes que permitan descubrir a los demás autores, en otros, confiesen el delito cuando dicha confesión sea el fundamento de la sentencia de condena y otros más ofrezcan informes que permitan la captura real y efectiva de los delincuentes. Son entonces, diversos los alcances de las normas y diferentes los presupuestos fácticos que la misma ley exige para que la persona se haga merecedora a la benignidad punitiva.

"Así, el art. 34 de la Ley 2a. de 1984 estableció una rebaja de pena 'al partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos previstos en este capítulo...'.

"Limitaba esta ley el otorgamiento de la gracia a los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y a quien siendo partícipe del hecho punible aportara primero la prueba necesaria de la responsabilidad de las demás personas comprometidas en el hecho investigado.

"El Decreto Legislativo 3676 de 1986 estableció una rebaja de pena en su artículo 8o. para el partícipe del hecho punible que reuniera a su favor estos presupuestos:

"a) Que no se tratara de flagrancia;

"b) Que en su primera versión confesara el delito y era mayor la disminución de pena si de su confesión se derivare la condena de otro responsable.

"El artículo 9o. del citado decreto consagro una rebaja para quien su confesión permitiera la ejecución de órdenes de captura.

"El artículo 301 del C. de P.P., (Decreto 050 de 1987), introdujo una reducción de pena para el partícipe que reúna a su favor los siguientes presupuestos fácticos:

"a) Que no se trate de flagrancia;

"b) Que en su primera versión confiese el hecho, y

"c) Que la confesión fuere el fundamento de la sentencia.

"Se expidió también el Decreto Legislativo 1199 de 1987 que entre las medidas tendientes a combatir la impunidad, repitió en su artículo 8o. el precepto del artículo 9o., del Decreto 3676, y consagró una rebaja de pena para quien siendo condenado, haya permitido con sus informaciones la ejecución de órdenes de captura.

"Y como lo manifestara la Corte en providencia del catorce de noviembre del corriente año, con ponencia del honorable Magistrado Jaime Giraldo Angel, 'posteriormente por el Decreto de estado de sitio 180 de 1988, vigente desde el 27 de enero, y complementado por los Decretos 181 y 474 del mismo año, se creó una jurisdicción especial de orden público a la que se asignó el conocimiento de una serie de conductas, estableciendo el primero de ellos en su artículo 37 una rebaja de pena hasta de las dos terceras partes e inclusive la extinción de la acción penal y el perdón judicial a favor de los que habiendo intervenido en un delito como autores o partícipes, suministraran información que permitiera el esclarecimiento de los hechos y la determinación de los responsables, pero limitando la aplicación de estos beneficios a las conductas a que el mencionado decreto se refiere.

" 'Después fue expedido el Decreto de estado de sitio número 2490 de 1988, vigente a partir del 30 de noviembre de ese año, en cuyo artículo 4o. eliminó cualquier tipo de rebaja de pena para quienes cometieron alguno de los delitos señalados en el Decreto 180, y en el artículo 6o. sustituyó el artículo 37 de este último decreto, eximiendo de responsabilidad a quienes habiendo sido autores o partícipes de un ilícito, colaboraren con las autoridades para descubrir a los demás responsables, pero circunscribiendo el beneficio a los delitos de conocimiento de los Jueces de Orden Público.

"'De las normas anteriores se concluye lo siguiente:

'a) En los delitos de extorsión y secuestro extorsivo que no tenga fines terroristas, de que conocen los Jueces Especializados creados por la Ley 2a. de 1984, se estableció una rebaja de pena de una tercera parte a la mitad, para el partícipe que primero aporte la prueba de la responsabilidad de las demás personas involucradas en el ilícito (artículo 34, Ley 2a. de 1984);

"'b) En todos los delitos de que conocen los jueces de Orden Público se excluye de cualquier rebaja a los autores o partícipes de tales infracciones (artículo 4. del Decreto 2490 de 1988), y se exime de responsabilidad a quienes colaboren con las autoridades en el descubrimiento de los demás responsables (art. 6o. del mismo decreto).

"'c) En los demás delitos se concede una rebaja hasta de la tercera parte a cualquiera de los partícipes; que sean condenados, cuando los informes que suministren permitan la ejecución de órdenes de captura (artículo 8o. del Decreto 1199 de 1987)'.

"Ahora bien: el demandante en el caso que se examina con acierto en cuanto al aspecto formal, formuló el cargo al amparo de la causal primera del artículo 226 del C. de P.P., al considerar que se quebrantó por exclusión evidente de los dispuesto en el artículo 8o. del Decreto 1199 de 1987, porque el sentenciado con sus informes sobre algunos de los autores del hecho punible se hizo merecedor a la reducción de pena que no aplicó en su sentencia el Tribunal Superior.

"Para la Sala, no obstante la acertada formulación del cargo, desde el punto de vista formal, éste no puede prosperar porque no hacen presencia los fundamentos fácticos que perentoriamente exige la norma para otorgar la reducción de pena.

"En efecto:

"El artículo 8o. del Decreto 1199 de 1987 ha señalado como requisitos esenciales para el otorgamiento de la gracia, no sólo que el sentenciado dé informes que puedan conducir al descubrimiento de los responsables del ilícito, sino de manera especial que dicha información haga posible o permita 'la ejecución de órdenes de captura', es decir, que la oportuna delación lleve a la captura real y efectiva de los responsables del hecho punible.

"Y este requisito indispensable para la aplicación de la norma favorable, no surge en forma clara de los elementos de convicción, que ofrece el proceso..". (C.S. de Justicia -Sala de Casación Penal- sent. del 22 de noviembre de 1989, M. P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

Sobre los requisitos de la confesión, nuevamente la Sala se pronunció así:

"...Dispone el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) que 'a quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión confesaré el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una tercera parte, si dicha confesión fuére el fundamento de la sentencia'.

"Es verdad que el procesado admitió desde su primera versión haber sido el autor de los disparos que causaron la muerte a Tebar Vargas, pero esto no es suficiente para que se haga acreedor a la rebaja de pena referida.

"Tal como lo recuerda el Procurador, una confesión calificada que no permite deducir responsabilidad alguna al procesado, como cuando se reconoce la autoría del hecho pero al mismo tiempo se esgrime una causal de justificación o de inculpabilidad, mal puede ser el fundamento de una sentencia condenatoria y por tanto no alcanza a satisfacer uno de los requisitos exigidos por la norma para el otorgamiento de la rebaja de pena, y esto es lo que sucedió en el caso *sub judice*..." (C. S. de Justicia -Sala de Casación Penal-, sentencia del 8 de octubre de 1992, M. P., Guillermo Duque Ruíz).

"...Es de observar, por lo demás, que con el aquí incumplido requisito de haber sido la confesión el fundamento de la sentencia adversa, el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal cuya inaplicación acusa la demanda, exige que le procesado no haya sido sorprendido en estado de flagrancia, razón fácilmente explicable pues en ese evento la confesión pierde toda incidencia para allanar el camino al esclarecimiento de los hechos, fundamento de la reducción punitiva. Así, entonces, en el fallo impugnado no se hubiese hecho una referencia directa o concreta con relación a esa circunstancia, es notorio que en ella radicaba un motivo nuevo de inaplicación para la reducción punitiva que se impetra.

"La noción de flagrancia, con arraigo legal en el artículo 393 Código de Procedimiento Penal, no puede confundirse con la de la captura en flagrancia -artículo 394 *ibidem* como parece haberle ocurrido a la libelista, pues tanto aquella como ésta guardan sus específicas diferencia y conllevan a distintas consecuencias según tiene expresado de modo claro la Doctrina de la Sala.

" '...la distinción entre flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia -dijo la Sala en fallo de diciembre 1o. de 1987 con ponencia del Magistrado doctor Rodolfo Mantilla Jácome-, la hace el Código de Procedimiento Penal al referirse claramente a una y

otra situación; así, por ejemplo, entratándose del artículo 301 que comentamos habla solamente de flagrancia, al tiempo que al señalar los asuntos cuyo trámite es el procedimiento abreviado, expresamente se refiere a los casos en que el imputado haya sido capturado en flagrancia...

" '...La Sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible. Dos son, entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es, la presencia de personas en el momento de realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho.

" 'En cuanto al requisito de la actualidad, no importa que se trate de una o varias personas quienes presencien la realización del hecho o que sean las propias víctimas o perjudicados con el delito, lo trascendente es que estén allí en el momento de su ejecución; y en cuanto al requisito de la identificación o por lo menos individualización del partícipe debe recordarse que la noción de flagrancia es un predicado de la persona partícipe de un hecho punible, siendo por ellos indispensable que de tal situación se desprenda con certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho (Sentencia de diciembre 1o. de 1987, Magistrado Ponente Dr. Rodolfo Mantilla Jácome)' ".

En otra decisión sobre esta temática se dijo:

"...La confesión privilegiada de que trata el artículo 301 del C. de P.P., a más de reunir las exigencias del mismo y las propias de este específico medio de convicción, debe ser suficiente para sustentar un fallo de condena.

"Entre aquéllos requisitos cabe destacar para efectos de la detracción de la pena por confesión que ésta se hubiere producido durante la primera versión judicial rendida por el procesado, que no concurra ninguna situación de flagrancia y que se haya constituido en el fundamento esencial de la sentencia condenatoria por tratarse de una prueba de cargo en contra del acusado y no de un medio de persuasión demostrativo de circunstancia excluyente de culpabilidad o de justificación del hecho punible.

"Precisamente sobre este último aspecto la jurisprudencia de la Corte se ha mostrado reiterativa y uniforme en el sentido de negarle poder morigerador a la confesión del procesado cuando pretende la integral justificación de su conducta...". (C. S. de Justicia - Sala de Casación Penal, 26 de septiembre de 1991, M. P. Dr. Jorge Carreño Luengas.

Posteriormente la institución apareció en el Código de 1991, que en su artículo 299 preveía:

"A quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal confesaré el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una tercera parte".

En su vigencia se hicieron los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales en sus aspectos más trascendentes:

"...el hecho de que el artículo últimamente señalado no contemple como exigencia fundamental el que la confesión sea el sustento del fallo, no quiere decir que lo haya obviado. Es claro que la actitud benigna del Estado sobre el particular se basa en la ayuda primordial que el imputado le ha brindado a la administración de justicia al admitir su responsabilidad, hecho que demuestra, además, su franco arrepentimiento. Y es apenas llano entender que un comportamiento de este jaez para acceder a la rebaja punitiva debe ser de tal magnitud que sobre él repose, en gran medida, el fallo condenatorio. De lo contrario, si su reconocimiento de los hechos comporta apenas una ayuda cortical, y el Estado cuenta con otros medios probatorios contundentes para demostrar la responsabilidad del confeso, pierde su razón de ser la diminuente. De ahí que en supuestos como el de la flagrancia, su aplicación quede prohibida. Por tanto, -se repite- en todas las hipótesis en que se pretende tener derecho a la aminorante, la confesión ha de constituir la columna vertebral de la sentencia...". (C.S. de Justicia - Sala de Casación Penal-, sent. del 3 de noviembre de 1993, M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.).

De igual manera, haciendo una comparación con la norma procesal anterior, se dijo:

"...2. Pero ocurre otra cosa: ambas normas de los Códigos de Procedimiento Penal anterior y actual (Decretos 050/87 y 2700/91), empiezan la redacción de la aminorante de pena por confesión, con la frase 'a quien fuera de los casos de flagrancia' (arts. 301 y 299, respectivamente). Es decir, que, de entrada, exclúyense de la atenuante esos eventos de flagrancia.

"Y entendiendo la flagrancia como la han entendido la jurisprudencia y la doctrina, si el procesado José Oswaldo Gómez Amaya fue visto por el testigo Juan Carlos Osorio Rodríguez en el momento en que dió muerte a Ceir Ramírez Giraldo, para la Sala resulta obvia la situación de flagrancia.

"3. A lo anterior, suficiente de por sí para rechazar el cargo, agréguese que para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (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, sólo porque se confesó cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado.

"Por esta misma razón, inutilidad de la confesión, el legislador pone como exigencia para el otorgamiento de la rebaja de pena, que no se trate de 'casos de flagrancia', porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es de casi ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de ésta se le ha comunicado.

"Esta misma consideración le ha servido a la Sala para estructurar su ya conocida tesis, recordada por el Procurador Delegado, de que tampoco procede la rebaja de pena en comento, cuando se trata de una confesión calificada o cualificada, en virtud de la cual sólo se admite la autoría de la conducta, pero se niega toda responsabilidad penal aduciendo cualquier circunstancia excluyente de ésta, porque en tal caso, se ha sostenido antes y se reitera ahora, si la confesión hubiera sido fundamento de la sentencia, ésta forzosamente habría tenido que ser absolutoria. Pero si es condenatoria, ello se debe a que los encargados de administrar justicia acudieron a otros elementos de juicio que les permitieron establecer la materialidad del hecho y la responsabilidad de su autor, desechando por completo la confesión vertida. Y si esto es así, claro es que la confesión también en este caso es inútil para la investigación, y por ello no puede beneficiarse a un confesante que en vez de colaborar con la justicia, por el contrario le exigió un mayor desgaste y esfuerzo, ya que tuvo que entrar a desvirtuar todas las afirmaciones mentirosas que planteaban una circunstancia excluyente de responsabilidad, que a la postre se desestimó por inexistente.

"Mas a lo anterior estima la Sala que debe hacérsele una consideración adicional: si el Juez para proferir su condena, no podía de ninguna manera prescindir por completo de la confesión, no es posible negar que ésta sirvió de fundamento a la sentencia y que por tanto fue de decisiva utilidad para la justicia, que sin ella no habría podido condenarlo...". (C. S. de Justicia –Sala de Casación Penal–, sent. del 29 de septiembre de 1993, M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Finalmente en el artículo 38 de la Ley 81 de 1993 se conservó la misma redacción prevista en el Código de 1991, pero se disminuyó el *cuantum*

punitivo a que se hacía merecedor el confesante. Dice así la norma mencionada:

"*Reducción de pena en caso de confesión.* A quien, fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal confesare el hecho en caso de condena, se le reducirá la pena en una sexta parte".

De este breve recuento legislativo y jurisprudencial surge nítida la voluntad política del legislador de consagrar un estímulo punitivo, para aquellos procesados que hubiesen prestado una ayuda eficaz con su confesión, para efectos de establecer la responsabilidad penal y es por ello precisamente que desde aquella primera norma pionera de este tipo de rebajas era indispensable aportar la prueba de responsabilidad y tal estímulo era única y exclusivamente para el primero que la allegara y ello es bien explicable, porque establecida la responsabilidad por el aporte probatorio que hiciera el primero de ellos, ya no era menester seguir concediendo tales rebajas punitivas a los demás, puesto que el interés buscado por el Estado ya se encontraba satisfecho.

Esta clara intención política se evidencia en todas las manifestaciones legislativas de esta institución, donde siempre se ha descartado como merecedores de tal estímulo a los capturados en flagrancia, porque en relación con los mismos es evidente que el Estado para efectos de cumplir con la represión, no necesita crear tales beneficios.

Por lo tanto, establecida tal finalidad política en la institución, es imprescindible que el confesante que aspire a la rebaja debe hacer un aporte eficaz, y no se debe entender que él mismo lo es, si plantea una confesión cualificada o de cualquier manera se escuda en circunstancias que lo puedan exonerar de responsabilidad penal y que consecuentemente impongan a los funcionarios jurisdiccionales la obligación de recaudar la prueba, tendiente a demostrar la veracidad de tales circunstancias exculpatorias y se demuestre que todo fue una coartada para eludir la responsabilidad de los hechos objeto de investigación, es obvio que no hay confesión y por ende, beneficios punitivos.

En las condiciones precedentes y de conformidad con el criterio del Procurador Delegado se rechazará el cargo formulado.

El tercer cargo subsidiario presentado también al amparo de la causal primera por la supuesta violación indirecta de la ley sustancial por haberse incurrido en errores de hecho manifiestos (falsos juicios de existencia), habida consideración que el sentenciador de instancia supuso la prueba

relacionada con la liquidación de los perjuicios, pues no existe constancia de que se haya designado perito para hacer el avalúo de los perjuicios y por ello el juez no podía condenar en concreto y al hacerlo supuso una prueba inexistente, vulnerando el derecho de contradicción, por lo cual solicita se case la sentencia para que se absuelva al condenado en relación con la condena al pago de perjuicios materiales.

En relación con el tema existe una amplia reglamentación legal y es así como en el artículo 107 del C. P., dispone que de no existir base suficiente para evaluar el perjuicio por medio de perito, el juez prudencialmente podrá señalar una suma equivalente en gramos oro hasta una cuantía de cuatro mil, pero la eventualidad que se comenta se debe entender en su real dimensión, es decir, cuando no existe prueba suficiente dentro del proceso que nos indique cuál ha podido ser la magnitud del daño y su consecuente evaluación.

Por su parte en el artículo 180 del C. de P. P., señala cuáles son los requisitos que debe llenar una sentencia en el numeral 8, dispone la obligación para el sentenciador de condenar en concreto "si a ello hubiera lugar"; expresión esta última que hace relación a delitos que efectivamente hayan ocasionado un daño concreto, que el mismo pueda ser evaluado e individualizado y se pueda tomar tal determinación en beneficio de alguien en concreto.

Y de manera más específica al cuestionamiento que hace el censor el artículo 55 del C. de P. P dispone:

"En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el funcionario procederá a liquidarlos, para lo cual *podrá disponer la intervención de un perito* según la complejidad del asunto, y condenará al responsable de los daños en la sentencia..."

Lo anterior demuestra con meridiana claridad que la designación de un perito es facultativo del juez, potestad que debe utilizar de conformidad con la complejidad del asunto, lo que quiere decir que en casos en los cuales se trate por ejemplo de la apropiación ilícita de una suma determinada no será estrictamente indispensable la designación de un perito avaluador; ni tampoco en aquellas situaciones en que el apoderamiento de un bien resulte fácilmente avaluable en el mercado, como sería el caso de un automóvil; y por el contrario, cuando se trate, por ejemplo, de un hurto sobre una antigüedad o de una obra de arte, será el caso en que se hace necesario recurrir a un anticuario o a un experto en

cuestiones artísticas para que realice la correspondiente evaluación de los perjuicios.

Realmente el avalúo de los perjuicios materiales ocasionados con un homicidio es tarea matemática relativamente fácil, donde no es de estricta necesidad recurrir al auxilio de un perito, porque teniendo en cuenta la vida del occiso, su probabilidad de vida con base en las tablas de la Superintencia Bancaria sobre la vida probable de los colombianos; y a lo anterior se agrega la cuantía de las entradas económicas que tenía el occiso en el momento de su fallecimiento, será fácil el cálculo de cuáles serían los ingresos que dejaría de percibir.

En caso de tratarse de un desempleado y de una persona de cultura precaria, como parece que fuera la situación que se juzga, no erró el sentenciador al hacer tales cálculos partiendo del salario mínimo legal, y en tales condiciones considera la Sala que se trataba de uno de aquellos casos en los que no era estrictamente necesario recurrir a la designación de un perito y en tales condiciones es necesario concluir que no se ha incurrido en un falso juicio de existencia por suposición de prueba y que por tanto, el fallo no se debe casar tal como lo solicita el Procurador Primero Delegado en lo penal.

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.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / NARCOTRAFICO

No será la sola consideración de cantidad de la sustancia hallada el factor determinante que elucide competencias, en cuanto es lógicamente comprensible que la tarea de elaborar no constituye por lo general un solo acto, ni es lo corriente que se asuman riesgos de encarcelación y decomisos, ni que se inviertan considerables sumas de dinero en el montaje de laboratorios y la compra de insumos para producir apenas unos pocos gramos o una cantidad exigua de la droga, lo que permite fácilmente llegar a que el pesaje de la sustancia en secamiento no desvanece la entidad compleja de la actividad descubierta, en cuanto apunta a la elaboración de una cantidad indefinida de sustancia vedada.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 121

Proceso No. 10821

VISTOS

Dirime la Corte el conflicto de competencia trabado entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a propósito del conocimiento, en segunda instancia, del proceso penal seguido contra Javier León Duarte, Luis Guillermo Londoño y Jesús Trujillo Núñez, condenados en primera instancia por un Juzgado Regional con sede en la ciudad de Cúcuta, al proferir sentencia anticipada por infracción a la Ley 30 de 1986.

ANTECEDENTES

1. La Unidad Seccional de Fiscalías de Cúcuta practicó el 10 de marzo de 1994 diligencia de allanamiento y registro de la residencia ubicada en la calle 16 No. 6-57/61, barrio El Páramo de la misma ciudad fronteriza,

en donde encontró recipientes contentivos de carbón activado, acetona, acetato de etilio y ácido clorhídrico, todo ello considerado como propio para el procesamiento de sustancia estupefaciente, y además la cantidad de 1.982 gramos de cocaína. También decomisó un vehículo de servicio público allí estacionado, ocupó el inmueble y retuvo a *Javier León Duarte, Jesús Trujillo Núñez* y *Luis Gilberto Londoño Cardona.*

2. Adelantó la correspondiente investigación la Unidad Previa y Permanente de la Fiscalía Seccional con sede en Cúcuta, y vinculó en calidad de procesados a los tres retenidos, respecto de los cuales entraría posteriormente la Fiscalía Regional a proferir medida de aseguramiento de detención preventiva como infractores a la Ley 30 de 1986, artículo 33, inciso 1°, en calidad de coautores, según auto de marzo 18 de 1994, dentro del cual se anotó:

"A través de la diligencia de allanamiento y el acta de aprehensión, se conocen las circunstancias que rodearon los hechos que motivaron esta investigación y claramente se puede observar que lo que allí funcionaba era un laboratorio destinado para el procesamiento de alcaloides, toda vez que se hallaron variedad de implementos con vestigios de haber sido utilizados en esa actividad, sustancias precursoras, droga en proceso de secamiento y tres personas que no acertaron en razones para justificar el porqué de su estancia en aquel lugar y su relación con lo incautado." (Resalta la Sala).

3. Los procesados *Londoño* y *Trujillo* expresaron su voluntad de acogerse al mandato del artículo 3° de la Ley 81 de 1993, y para ello se dispuso la celebración de audiencia anticipada el 14 de septiembre de 1994. Respecto del sindicado *Javier León Duarte,* se celebró el 23 de los mismos mes y año, similar diligencia dentro del trámite para agotar la sentencia anticipada. En el acta de la primera diligencia se consignó que a los procesados se les hallaba:

"...responsables de infringir el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, por cuanto en el multicitado inmueble se encontraron elementos y sustancias propias para la elaboración de estupefacientes y sustancia sicotrópica en proceso de secamiento...", terminología utilizada en la sesión de audiencia que compromete al procesado *Javier León Duarte.*

4. El Juzgado Regional profirió sentencia el 19 de diciembre de 1994, destacando cómo al definir sobre la situación jurídica de los procesados, se les atribuyó el ser "...autores responsables ...por cuanto en el citado inmueble se encontraron elementos y sustancias propias para la elaboración de estupefacientes y sustancia sicotrópica en proceso de secamiento", y

bajo tales parámetros dosificó la penalidad aplicable tanto de la pena principal como la accesoria, el comiso de los objetos incautados y la entrega definitiva del automotor y el inmueble ya citados.

No impugnado el fallo, dispuso el Juzgado someterlo al grado jurisdiccional de consulta respecto de la orden de entrega definitiva de bienes y para ese fin se remitió la actuación al Tribunal Nacional.

5. Mediante pronunciamiento de mayo 8 de 1995, el aludido Tribunal se abstuvo de conocer sobre la consulta al estimar que si la cantidad de droga no alcanzaba los dos mil gramos de cocaína, la competencia para conocer en primer grado no les correspondía a los jueces regionales sino a los penales del circuito en virtud de la cláusula general de competencia. Por lo mismo, la segunda instancia debería surtirse ante el correspondiente Tribunal de Distrito donde ordenó remitir la actuación, no sin antes advertir que provocaba colisión negativa de competencia.

6. El Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Penal, cuestiona el planteamiento del remitente destacando que el hallazgo no se limitó a una cantidad más o menos considerable de sustancia estupefaciente, sino que fue el descubrimiento de un laboratorio montado para el procesamiento del alcaloide lo que llevó a inferir que la conducta imputada era la elaboración de la sustancia, considerando "Insólito" el razonamiento del Tribunal Nacional según el cual resultaría admisible

"...que al descubrirse un laboratorio con todos los instrumentos necesarios para adelantar el proceso de elaboración y secamiento, además de los insumos y precursores para la misma finalidad, por razón de encontrar un (1) gramo de estupefaciente, se le dé tratamiento interpretativo de dosis personal y en consecuencia la cantidad de droga incautada definiría una circunstancia de improcedibilidad de la acción penal, o si fuere una dosis que determina los máximos o los límites determinantes de competencia por esa sola hipótesis".

En suma, siendo del Tribunal Nacional la competencia para el conocimiento de la consulta planteada, al aceptar la colisión dispuso el Tribunal de Cúcuta la remisión del expediente a la Corte para que dirimiera el conflicto.

Consideraciones de la Corte

Es competente esta Colegiatura para resolver el conflicto suscitado entre el Tribunal Nacional y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Cúcuta, como así lo asigna el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal.

Sentado este presupuesto se advierte que no media discusión alguna en torno a la naturaleza de la conducta atribuida a los procesados, pues cada uno de los entes en conflicto reconoce que la infracción a la Ley 30 de 1986 lo fue a su artículo 33 en la modalidad de la elaboración de sustancias estupefacientes, conclusión que reposa en la incontrovertible evidencia del hallazgo en el inmueble allanado tanto de una cantidad del alcaloide apenas inferior a los dos kilos, como de la presencia de precursores y elementos aptos para su procesamiento, de modo que las disparidades surgen, se concretan y limitan a discutir sobre la cantidad del fármaco y las previsiones del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular merece destacar que en este precepto procesal asoma una manifiesta voluntad legislativa encaminada a adjudicar al conocimiento de los jueces Regionales y el Tribunal Nacional los comportamientos penalmente más relevantes y graves previstos en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, pues es de ese modo comprensible que sea a esa organización judicial a la que se hayan conferido los mejores instrumentos logísticos, de seguridad y de estímulo, cuando la que se tiene que afrontar es una delincuencia organizada, donde la desproporcionada capacidad de delinquir y luego presionar en búsqueda de impunidad demanda una respuesta más ágil, efectiva y especializada del Estado.

Dentro de este orden de ideas se comprende la adjudicación bajo el conocimiento de esa competencia especializada de las infracciones a los artículos 32 y 33 del Estatuto de Estupefacientes considerando la mayor cantidad de las sustancias, pero también en los casos de los artículos 34 "cuando se trate de laboratorios, o cuando la cantidad de droga almacenada, transportada, vendida o usada" vuelva a ser voluminosa, y en tratándose de "cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de amapola o su latex o heroína" en los supuestos de los artículos 35, 39, 43 y 44.

Lo anterior implica para casos como el presente que así se haya considerado para fines de adecuación de la conducta y fijación de la pena, que la existencia del laboratorio y la tenencia de los precursores no se sancionaría con autonomía frente al artículo 33 del Estatuto sino la sola actividad de elaboración del alcaloide, de ninguna manera podría olvidarse ni desestimarse que dentro de los presupuestos fácticos estaban comprendidas acciones contempladas en el artículo 34 ibídem expresamente asignadas a los jueces regionales, así que no será la sola consideración de cantidad de la sustancia hallada el factor determinante

que elucide competencias, en cuanto es lógicamente comprensible que la tarea de elaborar no constituye por lo general un solo acto, ni es lo corriente que se asuman riesgos de encarcelación y decomisos, ni que se inviertan considerables sumas de dinero en el montaje de laboratorios y la compra de insumos para producir apenas unos pocos gramos o una cantidad exigua de la droga, lo que permite fácilmente llegar a que el pesaje de la sustancia en secamiento no desvanece la entidad compleja de la actividad descubierta, en cuanto apunta a la elaboración de una cantidad indefinida de sustancia vedada, según se ve de la acumulación de precursores o materias aptas para una producción consecutiva.

Este, a no dudarlo, fue el lógico entendimiento de la Fiscalía Regional al asumir la dirección de la instrucción en el presente asunto, la interpretación del funcionario que sin tropiezo ni excusa adelantó en Cúcuta la etapa de la causa, y el del Magistrado del Tribunal Nacional que en contra de la inquietante interpretación de mayoría hizo salvedad de voto, cuyo razonamiento vale la pena transcribir a modo de complemento del razonamiento de la Corte:

"...si en el caso que se estudia, se precisa e imputa una conducta descrita como elaboración de cocaína, es claro que la competencia no puede ubicarse por la cantidad de droga incautada en el lugar donde se encuentre el laboratorio en el cual la droga se produce, pues ello nada significa frente al verbo *elaborar*, que fija la conducta propiamente dicha, ya que, hacerlo así significa, identificar la elaboración con la tenencia, la conservación o el almacenamiento, verbos rectores que proscriben acciones totalmente diversas a la de *elaborar*.

Si la norma se interpreta en la forma en que la mayoría lo hace, deberíamos concluir que la competencia, para juzgar los casos de elaboración de estupefacientes, que por regla general se hace en laboratorios así sean rústicos, la daría el azar y bajo ese perfil tendríamos que si en el laboratorio localizado no se encuentra cocaína, la competencia sería aquella demarcada por la posible cantidad de droga a producir. Así las cosas, tendríamos que determinarla -la competencia- en la siguiente forma: Si el laboratorio es grande, produce más de dos mil (2.000) gramos y si es chico, produce menos de dos mil (2.000) gramos, por tanto es competente el juez regional o el de circuito respectivamente; o concluir, como en el caso presente, que ya sea el laboratorio pequeño o grande, pero se incautan en él 1.982 gramos de alcaloide cocaína, la competencia será de los jueces del circuito y así sucesivamente.

Como puede verse, esto ni lo dice la ley, ni obedece a lógica alguna. La competencia en estos casos, no puede dejarse al azar y una sana interpretación de la norma impone que al encontrarse un fenómeno de fabricación o *elaboración de estupefacientes, la competencia corresponde a los jueces regionales*".

Por las razones expuestas, la competencia radica en el Tribunal Nacional donde se habrán de enviar las diligencias para que surta el trámite de la consulta, sentido en el cual se ha de dirimir el conflicto planteado.

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

RESUELVE:

Declarar que la competencia para conocer de las presentes diligencias radica en el Tribunal Nacional, al cual se ordenà la remisión del expediente, librando comunicación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta para lo pertinente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario

COLISION DE COMPETENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION / CESACION DE PROCEDIMIENTO

1. En nuestro actual sistema procesal penal la resolución de acusación determina el juez de conocimiento y también el marco fáctico y jurídico dentro del cual debe éste moverse. De allí que se le considere ley del proceso mientras conserve su vigencia.

En el curso del juicio no es posible cesar procedimiento por causales distintas de las puramente objetivas, es decir, de aquellas que implica revaloración probatoria.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta N° 122

Proceso No. 10695

Resuelve la Sala la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar y un Juzgado Regional de Barranquilla, en el proceso que por los delitos de utilización ilegal de uniformes de uso privativo de la fuerza pública, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y hurto calificado y agravado, se adelanta contra *Levys Zúñiga Angulo* y *Jesús Manuel Mora Guette.*

ANTECEDENTES

1. El 15 de julio de 1994, varios sujetos que vestían prendas de uso privativo de la fuerza pública y portaban armas de fuego, hurtaron las pertenencias de las personas que viajaban de Barranquilla a Valledupar en un bus de la Empresa *Copetrán.*

Seis días después, en diligencia de allanamiento realizada en las residencias de los procesados, se encontraron algunos de los objetos hurtados a dichos pasajeros; así como "una camisa camuflada" y "una escopeta hechiza".

2. El 12 de abril del año en curso, la Fiscalía Delegada Regional de Barranquilla profirió resolución de acusación en contra de los sindicados Levys Zúñiga Angulo y Jesús Antonio Mora Guette por los delitos de "porte ilegal de armas, hurto calificado, agravado y uso ilegal de uniforme de uso privativo de las Fuerzas Públicas (sic)", de conformidad con los artículos 1° del Decreto 3664 de 1986, 19 del Decreto 180 de 1988, 349, 350 y 351 del Código Penal (fls. 232 a 245).

3. El Juzgado Regional, a donde se remitió el expediente, mediante auto del 2 de junio pasado declaró no ser competente para conocer del proceso, porque, en su criterio, el delito de "uso ilegal de uniforme de uso privativo de la fuerza pública", que le asigna competencia, no surge del acontecer fáctico. Al respecto dijo:

"lo medular de este asunto es que '*una camisa camuflada, con una numeración ilegible parcialmente terminando con los dígitos 308*', vale decir, en muy regular estado de conservación, no constituye elemento material para enmarcarlo en el artículo 19 del Decreto 180/88.

"Cuando se habla de uniforme de la fuerza pública, sea ejército o policía, hay una representación integral de lo que esto significa, es por ello que el Decreto 180/88 describe y reprime el comportamiento, para salvaguardar la fe o confianza que los ciudadanos tienen en sus organismos armados y que estaban siendo utilizados por sujetos perturbadores del orden público para lograr éxito en sus criminales empresas; fue ésta la motivación de la expedición del mencionado Decreto 180/88.

"Una camisa camuflada en estado de deterioro de su numeración, prenda insular, no tiene capacidad de lesionar el bien jurídico que el Decreto 180/88 protege; no tiene este hecho la entidad atendible para ser conocido por esta justicia regional".

Por tanto, no admitiendo el conocimiento del proceso, propuso colisión negativa de competencias (fls. 261 y 262).

4. El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar, mediante auto del 13 de junio del presente año, se apartó del criterio del Juez Regional por las siguientes razones:

Teniendo en cuenta -dice- que la Fiscalía Regional, dentro de la competencia que la ley le otorga, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, la que quedó debidamente ejecutoriada, no le quedaba al Juez Regional alternativa distinta a la de respetarla como ley del proceso.

Por consiguiente, agrega, si el Juzgado Regional consideraba que respecto del delito de utilización ilegal de uniformes de uso privativo de

la Fuerza Pública "la conducta era atípica y adolecía de antijuridicidad", el camino correcto para así declararlo no era la colisión de competencias sino la cesación de procedimiento, lo que rompería la unidad procesal permitiendo que los demás delitos (hurto y porte ilegal de armas) pasaran al Juez del Circuito para el correspondiente juzgamiento.

En fin, concluyó que la justicia regional es la competente para conocer del proceso, por lo que remitió el expediente a esta Sala para que dirima el conflicto.

SE CONSIDERA

1. Como la colisión negativa de competencias se presentó entre un juez regional y un juez penal del circuito, de conformidad con el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal, la Corte es la llamada a dirimirla.

2. De acuerdo con el artículo 71, numeral 4°, del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9° de la Ley 81 de 1993, los jueces regionales conocen de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, por medio del cual se adoptó como legislación permanente el Decreto ley 180 de 1988. Esta disposición, en su artículo 19 contempla como hecho punible la utilización ilegal de prendas e insignias de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado.

A su vez, el inciso segundo del artículo 89 del citado Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 13 de la mencionada Ley 81, prevé que cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del juez regional y de cualquier otro funcionario judicial, el juzgamiento corresponderá al primero.

En el caso que se analiza, a los procesados se les formuló resolución de acusación por los delitos de hurto, porte ilegal de armas de defensa personal y utilización de uniformes de uso privativo de la fuerza pública, mediante providencia que se encuentra ejecutoriada.

En nuestro actual sistema procesal penal, la resolución de acusación determina el juez de conocimiento y también el marco fáctico y jurídico dentro del cual debe éste moverse. De allí que se le considere ley del proceso mientras conserve su vigencia.

Precisados estos aspectos, no queda duda que el competente para conocer de esta causa, de cara a la señalada calificación sumarial y mientras ésta se mantenga, es el juez regional de la ciudad de Barranquilla, competencia que la ley le difiere por incluir el pliego de cargos un delito que es de su conocimiento.

Ahora bien, no por disentir de la resolución de acusación puede el Juez de la causa negarse a conocer del proceso pretextando incompetencia. Esto solamente puede hacerlo cuando la discrepancia recae sobre la calificación jurídica de los hechos y la que habría de darse determina cambio de competencia, verbigracia, si la acusación contiene cargos por un delito de conocimiento de la justicia ordinaria y el Juez considera que la calificación debió hacerse por uno de competencia de la justicia especial regional, caso en el cual está obligado a proponer colisión negativa sin festinar decisiones sobre la validez de la actuación (art. 101 C. P. P.).

Por fuera de esa hipótesis, el Juez debe asumir el conocimiento del proceso, sea cual fuere la inconformidad suya con el pliego de cargos, para, en el curso del juicio, tomar la decisión que corresponda con arreglo a las soluciones que la ley procesal le ofrece, siempre y cuando no desconozca, al menos no antes de la sentencia, la valoración jurídico probatoria que la acusación contiene en relación con la materialidad del hecho y la responsabilidad del procesado, pues, de hacerlo, suplantaría al fiscal en el ejercicio de la función acusadora que, como es bien sabido, le pertenece.

Esto significa que en el curso del juicio no es posible cesar procedimiento por causales distintas de las puramente objetivas, es decir, de aquellas que implica revaloración probatoria. Por esto, resulta equivocada la afirmación del Juez del Circuito, en el sentido de que el Regional puede cesar procedimiento si considera que el delito que le da la competencia no existe.

No puede la Sala dejar de advertir, dadas las consideraciones hechas por el Juez Regional en orden a sustentar su incompetencia, que el porte de armas de que se acusa a los procesados está referido al uso que hicieron de una escopeta al cometer el hurto, no a su hallazgo días después en la residencia de uno de ellos, y que igual acontece con la camiseta que motivó los cargos por violación al artículo 19 del Decreto 180 de 1988. Además, que el tipo penal en referencia no sanciona el uso de *uniformes* como parece entenderlo el Juez Regional, sino el uso de *prendas*, y por prenda debe entenderse cualquiera de las piezas que componen el vestuario militar.

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

RESUELVE:

1. *Declarar* que la competencia para conocer de este proceso corresponde a la justicia regional. Por tanto, remítase el proceso al juzgado de Barranquilla e infórmese de esta decisión al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Valledupar.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

APERTURA DE INVESTIGACION

Nuestro estatuto procesal penal establece dos mecanismos a través de los cuales, válidamente, puede darse a conocer la noticia criminis *a la administración de justicia para que se ponga en movimiento; en primer lugar, por medio de denuncia que cualquier persona formule de la comisión del hecho punible, perseguible de oficio, del que tenga conocimiento; y, en último lugar, oficiosamente, cuando, por razón de sus funciones, el empleado oficial llega a conocer de la perpetración de hecho punible que transmite, a su vez, al funcionario competente para los fines consiguientes.*

Atendiendo lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) que hace remisión, en materia penal y disciplinaria, a lo preceptuado por el artículo 27-1 de la Ley 24 de 1992, en lo que toca a que no se admitirán quejas que sean anónimas o que carezcan de fundamento, no existiendo imputación concreta que averiguar, debe la Corte rechazar la denuncia presentada.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 123

Proceso No. 10608

Decide la Corte sobre la idoneidad de la denuncia presentada para iniciar o no investigación sumarial contra *Enrique Caballero Aduén*, actual Senador de la República.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

En escrito firmado por quien se presenta como *Trino Luna Correa*, se reprocha que *Enrique Caballero Aduén* tenga en la actualidad curul de Senador de la República, en representación de la Costa Atlántica, siendo que hace parte de una organización dedicada al narcotráfico como aparece registrado en el libro titulado "Los Jinetes de la Cocaína", motivo por el

cual debe ser investigado por los delitos de Enriquecimiento Ilícito, Violación a la Ley 30, lavado de dólares y narcotráfico.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde, por disposición constitucional (art. 235), la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, por cualquier hecho punible, siempre que tenga relación con sus funciones o que, no teniéndolas, conserve su investidura. Esto hace que la Corporación sea competente para investigar y juzgar al actual Senador de la República, *Enrique Caballero Aduén*.

2. Nuestro estatuto procesal penal establece dos mecanismos a través de los cuales, válidamente, puede darse a conocer la *notitia criminis* a la administración de justicia para que se ponga en movimiento; en primer lugar, por medio de denuncia que cualquier persona formule de la comisión del hecho punible, perseguible de oficio, del que tenga conocimiento; y, en último lugar, oficiosamente, cuando, por razón de sus funciones, el empleado oficial llega a conocer de la perpetración de hecho punible que trasmite, a su vez, al funcionario competente para los fines consiguientes.

En el presente caso la Corporación se encuentra ante un escrito que tiene todos los perfiles de ser anónimo, pues aparte de que en el mismo no se registra ningún dato que permita la ubicación del autor para efectos de que hiciera concreción de cargos, ocultamiento que le permitía no adquirir la responsabilidad que comporta ser denunciante, también se advierte que la Registraduría Nacional del Estado Civil señala como número del documento de identidad del suscriptor uno diferente al que indicara en su libelo, quedando así definitivamente en la penumbra.

Además de esto, que de suyo resta toda seriedad a las afirmaciones que en el citado escrito se hacen, no hay formulación de cargo de alguna especie contra el congresista, pues el etiquetamiento que se le hace de ser "narcotraficante" supone la realización de actividades de esa índole, pero en respaldo de tal aserto ni siquiera se hace la enunciación de hechos que, ubicados en tiempo y espacio determinados, conlleven a la inferencia de que realmente existe la posibilidad de infracción a la ley penal de esa naturaleza.

La mención que se hace del libro denominado "Los Jinetes de la Cocaína" del cual tomó referencias para deducir que hay indicios que sitúan al Senador dedicado a ese tipo de comportamientos, por su abstracción y vaguedad hace imposible que se levante cualquier labor de investigación,

pues siendo lo abstracto contrario a lo concreto, su objetivo siempre quedaría en el vacío.

Siendo ello así, atendiendo lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) que hace remisión, en materia penal y disciplinaria, a lo preceptuado por el artículo 27-1 de la Ley 24 de 1992, en lo que toca a que no se admitirán quejas que sean anónimas o que carezcan de fundamento, no existiendo imputación concreta que averiguar, debe la Corte rechazar la denuncia presentada.

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

RESUELVE:

Rechazar la denuncia presentada contra *Enrique Caballero Aduén*, por las razones puntualizadas en la parte motiva. En firme, *archívese.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

ACUMULACION / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / AUDIENCIA ESPECIAL

El hecho de que el acta en que la fiscalía formula cargos y el procesado los admite haya sido asimilada a la resolución acusatoria, de ninguna manera subsana el vacío procesal de la etapa enjuiciatoria. Aquella equivalencia, evidentemente producirá los efectos procesales que surgen de una providencia calificatoria con respecto a los diversos fenómenos jurídicos que dependen de esa decisión, por ejemplo, como parámetro que delimita la sentencia, o para efectos de la prescripción, pero como elemento que pertenece a la etapa instructiva, no se erige en sustituto de la causa.

De esta manera, resulta manifiesta la imposibilidad de acumular un proceso normal que se encuentra en la etapa de la causa con un proceso adelantado bajo los señalados trámites especiales, porque procesalmente hablando, en éstos últimos no existe una causa y, entonces, el objeto de la acumulación desaparece.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 123

Proceso No. 10832

VISTOS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada Paulina Avila Pinto, contra el auto del pasado 14 de junio, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, denegó la acumulación de esta causa a otra que se adelanta contra la misma procesada.

ANTECEDENTES

Las Fiscalías Primera y Segunda ante el Tribunal Superior de Valledupar adelantaban investigación penal contra la doctora Paulina Avila Pinto, por los hechos que tales despachos describieron así:

"Desde el año de 1992 la titular del Juzgado Promiscuo del Circuito en Chiriguaná, doctora Paulina Avila Pinto, venía ordenando la cancelación de títulos de depósitos judiciales pertenecientes a procesos llevados en el juzgado a personas diferentes a las partes en aquellos negocios donde fueron constituidos, dirigiendo a la Caja Agraria de la localidad oficios firmados por ella y la secretaria Regina Quiroz Peinado en los que ordenaba tales cancelaciones".

Ante la solicitud que presentó la procesada para acogerse a la sentencia anticipada, el 11 de mayo de 1995, las Fiscalías instructoras elaboraron un acta en la que consignaron los cargos que contra ella formulaban, como autora de los delitos de peculado por apropiación, enriquecimiento ilícito, falsedad ideológica en documento público, agravada por el uso, falsedad en documento privado, con las agravantes genéricas contempladas en los numerales 7 y 11 del artículo 66 del Código Penal. Imputaciones respecto de las cuales la procesada manifestó su asentimiento, como consta en el acta mencionada.

En consecuencia, la actuación adelantada contra la doctora Avila Pinto se separó de la correspondiente a los restantes procesados, para enviarla al Tribunal Superior de Valledupar con el fin de que se profiera la sentencia respectiva.

Una vez en dicha Corporación, se repartió el asunto al Magistrado Alfredo Ariza, quien fue enterado por el secretario que contra la doctora Paulina Avila Pinto cursó otro proceso por el delito de prevaricato por omisión, en el cual fue condenada a la pena de 18 meses de prisión, mediante sentencia del 19 de abril de 1995 que ya está ejecutoriada. Y que, por otra parte, se halla en trámite otro proceso, por el delito de prevaricato por acción, del cual fue denunciante David Mora Alvarez, repartido al Magistrado Ramiro Alfredo Larrazábal y en el cual se encontraba surtiéndose el traslado de treinta días, para la preparación de las partes para la audiencia pública.

El 2 de junio del año en curso, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 91 del C. de P.P., el defensor de la implicada solicitó al Magistrado Ariza Padilla que decretara la acumulación de esta causa con la que presidía el Magistrado Larrazábal.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, por decisión mayoritaria, denegó la acumulación de las causas en las que figura como procesada la doctora Paulina Avila Pinto. Los fundamentos de la determinación son los que a continuación se resumen.

La solicitud de sentencia anticipada, durante la investigación, tiene como consecuencia jurídica la renuncia del implicado al proceso de juzgamiento.

El requisito de ejecutoria de las Resoluciones de Acusación proferidas en los procesos en vía de acumulación, no se cumple respecto del proceso en que se ha solicitado sentencia anticipada durante la instrucción, haciéndolo ajeno a la procedencia de la acumulación.

La eventual aparición de incidentes que podrían provocar la nulidad de la actuación relacionada con la formulación de cargos y aceptación de la responsabilidad, daría al traste con los efectos propios de la acumulación.

La acumulación de procesos de terminación abreviada a los tramitados en forma común, atenta contra la celeridad que el legislador desea para los primeros, los cuales quedan suspendidos hasta cuando se cumpla con toda la etapa del juicio del proceso ordinario.

No es válido el argumento de que se evita la acumulación material de sanciones, por cuanto ésta no concurre gracias a la figura de la acumulación jurídica de penas.

El salvamento de voto se apoya en que la acumulación de procesos evita el desgaste de la administración de justicia, se evitaría la acumulación matemática de penas. A ello, el Magistrado inconforme agrega que en el trámite de la audiencia anticipada no existe providencia ejecutoriada, pero el acta levantada cumple la misma función que la resolución acusatoria, por lo que ambos procesos se encuentran en la etapa del juicio y admiten la acumulación.

LA IMPUGNACIÓN

Para sustentar la apelación del auto que denegó la acumulación de procesos, con la aspiración de que la Sala lo revoque, el defensor de la doctora Avila Pinto manifiesta que por disposición del numeral 2 del artículo 37B del C. de P.P., el acta que contiene los cargos aceptados por el procesado es equivalente a la resolución de acusación, esto es, que aunque en su forma son distintos, tienen el mismo valor; y su diferencia es aparente, en cuanto tienen las mismas implicaciones y efectos procesales, pues los

dos incluyen el pliego de cargos con el que culmina la etapa instructiva y se inicia la de juzgamiento y ambos son el soporte de la sentencia condenatoria. De ahí que la acumulación sea viable, por cuanto ésta solo es procedente a partir de la ejecutoria del auto enjuiciatorio.

La firma del acta por todos los intervinientes le hace adquirir la misma firmeza de la resolución acusatoria ejecutoriada, tanto que no admite recurso alguno, al igual que una providencia ejecutoriada.

El legislador, antes que consagrar diferencias para los efectos procesales entre la Resolución de acusación y los acuerdos de los artículos 37 y 37A del estatuto procesal, consignó su equivalencia; y donde la ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete.

El fin primordial de la acumulación, que es la economía procesal, se logra cuando ella recae sobre procesos ordinarios, sobre procesos abreviados o sobre procesos híbridos (ordinarios y abreviados).

La acumulación procesal puede resultar más favorable al procesado en lo atinente a la dosificación de la pena.

LA SALA CONSIDERA

El fenómeno jurídico de la acumulación, conviene recordarlo, está instituido para reunir en una sola actuación dos causas, por ello el presupuesto de su viabilidad es la ejecutoria de la resolución de acusación.

Ahora bien, siguiendo principios eminentemente lógicos, es de admitir que sólo se pueden acumular elementos homogéneos; presupuesto que se cumplía enteramente bajo la vigencia del decreto 401 de 1936, cuando todos los procesos adelantados ante la jurisdicción penal ordinaria se rituaban con las mismas formalidades preestablecidas legalmente.

No obstante, esa uniformidad procedimental se vio alterada por las legislaciones posteriores, especialmente por el Decreto 2700 de 1991, hoy modificado por la ley 81 de 1993, en cuanto introdujo instituciones de las cuales carecía el proceso penal y que permiten su terminación anticipada, sin que en realidad se cumpla la etapa de la causa o de enjuiciamiento, pues sin haber terminado la etapa instructiva o aun, apenas concluida, se salta directamente a la sentencia.

Y, el hecho de que el acta en que la fiscalía formula cargos y el procesado los admite haya sido asimilada a la resolución acusatoria, de ninguna manera subsana el vacío procesal de la etapa enjuiciatoria. Aquella equivalencia, evidentemente producirá los efectos procesales que surgen de una providencia calificatoria con respecto a los diversos fenómenos

jurídicos que dependen de esa decisión, por ejemplo, como parámetro que delimita la sentencia, o para efectos de la prescripción, pero como elemento que pertenece a la etapa instructiva, no se erige en sustituto de la causa.

De esta manera, resulta manifiesta la imposibilidad de acumular un proceso normal que se encuentra en la etapa de la causa con un proceso adelantado bajo los señalados trámites especiales, porque procesalmente hablando en éstos últimos no existe una causa y, entonces, el objeto de la acumulación desaparece.

Ahora bien, este postulado adquiere plena validez al observar que el propio legislador consideró que estos procedimientos especiales deben seguir un curso individual, al establecer para ellos la ruptura de la unidad procesal (Ley 81 de 1993, art. 5o., num. 3o.).

Por otra parte, obsérvese que resulta imposible unificar la ritualidad del proceso que sigue las formas tradicionales con el que culmina con sentencia anticipada o por solicitud de audiencia especial, puesto que en éste cambia el régimen de participación de los sujetos procesales. Es así como el interés para recurrir sufre limitaciones; la parte civil no queda ligada a la sentencia que se dicte; y de ninguna manera la decisión puede resolver lo pertinente con el tercero civilmente responsable (Ley 81 de 1993, art. 5o., nums. 4o y 5o.).

Esa diversidad de ritos para uno y otro proceso haría que en caso de acumularlos se traicionara uno de los objetivos de la acumulación, cual es el de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, porque el juez se vería obligado a aplicar procedimientos diferentes en la misma actuación, lo que entrabaría, dificultaría y demoraría la tramitación simultánea de los asuntos.

Por lo demás, la finalidad trascendental que en el pasado imponía la acumulación era superar la suma aritmética de penas, pero ese derrotero perdió sentido con la creación de la acumulación jurídica de penas, por lo que por este aspecto no es válido pregonar una favorabilidad para el procesado.

En estas condiciones, le asiste razón a la Sala mayoritaria del Tribunal Superior de Valledupar cuando denegó la acumulación de procesos solicitada por el defensor de la implicada y, en consecuencia, se confirmará.

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

RESUELVE:

Confirmar el auto del pasado 14 de junio, por medio del cual el Tribunal Superior de Valledupar denegó la acumulación de dos procesos adelantados contra la doctora Paulina Avila Pinto, en su condición de Juez Promiscuo del Circuito de Chiriguaná.

Cúmplase y devuélvase a la oficina de origen.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DEFENSA TECNICA / NULIDAD

El principio de la convalidación de los actos procesales irregulares tienen limitantes en las garantías constitucionales, y muy particularmente en el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No. 123

Proceso No. 9016

VISTOS

El defensor del procesado *Fernán Oswaldo Escobar Ossa,* recurrió en casación en contra de la sentencia de condena proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín mediante la cual le impartió confirmación al fallo que en contra del citado procesado y de Libardo Elías Mejía Castañeda emitió en primera instancia el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esa ciudad condenándoles a la pena principal de 18 años de prisión como coautores de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y porte ilegal de armas de defensa personal, las penas accesorias de ley y el resarcimiento de los perjuicios morales y materiales causados con la infracción.

Decidirá la Corte lo que en derecho corresponda.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En la tarde del 14 de marzo de 1992 en las instalaciones de la escuela Aures del Barrio Robledo de la ciudad de Medellín, se encontraba el señor José María Osorio Usuga en compañía de varios trabajadores dedicados a liquidar los dineros que ese día habían recogido, producto del cobro por el servicio de celaduría que prestaban en el sector. De improviso hicieron su ingreso en el lugar dos individuos que amenazando a los presentes con armas de fuego dispararon repetidamente en contra de Osorio causándole

la muerte de manera inmediata. Consumada esta agresión, despojaron a la víctima del dinero que portaba y su reloj de pulso, y a otros de los presentes de algunas de sus pertenencias, para emprender de allí la huida.

2. Con fundamento en las diligencias preliminares evacuadas por el Juzgado 74 de Instrucción Criminal de Medellín y el informe del Cuerpo Técnico de Policía Judicial sobre identificación de los autores del asalto, inició el Juzgado 44 de la misma especialidad y sede de la investigación, sometiendo a *Fernán Oswaldo Escobar Ossa* a reconocimiento en fila de personas ante los testigos Gerardo Antonio Gómez Castaño, Jorge Alirio Urrego David, María Dinora Hidalgo Henao y Luis Alfonso Urrego David, quienes lo señalaron como uno de los causantes de la muerte de Osorio Usuga.

Escuchado en indagatoria, la situación jurídica del imputado se resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautor de los delitos de homicidio, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, al tiempo que se ordenó el emplazamiento de Elías Mejía Castañeda a quien mejor se conocía con el nombre de "Guri Guri".

Posteriormente las diligencias pasaron al Fiscal Séptimo de la Unidad Especializada de Vida número cuatro, quien formalmente declaró la ausencia de Libardo Elías Mejía Castañeda, y mediante proveído del 3 de agosto de 1992 le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento, ordenando la activación de su captura. Practicadas nuevas diligencias el proceso pasó a la Fiscalía Cuarta Delegada de la Unidad Tercera de Vida despacho que dispuso el cierre de la investigación y entró a calificar su mérito mediante resolución de acusación adversa a los acusados por los delitos antes indicados.

3. Conoció de la causa el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, ordenando y practicando algunas diligencias, para luego de concluir la diligencia de audiencia emitir el fallo de condena de resultados conocidos, determinación motivo de apelación y ratificación por parte del Tribunal que se limitó a reducir la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas al límite legal de diez años, providencia esta última que la defensa impugna en casación.

La demanda

Acogiendo la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia por la vía de la violación indirecta de la ley, alegando la ocurrencia de errores de hecho.

Para fundamentar *el primer reproche* dice el casacionista que el Juzgado de Primera Instancia tomó de los testimonios recaudados exclusivamente aquello que podía desfavorecer a los implicados, dejando de lado las contradicciones surgidas de los mismos, manifestando su extrañeza por la forma como la compañera del occiso depuso ante los investigadores y el hecho de que algunos de los testigos hubieran desaparecido. Agrega que de no haber existido un acuerdo previo entre los declarantes Gerardo Antonio Gómez y Alfonso David Orrego a folios 13 y 14, sus exposiciones no hubieran llegado a coincidir con las de María Dinora Hidalgo o María Giraldo Henao.

Se refiere con ello al dicho de Ana Rosmira David Rueda señalando que esta deponente en su declaración del 14 de marzo de 1992 dijo que por haber sido obligada a arrojarse al piso, no había tenido la oportunidad de observar a las personas que materializaron la agresión. Sin embargo, el 27 de abril siguiente cambió la versión para decir que vio cuando Jonatan disparó e instantes luego el apodado "Guri Guri" hizo otro tanto.

La misma inconsistencia le reprocha a la declaración de María Giraldo Henao, que en su primera versión donde ni siquiera se identificó adujo no haber alcanzado a ver lo sucedido gracias a que permaneció en el piso boca abajo por espacio de cinco minutos; pero en la nueva intervención del 27 de abril ya dijo que se llamaba María Dinora Hidalgo Henao y que había visto a Jonatan y a Guri Guri en el sitio y en dos oportunidades, la primera desarmados, y luego cuando se contaba el dinero portándolas para amenazar a los presentes y ejecutar el hecho, dando por toda explicación sobre su cambio de nombre la de haber recibido amenazas.

De la declaración de María Berenice Sánchez del 17 de marzo de 1992 resalta su coincidencia con la primera de las anteriormente nombradas y su explicación sobre el conocimiento de los hechos a través de un sujeto llamado Honorio, aclarando que su marido nunca comentó que tuviera enemigos. Pero en su ampliación del mes de abril ya dijo que se había enterado por un tal "Don Luis" sin otros datos, y que por las personas presenciales de los hechos sabía de la inculpación a Jonatan y a Guri Guri, enemigos de su esposo porque días antes del asalto los había despedido.

Por su parte Alfonso David Orrego, socio del occiso, dijo que al momento del asalto se encontraba en Campo Valdés, y que luego llegó hasta el sitio alcanzando a ver en estado agónico a José María. Así mismo, que oyó de algunos de los allí presentes cuando señalaban a Jonatan y a Guri Guri como los causantes de los disparos y de la muerte de su amigo, con la finalidad de apoderarse del negocio que tenía con José María.

El censor extiende su crítica a los dichos de Gerardo Antonio Gómez y Jorge Alirio Duque -folios 14 y 16- por su similitud con la versión rendida por Alfonso David Urrego, y sobre la declaración de Luz Helena Hidalgo Henao, hermana de María Dinora, resalta que pese a su advertencia de no haber tenido conocimiento de lo sucedido, al folio 180 la hermana hubiera manifestado que en ese sentido le recomendó que declarara.

También encuentra ilógico que de acuerdo con el dicho del procesado éste se hubiera presentado durante el levantamiento del cadáver sin que se le hubiera reconocido como uno de los autores del hecho, y el que se hubiera ignorado la prueba de balística, porque con ella se demostraba que el arma decomisada a *Escobar* no había sido el instrumento homicida, discrepando aun con las apreciaciones del *a quo* al considerar como indicios su adiestramiento en el Ejército Nacional para el manejo de las armas, su actitud asumida en las diligencias de reconocimiento en fila de personas y hasta la huida del coprocesado.

Agrega que las pruebas no fueron apreciadas en su totalidad ni en conjunto, y que a los testimonios obrantes se les dio un valor de plena prueba del cual carecían, agregando, sin llegar a precisarlos, que otros medios no fueron apreciados, pero sí unos indicios en contra del inculpado que no tenían esa calidad.

Con cita de los artículos 248 del Decreto 050 de 1987 sobre la trascendencia de la duda, del 246 del actual Código de Procedimiento Penal sobre la necesidad de la prueba y los artículos 247 y 254 *ibidem* relativos a la prueba para condenar y su apreciación alega su desconocimiento como consecuencia del error de hecho planteado, solicitando que se case la sentencia para que en su lugar se absuelva a los coacusados.

El segundo cargo se propone de nuevo dentro del error de hecho por errada apreciación de la prueba testimonial, pues de acuerdo con lo manifestado por algunos deponentes que en la demanda no precisa, se sostiene que el móvil no fue el hurto como lo dice la sentencia, sino el quitarle al occiso el servicio de celaduría tal como lo reconociera el *a quo* a folios 278 y 279, cuando dijo que "este hecho, a no dudarlo, creó en aquéllos un sentimiento de venganza contra su ex empleador...".

Como el homicidio de José María no se llevó a cabo o planeó con el propósito de hurtarle, no se debieron aplicar en su contra las agravantes previstas en los artículos 324 numeral 2° y 372.1 del Código Penal, pues como lo sostuvo el fallador:

"... la Sala, basada en tesis planteada por el también magistrado de este Tribunal, doctor Pinilla C., en providencia del 31 de julio de 1991 considera

inaplicable para eventos como el que nos ocupa la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 372, 1°, ante el advenimiento de la Ley 23 de 1991, que degrada a contravención, entre otros, los hurtos simples en cuantía inferior a 10 salarios mínimos...".

Sobre estas razones se promueve que al proferir el fallo la Corte reconozca que se incurrió "en error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial recogida en el expediente y por lo tanto la cuantificación objetiva de la eventual condena tendría que ser muy diferente", conclusión que apoya en cita de los artículos 246, 247 y 254 del Código de Procedimiento Penal que infiere vulnerados, solicitando la casación de la sentencia para que al revocar el fallo en su lugar se dicte aquel que corresponda con la calificación y cuantificación de pena, consecuente con los delitos demostrados.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, el escrito de demanda acusa múltiples fallas que impiden abordar y atender las pretensiones de quien lo suscribe. Es así como a pesar de formularse el ataque por error de hecho, se omite precisar cuál es el falso juicio que afecta a la sentencia, su naturaleza y magnitud, así como su trascendencia en el fallo impugnado.

De lo expuesto por el libelista en el primer cargo agrega, parecería evidenciarse una supuesta tergiversación de las pruebas testimonial, pericial e indiciaria; pero luego con la argumentación utilizada esa sugerencia se desborda para desviarse hacia el error de derecho por falso juicio de convicción.

Las críticas personales que se formulan a la sentencia no sirven para derrumbarla, y mucho menos conducen al señalamiento del error por falso juicio de identidad esgrimido, como sucede cuando se señala que los juzgadores apreciaron parcialmente los dichos de los deponentes y tomaron solamente aquello que podría perjudicar a los implicados o cuando critica a algunos de los testigos porque se contradijeron.

Otro tanto sostiene la Delegada respecto de las aseveraciones del casacionista por calificar de ilógico que después de la ocurrencia de los hechos Jonatan se hubiera hecho presente en el sitio, sin que el socio del occiso o el resto de los trabajadores lo hubieran señalado como uno de los homicidas, ni que los declarantes para darle fuerza a su versión les hubieran endilgado a los sindicados la muerte de otro celador, delito que apenas imaginaban. Mucho menos porque algunos de los declarantes

hubieran desaparecido de manera misteriosa, o porque María Dinora Hidalgo hubiera aconsejado a su hermana la manera como debía atestiguar, porque todas esas observaciones tienen que ver con errores de derecho por falso juicio de convicción, yerros que de acuerdo con el artículo 259 del Código de Procedimiento Penal de ninguna manera tienen cabida en esta sede ante la ausencia de una tarifa legal.

El error invocado no podía demostrarse cuestionando simplemente los testimonios de María Dinora Hidalgo, Gerardo Antonio Gómez y Alfonso David Urrego a quienes se atribuye un acuerdo previo, o con relación a las manifestaciones diversas que hicieran en sus exposiciones, porque si bien es cierto los declarantes hicieron afirmaciones distintas, ellas estaban perfectamente justificadas como lo entendió el *ad quem* al sostener que:

"Debido a la frialdad de ánimo con que actuaron los facinerosos y a las amenazas que recibieron los testigos presenciales del episodio ante la funcionaria que realizó el levantamiento del cadáver, dijeron desconocer la identidad de sus autores. Sin embargo ...muchas de las personas presenciales le revelaron a don Alfonso David Urrego que los coejecutores del homicidio y hurto descritos habían sido los antiguos servidores, *Jonatan* y *Guri Guri*...".

"Ana Rosmira David Rueda y María Dinora Giraldo Henao, quienes en el Juzgado 64 de Inscriminal, que realizó el levantamiento judicial del cadáver, habían guardado completo hermetismo, en relación con los autores del repudiable crimen, en sus nuevas intervenciones de fs. 16 f., 18 vto. y 177 f., no sin antes explicar el motivo de sus reticencias para revelar la identidad de los asaltantes: ...".

En consecuencia, el fallo sí tuvo en cuenta las diferencias en los testimonios recepcionados, y además se basó en todos y cada uno de los medios de prueba aportados. Al censor no le era dable para refutar los razonamientos de los juzgadores argumentar que los testimonios eran contradictorios o incoherentes, ya que las apreciaciones de los falladores cuentan con la doble presunción de acierto y de legalidad.

Una inconsistencia más se da por parte del casacionista, a juicio de la Delegada, cuando afirma que se ignoró el resultado de balística el cual permitía demostrar que del arma decomisada a *Escobar* no salieron los proyectiles que segaron la vida de José María Osorio -falso juicio de existencia-: pues el *a quo* en su determinación, que con la de segunda instancia conforma una unidad jurídica inescindible, dijo:

"El dictamen de balística no desvirtúa la prueba aportada, ya que uno de los proyectiles no se pudo examinar por las deformaciones y el otro no

coincide con las armas decomisadas después de los hechos, pero tampoco hay certeza de que esas mismas armas empleadas en el homicidio fuesen las decomisadas, añadiendo además que el tipo de arma que tenía en sus manos Libardo Elías, era diferente de las decomisadas".

Para el Ministerio Público el casacionista persiste en el error cuando asegura que si las pruebas hubieran sido apreciadas en su totalidad y de conjunto, la conclusión hubiera sido la absolución del acusado, porque con ello involucra nuevamente los dos tipos del error: el de derecho y el de hecho, lo que constituye un atentado en contra de las reglas del recurso extraordinario, ya que en tal evento cada proposición y fundamento debió hacerse en capítulo separado, máxime cuando su inconformidad estaba referida al juicio de valor realizada por el juzgador, como sucede al afirmar: "Tampoco comparte la defensa la apreciación del *a quo* de tomar como indicios en contra del inculpado los siguientes hechos...".

Las imprecisas afirmaciones utilizadas por el libelista no le sirven para fundar su inconformidad por oponerse al principio de limitación que rige este recurso, según el cual el Tribunal de Casación no puede tomar en cuenta causales no invocadas por las partes, resultando insuficiente la sola enunciación de las disposiciones de los artículos 248, 246, 247 y 254 del Código de Procedimiento Penal para demostrar el tipo de error de hecho enunciado, defectos todos que en sentir de la Delegada hacen el cargo impróspero.

En el segundo reproche la Delegada encuentra que el libelista desatiende la mínima exigencia técnica que rige el recurso, demostrando una grave confusión conceptual. Enmarcada la censura bajo el error de hecho en relación con la prueba testimonial, en lugar de demostrar cuál fue la ignorada, supuesta o tergiversada, el casacionista se dedica a extractar lo que algunos doctrinantes han propuesto respecto de la conexidad simple e ideológica para terminar cuestionando la calificación dada a los hechos; al tiempo que sostiene que no se demostró la circunstancia de agravación del numeral 2º del artículo 324 del Código Penal, por cuanto el homicidio no se perpetró con el ánimo de robar a la víctima.

Una propuesta en tal sentido debió formularse por la vía de la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de la agravante; pero la simple mención a nada puede conducir, y mucho menos a desvirtuar el concurso de hechos punibles; ya que como lo indicó el Tribunal:

"Conforme al acervo probatorio obrante en autos, los procesados a quienes apodan Guri Guri y Jonatan portaban revólver y trabuco respectivamente, armas con las que procedieron a terminar con la vida del

celador, luego de lo cual tomaron el dinero producto de la vigilancia que el occiso junto con sus trabajadores ejercían por el lugar, hechos que llevaron a la condena por el concurso heterogéneo de los delitos de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, homicidio agravado y hurto agravado y calificado".

La pretensión del recurrente en consecuencia no es otra que la de desconocer hechos debidamente acreditados dentro del proceso, como el hurto del dinero, olvidando también que a voces del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, este cargo tenía que proponerlo de manera subsidiaria, en consideración a que en el primero había pregonado la absoluta inocencia del procesado, lo que resulta incompatible con el propósito de modificar una condena sólo para excluir unas circunstancias de agravación previstas en los artículos 324.2 y 372 del Código Penal.

Por falta de técnica y de razón, la Delegada considera que el cargo no debe prosperar, y así le solicita a la Corte lo declare.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como fácil podrá verse, distan de ser gratuitos o intrascendentes los reparos que la Delegada hace al escrito de demanda en cada uno de los cargos que formula contra el fallo de segunda instancia:

En el cargo primero que el casacionista enuncia dentro de la violación indirecta de la ley sustancial, pese a acusar la presencia de errores de hecho, el escrito nunca llega a precisar si ellos se dieron por falsos juicios de existencia por omisión o suposición de pruebas o por falso juicio de identidad, tal vez porque se haya deformado alguno de los medios en su contenido material, y pese a que al referirse por separado a las pruebas testimoniales, técnicas e indiciarias, de algún modo pretende concretarlos, es lo cierto que a la postre siempre se deriva en críticas subjetivas relacionadas con la valoración judicial dada a esos medios, lo que por nuevo motivo hace improcedente la censura, pues si se pretendía criticar por el casacionista la estimación que el juzgador hizo para sentar sus conclusiones, se olvidó que en el procedimiento penal no se ha asumido una tarifa probatoria de la cual se hubiese distanciado en sus apreciaciones.

Así sucede que cuando la crítica apunta a la prueba de testigos, el libelo asegura que tan sólo se asumieron las versiones que perjudicaban a los acusados, dejando de soslayo aquellas que les favorecían. De haber sido ese reparo cierto, la acusación tendría que ver con falsos juicios de existencia en cuya demostración habría tenido que indicar el impugnante cuáles fueron los medios inadvertidos o gratuitamente desechados, y de qué

manera su contenido incidía para que el fallo de condena variase a uno de absolución.

Muy a distancia de cumplir este requerimiento, cuanto hizo el libelista fue reconocer que unos mismos declarantes habían comparecido por dos veces al proceso, recogiendo en la segunda sus dichos iniciales para afirmar que sí habían visto a los autores del asalto y les habían reconocido. Sobre este presupuesto los reparos se concretan en sostener que por contradictorios y aparentemente preparados, el juzgador no debió tener aquellos dichos como prueba incriminatoria, pero al hacerlo no solamente se abandona el ataque que se tenía anunciado, sino que al tiempo se coloca la fundamentación como una crítica de instancia, desconociendo que el legislador le daba al juez una amplia facultad para analizar y sopesar las pruebas, y que en cumplimiento de esa obligación fundó debidamente el fallo las razones por las cuales se les creía a esos declarantes, resaltando dentro de una labor lógica y crítica no desentidida de las especiales circunstancias de la época y el lugar de los sucesos, que los homicidas habían actuado con frialdad de ánimo y actitud particularmente agresiva y amenazante que necesariamente tenía que impactar y atemorizar a los testigos presenciales, lo que se deja ver en el siguiente aparte de la providencia criticada donde se hace mérito de la impresión captada por los declarantes -folio 285-:

"En efecto, comparecieron Gerardo Antonio Gómez Castaño (fs. 14 f.), Jorge Alirio Urrego Usuga (fs. 15 vto.), Ana Rosmira David Rueda (fs. 18 v.) y María Dinora Hidalgo Henao (fs. 16 v. y 177 f). Todos ellos al unísono acusaron a 'Jonatan' y 'Guri Guri' como coautores del triple punible, pues al momento del mismo, hacían compañía al hoy occiso y esperaban la cancelación de sus respectivos salarios, cuando fueron sorprendidos por aquéllos.

Explicó el primero que siendo aproximadamente las dos y media de la tarde de la fatídica fecha, cuando todos ocupaban el segundo piso de la edificación destinada a escuela y le entregaban el dinero recolectado al patrono, súbitamente esgrimiendo armas de fuego, ingresaron al recinto *Jonatan* y *Guri Guri*, lanzando amenazas de muerte, hicieron tirar a los presentes al piso para luego disparar contra José María y cuando yacía agonizante, procedieron a despojarlo del dinero y de su reloj de pulso. Añadió que los agresores habían trabajado con ellos en el mismo oficio y fueron retirados de la empresa por habérseles sindicado de la muerte de "Héctor", otro compañero. Más adelante precisa: ... "Jonatan tenía el revólver y Guri Guri tenía el trabuco, entonces primero le disparó a José Guri Guri con el trabuco y Jonatan lo remató con el revólver disparándole todas las balas..." (fls. 14 y ss.), ya lo resaltó el Ministerio Público en

evocaciones que la Sala hace suyas, que los primeros en reconocer sus rectificaciones habían sido los propios testigos, mediante explicaciones atendibles por su coincidencia no solamente con el impacto que generaba la sorpresa y especial violencia de los hechos como las amenazas de los ejecutores, lo que las hacía satisfactorias pero además llevaba a una coincidencia cabal con las versiones que circularon tímidamente desde un comienzo entre los presenciales de la ofensa, y las versiones juradas y reconocimientos obtenidos.

Tampoco se ofrece afortunada la censura cuando el actor la enfila a sugerir un falso juicio de existencia porque los juzgadores no apreciaron el dictamen de balística, ya que de haberlo hecho, la intervención del acusado se habría descartado lo mismo que se descartó su arma como la utilizada en el ataque.

Para darle respuesta a este cargo bastaría con remitir la atención a los fragmentos que del fallo del *a quo* reprodujo la Procuraduría, porque con ellos se demuestra que el juzgador sí percibió y destacó la presencia de la experticia, y más que hacerlo, la asumió y analizó, sólo que en conjunto como correspondía y no exclusivamente frente a la exculpación del procesado. De ese análisis no podía estar ajena la necropsia, y así precisamente se resaltó que si en ella no se lograron rescatar proyectiles en su integridad útiles para cotejación con los tomados del arma sospechosa, el resultado no constituía prueba de descarte, mucho menos si el arma que se vio en manos del acusado difería de aquella que posteriormente se entregó para el examen de los expertos.

Por último y cuando la referencia crítica del cargo primero apunta a los indicios, la superficialidad de los reparos se torna inocultable, limitándose el censor a cotejar su escueta apreciación con las que ofrece la sentencia, olvidando que los debates de instancia quedaron superados y que en casación no basta una formulación genérica de inconformidad, porque el ataque ha de ceñirse a las causales taxativas que señala la ley, que en el caso de la primera que se invoca y de la violación indirecta exigían precisar si el error contenido en la sentencia era uno de hecho o de derecho, entrando a demostrar en cada uno de los casos cuál fue el falso juicio que se dio, su relevancia frente a los hechos del debate y su trascendencia sobre el fallo con la consecuente variación de su sentido.

El esfuerzo del casacionista en este ámbito no sobrepasó del solo anuncio de su inconformidad con las apreciaciones que contiene la sentencia, pero como en ningún momento se aproximó a indicar si el error estaba en la suposición del hecho indicador, ora en su deformación para

inferir de él conclusiones que no eran de recibo, es notoria la imperfección de su planteo y como consecuencia la declinación de sus pretensiones, pues dentro del principio de limitación no le resulta posible a la Sala complementar, suplir ni interpretar las falencias del libelo.

Para remate, ni siquiera la totalidad de las disposiciones citadas como desconocidas guarda relación con la censura formulada, de donde claro se concluye que la misma no pueda prosperar.

La argumentación que el censor propone para dar fundamento *al segundo cargo* se le ofrece a la Sala del mismo desacierto. Recurriendo de nuevo al error de hecho por apreciación errada de la prueba testimonial -falso juicio de identidad-, tiénese que contrario a lo esperado, el censor alude a varios deponentes para asegurar que el móvil del homicidio no fue el hurto sino una disputa para quitarle al occiso la prestación del servicio de celaduría, hecho que se considera deformado o desestimado por los juzgadores.

Con esta afirmación pretende infructuosamente el censor que por la Sala se ignore el despojo del dinero y otros bienes de que se hizo víctima al occiso, hecho que de ninguna manera desvirtúa, tratando apenas de minimizarlo al sostener que no constituía delito sino un hecho meramente contravencional e irrelevante para constituirse en causa de agravación específica del delito de homicidio.

Tan especulativo planteamiento desconoce que la despenalización del hurto se restringió en la Ley 23 de 1991 al factor de la cuantía, pero también al requisito de que el apoderamiento no se matice de circunstancias de agravación ni calificación, porque de darse éstas poco y nada trascendería el valor de lo apropiado para intentar desnaturalizar su condición de hecho punible.

Si el verdadero propósito de la impugnación entraba a radicar, entonces, sobre el alcance del precepto y no el de las pruebas, una vez más erró el casacionista al seleccionar como vía de ataque la indirecta, porque sus planteamientos (reclinados sobre las citas doctrinales que en ese aspecto se proponen) se encaminaba a un debate jurídico y no fáctico, lo que denota el acierto de las críticas que sobre este particular enfoca la Procuraduría.

Mas, para disipar sobre este aspecto toda duda, es de observar que el censor conscientemente elude referir al hecho de que a otros concurrentes distintos del occiso también se les ofendió con el desapoderamiento, hecho que no podían subestimar los juzgadores, porque de haber sido verdad que el móvil único se restringía a eliminar la competencia en el servicio de

vigilancia, no se explica ni comprende la extensión de la agresión patrimonial a personas distintas de José María Osorio.

El cargo segundo tampoco puede prosperar.

El anunciado fracaso de la demanda no obsta para que haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, entre la Sala a decretar la nulidad de lo actuado, a partir, inclusive de la diligencia de indagatoria recibida al procesado, como que de la vista del expediente asoma en relación con *Fernán Oswaldo Escobar Ossa* la violación de las garantías inherentes a su defensa.

En efecto, al folio 30 del expediente obra un informe de Policía Judicial poniendo en conocimiento del instructor que a raíz de las pesquisas adelantadas por la Policía Judicial se había logrado establecer que los sujetos inicialmente señalados como "Jonatan" y "Guri Guri" respondían a los nombres de *Fernán Oswaldo Escobar Ossa* y *Elías Mejía Castañeda*, cuyos datos de identidad y localización se adicionaron.

Con fundamento en esta información, el funcionario libró órdenes de captura para la conducción de estos dos sujetos, y obtenido el resultado positivo respecto de *Escobar Ossa* se le dejó a órdenes del instructor, no sin antes suscribir diligencia en la que se enteraron al retenido sus derechos, entre ellos el de "entrevistarse con un abogado", mas no el de designar un profesional que lo asistiese como defensor dentro del proceso.

Acto seguido el Juzgado dispuso someter a reconocimiento en rueda de personas al aprehendido, pero la diligencia se cumplió sin advertir al procesado su derecho de designar defensor ni en su defecto designarle de oficio un abogado, pues para el acto le encomendó la asistencia del preso al señor "Milton Giovanny Ruiz Bedoya" a quien posesionó en el cargo.

Luego de cumplir esa actuación se oyó en injurada a *Fernán Oswaldo*, pero a pesar de que allí sí se le dijo que le asistía el derecho de nombrar defensor, como manifestó que no tenía a quién encomendarse, procedió el Juez a nombrarle de oficio "a la señora María del Carmen Suárez Morales, persona mayor de edad, quien estando presente acepta el cargo y posesionada legalmente juró cumplir con su deber".

A partir de esta diligencia que se realiza el 11 de junio de 1992, ni el indagado nombró apoderado, ni el Juzgado, ni la Fiscalía, luego, se encargaron de designárselo, transcurriendo la etapa instructiva y con ella la definición de su situación provisional y el recaudo de medios probatorios en total inasistencia profesional del indagado, hasta que el día 27 de agosto de 1992 nota la Fiscal que el señor *Escobar Ossa* "no tiene defensor", así

que procede a nombrarle uno de oficio a quien posesiona en esa misma fecha, y luego el 31 del mismo mes declara cerrado el sumario.

Ya desde ese momento procesal el defensor designado asume con diligencia la representación del procesado presentando alegaciones, solicitando pruebas e interponiendo recursos en su favor, pero sin que con esa actividad pueda darse por suplido el derecho que desde el inicio de la actuación garantizaba constitucionalmente al imputado el artículo 29 de la Carta Política.

En efecto, la norma superior vigente desde el mes de julio de 1991 imponía que al sindicado le asistía derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado designado por él, o de oficio, tanto durante la investigación como en el juzgamiento, norma que aún bajo vigencia del Decreto 050 de 1987 -artículo 380- imponía como deber al funcionario el de enterar al imputado desde el momento en que le fuera a recibir indagatoria, sobre el derecho que le asistía de nombrar un abogado, que de no designar por voluntad, tendría que asignársele oficiosamente (art. 132) y para toda la actuación (art. 130 *ibidem*).

No se cumplió en el caso que se examina con esa obligación legal. El procesado estuvo desamparado de la asistencia de un letrado desde su aprehensión hasta unos pocos días antes del cierre instructivo, sin que contara con su respaldo ni en el interrogatorio ante el Juzgado; ni en la opción de pedir pruebas de favor o contradecir las de cargo, ni en la posibilidad de recurrir la medida de aseguramiento.

Quiere lo anterior decir que la actuación así cumplida, de espaldas al expreso mandato de la Constitución, no puede merecer el aval de la judicatura, ni prestar mérito para que sobre ella se profiera un fallo válido de fondo, pues así se reconozca que desde que asumió la representación del procesado, el abogado designado de oficio ha actuado con celo y diligencia, ello no suple las deficiencias ni el desamparo en que se colocó a *Fernán Oswaldo Escobar* desde su retención y durante toda la etapa del sumario, pues por expresa previsión normativa del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el principio de la convalidación de los actos procesales irregulares tiene limitante en las garantías constitucionales, y muy particularmente en el derecho de defensa.

Como no existe posibilidad distinta de subsanar el vicio detectado, procederá la Sala a invalidar lo actuado en este asunto, a partir, inclusive, de la diligencia de indagatoria recibida al procesado, dejando sin valor ni efecto los reconocimientos en rueda de personas verificados sin la asistencia

de defensor calificado, pero a salvo las pruebas practicadas tanto en la etapa de la instrucción como del juicio.

Consecuencia obligada de ese regreso de la actuación a la etapa instructiva tendrá que ser también el reconocimiento del derecho que a *Escobar Ossa* le asiste a disfrutar de libertad provisional por la causal 4ª del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto el tiempo de privación efectiva de su libertad sin calificación válida del sumario supera el allí previsto, y para la efectividad de su disfrute se comprometerá al cumplimiento de los deberes impuestos en el artículo 419 *ibidem*, obligaciones a garantizar mediante caución por la suma de quinientos mil pesos ($500.000.00).

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

RESUELVE:

Primero. Desestimar la demanda de casación presentada a nombre del acusado *Fernán Oswaldo Escobar Ossa.*

Segundo. Casar parcial y oficiosamente la sentencia impugnada, decretando la nulidad de lo actuado respecto del procesado *Fernán Oswaldo Escobar Ossa* a partir, inclusive, de su diligencia de indagatoria, invalidando la diligencia de reconocimiento en rueda de personas verificada sin la asistencia de defensor letrado y disponiendo como consecuencia la reposición de lo actuado desde entonces y con arreglo a la ley.

Son válidas las demás pruebas practicadas, lo mismo que la actuación procesal relacionada con el co acusado *Libardo Elías Mejía Castaño*, conocido con el alias de "Guri Guri".

Tercero. Decretar la libertad provisional del procesado *Fernán Oswaldo Escobar Ossa*, previa caución por la suma de quinientos mil pesos ($500.000.00) que deberá prestar a favor de la Fiscalía Cuarta Delegada de la Unidad Tercera Especializada de Vida de Medellín.

Prestada la caución y suscrita diligencia de compromiso, expídase la respectiva boleta de libertad sin perjuicio de que el beneficiado se halle requerido por otra autoridad, incluidas las penales militares.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Nelson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. (salvo mi voto).

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

DEFENSA TECNICA

(Salvamento de Voto)

Proceso No. 9016

Otra vez se agita en Sala el asunto de la nulidad por ausencia de defensa togada en la etapa sumarial y nuevamente tengo que manifestar mi radical y absoluto disentimiento con la forma de pensar que adopta la mayoría. Con mi sentido común sigo y seguiré iterando la misma definición que vengo diciendo y machacando ¡sin duda alguna! Digo más, y es que fiel a las cosas que escribo, ladeando falsas modestias y escrúpulos, cada día estoy más convencido de los argumentos que se conocen y que sin dar demasiadas vueltas a las ideas son de una simplicidad impresionante. Y como admito que me resulta ya odioso repetirme seguiré con mis monólogos. Con esto aspiro a digerir o al menos entender la historia de la jurisprudencia penal que pasa.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado

Fecha, *ut supra.*

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / LEGALIDAD DE LA PENA

El criterio de la Sala es que la prohibición de agravar la sanción parte de la consideración de que la pena impuesta haya sido respetando el mínimo y el máximo previsto en la ley, y no aquella que por ignorancia o arbitrariedad judicial desconoce esos parámetros, ya que en esas condiciones no podría ser objeto de protección, pues la garantía constitucional no puede ser entendida de manera absoluta, esto es, aun a costa de la violación de la propia Constitución. Tampoco puede entenderse que la posibilidad de hacer respetar una garantía fundamental, como lo es el principio de legalidad, queda exclusivamente en manos de los sujetos procesales, obligando al Juez que conoce de una apelación a confirmar una sentencia inconstitucional, so pretexto de que no puede agravar la pena al condenado cuando es apelante único, como si este principio fuera superior al inicialmente mencionado, y como si no existiera el mandato de que "los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 125

Proceso No. 8866

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Eusebio Montaño Reina*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca mediante la cual modificó el fallo dictado por el Juzgado Penal del Circuito de Pacho, imponiéndole al aquí recurrente la pena principal de diez (10) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio simple, fijando los perjuicios materiales ocasionados con el punible en la suma de trece millones trescientos mil ochocientos veinte pesos ($13.313.820), y los

perjuicios morales en el equivalente en moneda nacional de un mil gramos oro.

I. Hechos

El 29 de noviembre de 1991, a eso de las seis y media de la tarde, en el establecimiento comercial de propiedad de Antonio Tinjacá, vereda El Carrizo, jurisdicción del municipio de San Cayetano, se suscitó una discusión entre *Eusebio Montaño Reina* y *Medardo Ríos Rodríguez*, quienes se agredieron recíprocamente con armas de fuego, resultando ambos lesionados y muerto el señor *Manuel de Jesús Ríos Rodríguez* a consecuencia de los disparos que recibió cuando quiso mediar en el conflicto.

II. Actuación procesal

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Cayetano, despacho que vinculó mediante indagatoria a *Eusebio Montaño Reina* y *Medardo Ríos Rodríguez*, a quienes resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Cerrada la investigación, el Juzgado Ciento Seis de Instrucción Criminal de Pacho calificó el mérito del sumario el 2 de marzo de 1992, con resolución de acusación contra *Eusebio Montaño Reina* por los delitos de homicidio culposo y homicidio tentado cometidos en concurso en las personas de Manuel de Jesús Ríos Rodríguez y *Medardo Ríos Rodríguez* respectivamente, y contra el último de los citados por los punibles de homicidio tentado y porte ilegal de armas de defensa personal. Se decretó cesación de procedimiento en favor de *Medardo* por el delito de homicidio de Juan de Jesús Ríos Rodríguez, y se ordenó reabrir la investigación en relación con *Montaño Reina* por el reato de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Apelado el auto calificatorio, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, en proveído de agosto 18 de 1992 dispuso: dictar resolución de preclusión de la investigación en favor de *Medardo Ríos Rodríguez* de conformidad con el numeral 4o. del art. 29 del C. P.; confirmar la resolución de acusación proferida contra *Medardo* por el delito de porte ilegal de armas; modificar la resolución de acusación dictada contra *Eusebio Montaño Reina* en el sentido de que ésta procede por el delito de homicidio previsto en el artículo 323 del C. P. consumado en la persona de Manuel de Jesús Ríos Rodríguez y por el punible de lesiones personales causadas a *Medardo Ríos Rodríguez*; confirmar en lo demás la decisión apelada.

El Juzgado Penal del Circuito de Pacho, luego de celebrar la audiencia pública, dictó sentencia mediante la cual condenó a *Eusebio Montaño Reina* a la pena principal de cinco (5) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio (art. 323 del C. P.) en Manuel de Jesús Ríos Rodríguez, y absolvió al mismo del punible de lesiones personales. A *Medardo Ríos Rodríguez* a la pena principal de cuatro meses de prisión por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso personal. A *Eusebio Montaño Reina* le impuso el pago de los perjuicios causados con la infracción, fijando los materiales en once millones quinientos veinte mil pesos ($11.520.000) y los morales en el equivalente en moneda nacional a ochocientos (800) gramos oro.

Apelada la sentencia anterior el recurso fue sustentado únicamente por la parte civil. Al resolver el Tribunal Superior de Cundinamarca mediante proveído de mayo 25 de 1993, la confirmó con las modificaciones inicialmente reseñadas, incluida la de imponer a Medardo Ríos la pena principal de ocho meses de prisión.

El Tribunal se inhibió de conocer del delito de lesiones personales y ordenó enviar copias de la actuación a las autoridades de policía para lo de su cargo; adicionó el fallo en el sentido de no decretar la nulidad de los actos contenidos en la escritura pública No. 0101 de enero 28 de 1992 de la Notaría Unica de Pacho, y dispuso compulsar las copias para que se investigue el presunto delito de falso testimonio en que hayan podido incurrir Luis Alfonso, Tiodolfo Montaño, Arnulfo Zamudio, Alicia Pachón y Ligia Ríos. La misma determinación se tomó con el fin de establecer si con el comportamiento de la funcionaria *a quo* se incurrió en hecho punible en cuanto a la dosificación punitiva que contraría elementales principios legales.

III. La demanda

El demandante formula tres cargos, el primero al amparo de la causal primera -violación indirecta de la ley sustancial- y los dos últimos por nulidad -causal tercera-.

Causal primera

Acusa la sentencia de ser violatoria indirectamente del artículo 323 del C.P., por aplicación indebida, al incurrirse en "error de hecho manifiesto en la errónea apreciación de medios de prueba al dárseles un alcance fáctico del que carecen, generando un falso juicio de identidad".

Cita además como normas transgredidas los artículos 5o., 36, 68, 72 y 329 del C. P. y 254, 259 y 294 del C. de P. P.

Como medios probatorios erróneamente apreciados señala los testimonios de Norberto Usaquén Molina, Ligia Adela Ríos, Arnulfo Samudio y Alicia Pachón.

En la fundamentación del cargo el censor hace los siguientes planteamientos:

"Es incorrecta la apreciación de la muerte, por la que se condena a Eusebio Montaño Reina, al ubicarla dentro del campo doloso, en su modalidad eventual". En criterio del libelista la acusación que se le endilgara inicialmente a su representado por homicidio culposo era la que tenía asidero probatorio.

Sostiene el censor que el Tribunal "contrariando los cánones de la sana crítica y el ejercicio de discrecionalidad de la libre apreciación ...hizo suyas las apreciaciones condenatorias sin advertir que con ello era injusto y denegaba la justicia..."

Agrega que "así como se ha afirmado testimonialmente que Montaño Reina fue quien primero disparó (Norberto Usaquén Molina, Ligia Adela Ríos, quien posteriormente se retracta de la sindicación para afirmar que fue su hermano Medardo quien primero dispara, le acompañan en esta versión Arnulfo Samudio y Alicia Pachón, y haber sido Medardo Ríos quien primero esgrime un arma (María Cilinia Segura de Tinjacá), mal podría afirmarse en cualquiera de los eventos, que la intencionalidad de Montaño Reina al disparar -ya agrediendo a Medardo, ora defendiéndose-, hubiera sido la de causar daño mortal".

Aduce que si Eusebio Montaño Reina, al accionar su arma tan sólo repelía el ataque de que era víctima y se defendía, es de fuerza concluir que la muerte de Manuel de Jesús Ríos Rodríguez cae en la esfera del caso fortuito. "Si Eusebio Montaño tenía en cada uno de sus brazos un disparo, propinado por su contrincante Medardo Ríos, mal podía, en ese momento, cuando su integridad y su vida corrían peligro, cuando sentía pasión por vivir, detener su acción defensiva, reflexionar sobre las posibles consecuencias de su actuar, prever que lo alocado de sus disparos -atendidas las lesiones en sus brazos- podrían lesionar de muerte a quien imprudentemente se expusiera en el cruce de disparos y aun a quien así no lo hiciera". Esa conducta en esas circunstancias y bajo tales condiciones, no es exigible a una persona.

Dice que el alojamiento de los proyectiles en el occiso y en el lesionado Medardo Ríos, no enmarcan ni configuran la dolosa intención de causar la muerte. "La región o lugar corporal donde se haga impacto, a menos de tratarse de profesional en el deporte de tiro o avezado sicario, es fortuito".

Expresa que la agresividad verbal de *Montaño* al llegar al lugar, su mal genio, su belicosidad, no permiten inferir su ánimo homicida, como "tampoco podía inferirlo el Tribunal de la náufraga e insular aseveración de Norberto Usaquén Molina, quien pone en labios del condenado (nadie más lo escuchó) la intención de disparar a quien se le atravesara; tampoco de la -hasta lógica y natural- voluntad no materializada de volver a cargar su arma; tampoco del número de disparos, pues éstos pueden ser resultas de la intención de anular agresión de defensa, de excusable pasión si se sabe herido, de acto reflejo atendiendo la situación y las heridas".

Finalmente dice que la veracidad de un testimonio no estriba en el anticipado u oportuno momento en que se rinda. "Lo tardío de él no le resta credibilidad; tampoco el que no conforme un cuerpo único, uniforme con los demás... La retractación genera -en nuestro caso- un falso testimonio". Pregunta el censor cuándo mintió Ligia Adela Ríos, cuándo procuró la exoneración de cargos para su hermano (y lo logró) o cuándo se sinceró consigo misma.

En sentir del casacionista, si bien se le podía endilgar a su representado culpa en su actuar, ésta podría estar compensada con la de la víctima.

Solicita se case el fallo recurrido, "profiriendo en su lugar el correspondiente por homicidio en la modalidad culposa, reconociendo el concurso de factores de culpa y los derechos, beneficios o subrogados a que diere lugar" en favor del condenado *Eusebio Montaño Reina*.

CAUSAL TERCERA

Primer cargo

Plantea el libelista que la sentencia impugnada fue dictada al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte civil, pronunciándose el *ad quem* sobre puntos ajenos a su competencia, lo que le vicia parcialmente de nulidad al agravar la situación punitiva del condenado causándole con ello perjuicio. Cita como normas violadas los artículos 29 de la C. N., 304-1, 48, 217 y 227 del C. de P. P.

Aduce que cuando el representante de la parte civil recurre la sentencia, si bien estaba legitimado para ello, su interés jurídico se circunscribe al ataque de la liquidación de perjuicios que hiciera el a-quo. El Tribunal acierta cuando manifiesta negarse a secundarle en sus "propósitos vengativos", retaliatorios, pero a la postre acoge la pretensión esgrimida al agravar la pena, so pretexto de estar facultado para ello.

Expresa que la cuantificación punitiva está fuera de la órbita de la parte civil; ello es función judicial que precisa ciertos parámetros; es de la esencia

de la administración de justicia frente al responsable de un ilícito. Su objeción se radica en cabeza del condenado, de la defensa, de la Fiscalía o del Ministerio Público. Lo que sí es dable a la parte civil es recurrir la condena o liquidación que por los perjuicios ocasionados con el delito, haga el juzgador, ya porque se le ignoren, ora porque se le disminuyan.

Manifiesta que el Tribunal, al conocer de la apelación sustentada por la parte civil, su competencia al desatarla no tenía límites, según las voces del artículo 217 del C. de P. P., pero esa ilimitada facultad debe entenderse dentro del campo de acción que la ley reconoce a la parte civil, el cual se circunscribe a lo estrictamente civil, como lo dispone el artículo 48 *ibidem*.

En criterio del libelista, al Tribunal le estaba vedado pronunciarse sobre tópicos estrictamente punitivos ante la acción incoada por la parte civil, so pena de generar un pronunciamiento viciado de nulidad por falta de competencia, cuando como en este caso, le duplicó la pena que le impusiera el *a quo* al procesado como responsable del delito de homicidio. Sostiene que son nulos los cuatro primeros ordinales de lo resuelto por el Tribunal en la providencia impugnada.

Estima que los efectos de la nulidad llevan a declarar la firmeza de la sentencia de primera instancia, en lo punitivo.

Solicita se case parcialmente el fallo recurrido, decretándose la nulidad antes referida.

Segundo cargo

Según el censor, la sentencia impugnada está viciada de nulidad por violación del debido procesó al pretermitirse las formas y procedimientos propios de la objeción pericial, con "perjuicio directo económico e indirecto punitivo". Normas violadas: artículos 29 de la C. N. 64, 65, 270 y 271 del C. de P. P.

Aduce que los perjuicios ocasionados con el delito fueron avaluados por el perito nombrado y posesionado, peritaje del cual se dio traslado a los sujetos procesales sin que se hubiera presentado objeción alguna. No obstante la ley permite que la pericia pueda ser objetada aun dentro de la audiencia pública y antes de que ésta finalice.

El representante de la parte civil objeta el peritaje en la audiencia pública. "Las normas procedimentales señalan el debido proceso ante la objeción": (art. 271 del C. de P. P.).

Sin satisfacer los "presupuestos procesales que enmarcan el debido proceso", el *a quo* tácitamente acepta la objeción al apartarse de la pericia

sin exponer las razones y cuando en su oportunidad no requirió aclaración, ampliación o adición, condenando en suma que quintuplicaba la fijada por el perito. "Así se satisfacía en sumo grado, el interés de la parte civil", que con todo considera disminuida su pretensión y recurre de la sentencia, "apelación que no debió concederse" como quiera que al recurrente no le asistía interés jurídico para incoarla.

Al inobservarse las normas procedimentales sobre la objeción pericial "se violó el debido proceso, violación que se reitera al concederse el recurso que indebidamente desata el *ad quem* agravando la situación del condenado en lo punitivo y en lo económico.

Pide que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de marzo 5 de 1993, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Pacho, por medio del cual se concedió el recurso de apelación, "nulidad parcial que afecta tan sólo la concesión à la parte civil. Así se declarará en firme la sentencia de primera instancia."

IV. Alegato del no recurrente

El representante de la parte civil presentó un escrito en el cual se opone a las pretensiones de la demanda que estima "carece de orden y fundamentación, con evidente quebrantamiento de la lógica" y técnica propia del recurso de casación.

Expresa que el primer cargo formulado en la demanda no contiene el concepto concreto de violación indirecta de la ley sustancial, pues el censor "incurre en el desacierto de alegar un error de hecho que cree motivar con razones propias de un error de derecho. Y en un evento que no es causal de casación".

Dice que el demandante no demuestra la existencia de ningún error y menos se ocupa de establecer las razones por las cuales fueron infringidos por el juzgador los preceptos que invoca, luego el cargo no puede prosperar.

De otro lado, solicita el rechazo del segundo cargo porque no se da la causal alegada y la motivación hecha por el censor es falsa y carece de razón. Dice que la defensa y la parte civil, al apelar ambos de la sentencia de primer grado, abrieron el campo al Tribunal para decidir sin limitación alguna. El hecho de que el defensor no hubiera cumplido con su deber de sustentar el recurso, no significa que el *ad quem* perdiera la absoluta competencia para decidir.

Añade que no se han conculcado las garantías del debido proceso ni los derechos del procesado, porque el Tribunal no agravó en estricto sentido

la pena impuesta por el *a quo*, sino que ajustó la tasación punitiva a la normatividad aplicable al caso en acatamiento del principio de la legalidad de la pena.

En relación con el último cargo de la demanda, señala que existen formalidades que por no ser esenciales, su inobservancia no lesiona ningún derecho y por lo tanto no constituye causal de nulidad. En el caso que nos ocupa, la juez de primera instancia se apartó del criterio del perito evaluador de los perjuicios por no encontrarlo ajustado a la realidad procesal, por lo anterior procedió a tasarlos siguiendo los lineamientos consagrados en los arts. 103, 106 y 107 C. P.

Afirma que no es cierto que se hubieran pretermitido los procedimientos propios de la objeción pericial: "Sencillamente la Juez no consideró oportuno ni necesario tramitar el incidente de objeción, esto es lo que fluye del contexto de lo observado en el proceso, e hizo uso de la facultad legal y decidió con base en los medios de prueba del proceso, descartando el peritazgo por encontrarlo carente de fundamentos".

En consecuencia, sostiene que no existe irregularidad alguna en el proceso y menos de carácter sustancial que dé lugar a la nulidad, por lo que el cargo no puede prosperar.

V. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia recurrida, con apoyo en las siguiente razones:

Causal Tercera

Primer cargo

Inicialmente advierte que la censura carece de adecuada fundamentación, pues ni siquiera invoca la clase de nulidad base de la alegación del impugnante. Si bien expresa que se transgredió el artículo 29 de la C. N. no menciona ninguno de los principios que contiene dicha norma que pudieron haber sido vulnerados.

Considera la Delegada que el juzgador de segundo grado no agravó la pena impuesta al condenado, sino que ajustó la tasación punitiva a la normatividad aplicable según el fallo impugnado, en acatamiento al principio de legalidad de la pena que forma parte principal de la garantía fundamental del debido proceso.

Señala que el acusado *Montaña Reina* fue condenado por homicidio simple (art. 323 del C. P.) imponiéndole el *a quo* la pena principal de cinco

años de prisión sin que en favor del mismo obrara alguna diminuente punitiva, desatendiéndose así los criterios legales de fijación de la pena. El Tribunal, al desatar el recurso de apelación incoado contra el fallo, sin violar con ello el art. 31 de la C. N. impone al condenado la pena principal de diez (10) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, sanción que se adecua debidamente a la pena que señala el mencionado tipo penal. Transcribe un pronunciamiento de la Corte sobre el particular.

Agrega que el tema de la legalidad de la pena impuesta judicialmente, es el que permite al juez de segundo grado ajustar aquella que por debajo del límite de la ley ha impuesto el juzgado de primera instancia.

En criterio del Procurador, el recurso de apelación circunscrito al tema de la indemnización de los perjuicios causados con el delito no extiende la competencia del juez de segunda cognición para revisar la decisión de primer grado en aquello que no es materia del recurso de la parte civil, es decir, no le permite tocar la punibilidad señalada en la sentencia de primera instancia, en la medida en que ello no incide en forma alguna en la cuantificación del monto de la indemnización que legitima a la parte civil en el recurso de alzada. No parece ser este criterio tema solo propuesto, sino mandato de la ley procesal (art. 217).

Añade que de la regulación actual relativa a la competencia del superior en el recurso de alzada, se tiene que admitir que se deduce con nitidez la idea central de que el *ad quem* solo adquiere competencia sobre la materia impugnada expresamente, es decir sobre los aspectos de la providencia recurrida que causen agravio procesal al impugnante. De ahí la expresión relativa a que puede revisar "*únicamente los aspecto impugnados*" lo cual es principio natural del recurso de apelación que exige el interés (entendido como agravio procesal) para proponer el recurso, lo que consecuencialmente delimita el objeto a que se contrae la relación de impugnación en la alzada, y por tanto limita el ámbito de cognición del *ad quem*.

Si se sigue ese mismo principio frente a la sentencia, como lo parece ordenar el mismo texto, "se convendrá en que la apelación de parte civil no autoriza para decidir sin limitación, pues de suyo dicha parte tiene restringida su actividad procesal, y su derecho de postulación procesal, a la materia de la indemnización de perjuicios y aquellos aspectos del delito inmediatamente correlacionados con ella. La expresión 'cuando tuviese interés para ello', colocada en el texto sobre la competencia del superior, no puede tener otro sentido que el que contiene el parágrafo primero del

artículo 217 del C. P. P., es decir que cuando *el delito y su pena* es de interés para el que pretende la indemnización, cabrá que el *ad quem* agrave la dosificación de la sentencia de primer grado", pues ello introduce ese preciso aspecto como tema de decisión para el Juez de segundo grado.

En consecuencia estima que el reparo debe desecharse.

Segundo cargo

El colaborador Fiscal advierte que no son claros los fundamentos expuestos por el recurrente respecto de la nulidad que invoca. Estima que si bien a la objeción que presentó el representante de la parte civil en la vista pública no se le dio el trámite señalado por el art. 271 del estatuto procesal, esta circunstancia de informalidad no constituye por si sola violación al debido proceso, ya que la objeción anotada hecha al peritaje en la audiencia pública fue ampliamente conocida por los restantes sujetos procesales, entre ellos el procesado y su defensor quienes tuvieron la oportunidad de hacer uso de los recursos y demás facultades que la ley señala para la defensa de sus intereses. Por otra parte, es claro que el precepto contenido en el art. 308 del C. de P. P. consagra en su numeral 4o.: "Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales".

Por lo anterior considera que el cargo no puede ser acogido.

Causal primera

En primer término observa que el recurrente no identifica de manera clara y precisa los fundamentos de la causal que aduce, ni demuestra la transgresión de la norma de derecho sustancial por él invocada y la incidencia que tal violación hubiere podido tener en la sentencia desfavorable al procesado.

Dice que si bien el censor argumenta que el sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación de los testimonios que cita, esta censura no tiene fundamentación, toda vez que tan sólo expresa que a dichos medios de convicción se les dio "un alcance fáctico del que carecen", sin indicar en qué consiste el error sobre el sentido de la prueba.

Señala que en el fondo lo que el demandante hace es criticar el análisis y valoración jurídica que de las probanzas en mención efectuó el fallador, lo que no es admisible en casación por cuanto él tiene la libre apreciación racional de las pruebas conforme al principio de la sana crítica, lo que prima frente a los personales criterios del casacionista.

Finalmente sostiene que resultan desacertadas las apreciaciones del censor sobre la supuesta aplicación indebida de la ley sustancial, al haberse

impuesto condena por homicidio simple cuando debió ser por homicidio culposo, pues del análisis y valoración del acervo probatorio, considera el Procurador que la adecuación de la conducta efectuada en las instancias es la correcta.

Por lo anterior estima que el cargo no puede prosperar.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1o. Como quiera que la prosperidad de la causal de nulidad haría innecesario el estudio del reproche formulado con fundamento en la causal primera, la Sala se referirá a aquélla en primer término.

a) *Primer cargo*

El libelista plantea que la sentencia impugnada está parcialmente viciada de nulidad, porque fue proferida al desatarse el recurso de apelación interpuesto por la parte civil, pronunciándose el *ad quem* sobre puntos "ajenos a su competencia ...al agravar la situación punitiva del condenado"

Admite el censor que para el momento en que se dictó la sentencia el *ad quem* podía decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada o consultada, en lo cual tiene razón, porque para entonces no se había expedido la Ley 81 de 1993 que modificó, entre otros, el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. Pero adiciona ese entendimiento diciendo que "esa ilimitada facultad debe entenderse dentro del campo de acción que la ley le reconoce a la parte civil", contradicción evidente, pues lo que la norma establecía era una competencia plena para que el superior al resolver el recurso se pronunciara sobre cualquier punto, independientemente de quién hubiera sido el impugnante.

En este caso el apoderado de la parte civil recurrió debidamente legitimado, pues si bien se refirió con sorpresa a la ilegal pena impuesta por la Juez y solicitó que se corrigiera el error, su interés lo centró en el monto de la indemnización argumentando que los perjuicios fueron mal liquidados. De esta manera no hay ninguna duda de que el recurso fue bien interpuesto y qué Tribunal tenía competencia para resolverlo.

De otra parte, la Sala encuentra que el superior no entró a dosificar la pena, lo que hizo fue ajustarla al marco legal en acatamiento al principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

En efecto, la Juez Penal del Circuito de Pacho, teniendo en cuenta que el delito por el cual se hacía responsable al procesado *Montaño Reina* era el de homicidio tipificado en el artículo 323 del Código Penal, conciente del

límite mínimo de diez (10) años de prisión previsto en dicha norma, optó por reducir la pena a cinco (5) años, apoyada en la afirmación de que concurrían en favor del condenado varias circunstancias atenuantes genéricas. El Tribunal Superior de Cundinamarca, ante semejante dislate, se limitó a restablecer el orden jurídico señalando la pena en diez (10) años, tiempo mínimo consagrado en la ley.

En consecuencia, razón les asiste al Procurador Delegado y al representante de la parte civil, cuando sostienen que el Tribunal no "agravó" la pena impuesta al condenado, sino que ajustó la tasación punitiva a la normatividad aplicable según el delito imputado.

El criterio de la Sala es que la prohibición de agravar la sanción parte de la consideración de que la pena impuesta haya sido respetando el mínimo y el máxino previsto en la ley, y no aquella que por ignorancia o arbitrariedad judicial desconoce esos parámetros, ya que en esas condiciones no podría ser objeto de protección, pues la garantía constitucional no puede ser entendida de manera absoluta, esto es, aún a costa de la violación de la propia Constitución. Tampoco puede entenderse que la posibilidad de hacer respetar una garantia fundamental, como lo es el principio de legalidad, queda exclusivamente en manos de los sujetos procesales, obligando al Juez que conoce de una apelación a confirmar una sentencia inconstitucional, so pretexto de que no puede agravar la pena al condenado cuando es apelante único, como si este principio fuera superior al inicialmente mencionado, y como si no existiera el mandato de que "los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley".

La Corte se ha pronunciado en el sentido de que "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 ignorado por el Juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones" (julio 29 de 1992, M. P. Dídimo Páez Velandia).

Resulta claro entonces, que la prohibición consagrada en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal no puede aducirse en este caso como argumento válido para sustentar la nulidad invocada, pues la norma en cuanto a ese punto lo que proscribe es la agravación de la pena, que como ya se dijo presupone que haya sido fijada dentro del marco legal, y para abundar en razones, entenderlo de otra manera implicaría creer que

la Constitución tiene normas que garantizan la inmutabilidad de su propia violación.

La censura será desestimada.

b) *Segundo cargo*

El casacionista plantea violación del debido proceso, porque sin dar trámite a la objeción que se hizo al avalúo sobre daños y perjuicios presentada por la parte civil en el curso de la vista pública, la juez *a quo* tácitamente acepta la objeción al apartarse de la pericia y condenar al acusado en suma que quintuplica la fijada por el perito. En la misma violación se incurrió al concederse el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, que desató indebidamente el superior agravando la situación del condenado no sólo en lo económico sino en lo punitivo.

La primera observación que surge de manera obvia, es que si la objeción que no se tramitó fue propuesta por la parte civil, el defensor no está legitimado para reclamar por una presunta irregularidad que en nada lo afectó, pues a quien podía interesar hacerlo era a quien no se le atendió la inconformidad, y esa parte guardó silencio convalidando así el acto iregular.

Lo que ocurrió fue que de la intervención realizada por el representante de la parte civil en el curso de la audiencia pública, la Juez entendió que se trataba de una alegación encaminada a poner de manifiesto su inconformidad con la tasación de perjuicios hecha por el perito, que valoró los materiales en dos millones de pesos ($2.000.000.), y los morales en ochocientos (800) gramos oro. Así las cosas, haciendo uso de las facultades que tiene el juzgador para valorar las pruebas, decidió en la sentencia apartarse de la experticia "por no ajustarse a la realidad procesal", y tasó los perjuicios materiales en la suma de once millones quinientos veinte mil pesos ($11.520.000.), y los morales en ochocientos (800) gramos oro, acudiendo para ello a los lineamientos consagrados en los arts. 103, 106 y 107 del C. P.

De la decisión tomada en la sentencia tuvo oportuno conocimiento la defensa, prueba de ello es que interpuso el recurso de apelación, pero no lo sustentó, motivo por el cual se le declaró desierto.

La improsperidad del reproche parece advertirla el propio impugnante, pues eso es lo único que explica que resuelva impetrar otra supuesta nulidad desde el auto que concedió el recurso de apelación, alegando que la parte civil carecía de interés para impugnar, en lo cual tampoco tiene

razón, porque el punto principal de la inconformidad lo fue la tasación de los perjuicios.

El cargo no prospera.

2o. *Causal primera*

El casacionista formula el cargo por violación indirecta de la ley sustancial, precisando que el yerro judicial es de hecho por falso juicio de identidad, lo que trajo como consecuencia la aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal.

Sabido es que quien plantea error de hecho por falso juicio de identidad debe demostrar cuál o cuáles pruebas fueron distorsionadas o falseadas en su contenido material, aspecto éste al cual el censor no hace referencia, y aunque su ataque lo centra en cuatro testimonios, se limita a afirmar que se les dio un alcance fáctico del que carecen sin concretar el yerro que invoca.

Y al analizar la fundamentación del cargo se observa que el censor recurre a la elaboración de una argumentación contradictoria, que lo lleva a alegar simultáneamente sobre la culpa y el caso fortuito, planteamientos excluyentes que ha debido tratar en capítulos separados.

De otra parte, de nada sirve sostener que en la apreciación de las pruebas se violaron las reglas de la sana crítica, si luego no se demuestra en qué consistió dicha violación. La sentencia de segunda instancia goza de la doble presunción de acierto y legalidad, de manera que en casación no es procedente limitarse a enfrentar el criterio personal al del juzgador pretendiendo que la Corte entre a dirimir cuál es mejor, pues finalizada la fase ordinaria del proceso lo que compete al inconforme es demostrar la existencia de un error trascendente que comprometa la legalidad del fallo.

Los diferentes aspectos tocados en la censura se resumen en lo siguiente:

a) El Tribunal no podía inferir el dolo homicida "de la náufraga e insular aseveración de Norberto Usaquén Molina, quien pone en labios del condenado (nadie más lo escuchó) la intención de disparar a quien se le atravesara", como tampoco de la voluntad -lógica y natural- de volver a cargar su arma.

b) No está de acuerdo en que se le hubiere negado credibilidad a los testimonios de Arnulfo Zamudio y Alicia Pachón, con el simple argumento de que lo tardío de la recepción no le resta credibilidad, como tampoco el que no integren un cuerpo único uniforme con los demás testimonios. No se ocupa de las otras consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal para

negarles a estas versiones el valor de convicción que pretende que se les conceda.

c) Cuestiona el testimonio de Ligia Adelaida Ríos, planteando en forma velada que mintió en su primera versión (aceptada por los falladores de instancia) y fue veraz en la segunda (rechazada por los juzgadores), para lo cual acude a varios interrogantes que no evidencian error ninguno frente a las concretas y claras consideraciones que sobre esta prueba fueron consignadas en la sentencia de primer grado, que para este efecto forma una unidad con el fallo impugnado.

Sintetizando lo dicho, es perfectamente claro que el demandante no hace otra cosa que criticar la valoracion probatoria, pero como una simple apreciación personal, sin demostrar que el sentenciador hubiere incurrido en alguna falla al hacerlo.

Bastan estas consideraciones para concluir que el cargo se debe desestimar.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., con aclaración de voto.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

LEGALIDAD DE LA PENA

(Aclaración de Voto)

Proceso No. 8866

Conforme estoy con la crítica que se hace a la juez de primer grado cuando desacertadamente tasa en este asunto la sanción punitiva que corresponde al autor de la conducta. Ni el Tribunal, ni la Corte, ni yo mismo, ni nadie, admite que al efectuar esta contabilidad la funcionaria obró con dolo, doble intención o mala fe. No hay palabras bastantes para poner en relieve la ausencia de todo elemento subjetivo o anímico en el devenir de su conducta.

Si en su actuación hay vaciedad intelectual, ignorancia, imperfección o si se prefiere, torpeza o ineptitud donde encasillar disciplinariamente las copias que se ordenaron? A no ser que se pretenda sancionar a quien no posee la técnica de la erudición o no pueda reflejar en el puro espejo de la inteligencia de los demás sus propias limitaciones y deficiencias. Que es otra cosa o que no es cosa alguna en este concreto ámbito, lo que no está muy bien y no me parece muy exacto. Sigo más perplejo que antes. Por lo demás, seguiré creyendo que la Corte -aun en sede de casación- no puede circunscribir su análisis al objeto de la acción, propiamente dicha, sino que es su deber corregir, *ex officio*, todo supuesto de error o desacierto. ¿Sería esto muy alta ambición?

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado.

Fecha, *ut supra*.

INDAGATORIA / DEFENSA TECNICA / NULIDAD / CONCILIACION / REPARACION DEL DAÑO / INDEMNIZACION

1. El artículo 360 del Código de Procedimiento Penal ordena al funcionario judicial interrogar al indagado sobre "los hechos que originaron su vinculación" y no sobre las calificaciones jurídicas que a ellos puedan darse, y que si bien esto es aconsejable para restar bases a infundados ataques de nulidad, su no referencia no disminuye las oportunidades defensivas del inculpado ni lesiona sus garantías procesales.

2. No alegar antes de la calificación del sumario o no impugnar esa calificación, bien puede obedecer a una táctica de la defensa o a una tácita conformidad con la resolución de acusación por considerarla justa. Sería arbitrario entonces, tomar estas circunstancias como evidencias de una pretendida ausencia de defensa técnica.

3. El artículo 38 del Código de Procedimiento Penal contempla la conciliación durante la investigación previa o durante la instrucción, únicamente para los delitos que admitan el desistimiento, entre los que no está el homicidio culposo.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 109 VIII-3-95

Proceso No. 9193

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 30 de septiembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al procesado *Jorge Ricardo Gutiérrez Escobar* a 2 años de prisión por el delito de homicidio culposo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El acontecer fáctico materia del proceso lo resume correctamente el fallo impugnado, así:

"El sábado 11 de abril de 1992, procedente de Bogotá y con destino a Cali, viajaba conduciendo su automóvil Volkswagen, de placas NF-5599, el señor Jorge Ricardo Gutiérrez Escobar, a quien hacían compañía los jóvenes Andrés Mauricio Guevara Arévalo y Diego Alberto Arévalo Vélez. En el mismo sentido, pero rumbo a Pereira, viajaba solo el señor Carlos Antonio Nieva Baldeón, conduciendo la camioneta Luv 2300, distinguida con las placas CHG 570. Y a eso de las cinco de la tarde, cuando hacían su entrada a la ciudad de Ibagué, por falta de cuidado atribuible al último, que en ese momento venía adelante, los dos vehículos rozaron o chocaron levemente preciso en el instante en que el primero quiso adelantarlo, circunstancia por la cual éste lo siguió pidiéndole que se detuviera para que respondiera del pequeño daño. Como Nieva Baldeón no se detuvo, Gutiérrez Escobar disparó en tres ocasiones hacia el vehículo de aquél, con una pistola calibre 9 mm, marca Smith & Wesson, de 12 cartuchos, modelo 469, número TBU6233, rompiéndole el vidrio lateral derecho y el parabrisas. Pero además, con el fatal resultado de que uno de los tiros le pegó en el rostro al señor José Manuel Cifuentes, quien en sentido contrario marchaba conduciendo el taxi de placas WT-3030, el que, al perder el control su conductor fue a quedar en el separador de la vía, justo en la carrera 4ª con calle 44, frente a la residencia demarcada con el No. 44-46.

"Agonizante, el lesionado fue trasladado al hospital Federico Lleras Acosta de la ciudad, en donde se produjo su deceso al medio día del trece de los mismos" (fls. 13 y 14-2).

2. Según el informe policial, al ser capturado, Gutiérrez Escobar aceptó haber efectuado los disparos (fls. 2-1).

El Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Ibagué dio apertura a la investigación y escuchó en indagatoria a Gutiérrez Escobar (fls. 23-1), quien explicó que al entrar a la ciudad de Ibagué conduciendo un vehículo, varias veces una camioneta Luv le cerró el paso y en la última, hasta golpeó su automotor. Ante esta actitud reiterativa del conductor de la camioneta, y dada la circunstancia de que tanto su padre como el de uno de sus acompañantes son Comandantes de sendas Brigadas del Ejército, "cogí mi pistola marca Smith & Wesson calibre 9 mm y la cogí en la mano, fue cuando entonces vimos que el señor de la Luv hacía una especie de ademán y sacaba un objeto que nosotros identificamos como un arma, entonces

nosotros como medida preventiva y yo como medida preventiva y por el susto que tenía en ese momento pensando que más adelante nos iban a hacer un atentado o nos iban a secuestrar debido a que una moto venía atrás desde algún tiempo, la reacción mía fue apuntar a la llanta del vehículo Luv y dispararle para que ésta se detuviera, es decir, apuntarle a la llanta delantera derecha y así ésta se detuviera y nosotros pudiéramos continuar la marcha" (fl. 24 y vto.).

Agrega que después de haberse presentado a las instalaciones de la Sexta Brigada continuó su viaje, siendo más tarde capturado por las autoridades de Policía, bajo la sindicación de "que nosotros habíamos herido a un taxista, lo cual nosotros negamos, lo cual no conocíamos nada acerca de eso" (fl. 24 vto.).

- Fueron escuchados los acompañantes del procesado, quienes en lo sustancial confirman su versión (fls. 31 y ss-1). Practicadas otras pruebas se decretó la detención preventiva de Gutiérrez Escobar por el delito de homicidio culposo (fls. 61 y ss.-1).

- La madre y la hermana del occiso José Manuel Cifuentes, se constituyeron en parte civil (fls. 151 y ss.-1). Clausurada la investigación se la calificó el 4 de diciembre de 1992 con resolución de acusación contra Gutiérrez Escobar por el punible de homicidio culposo previsto en el artículo 329 del Código Penal (fls. 239 y ss.-1).

3. El juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué asumió el juicio, practicó algunas pruebas (entre ellas el peritaje de daños y perjuicios, fls. 273 y ss.), celebró audiencia pública y dictó sentencia el 7 de julio de 1993 (fls. 294 y ss.-1), mediante la cual, en consonancia con la acusación, condenó al procesado a la pena principal de 2 años de prisión y multa de mil pesos, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. También se condenó al procesado al pago de los daños y perjuicios de conformidad con los artículos 106 y 107 del citado Código, y se le concedió la condena de ejecución condicional. En dicho fallo, además, se ordenó el secuestro del automóvil del procesado.

El apoderado de la parte civil recurrió en apelación dicha sentencia, alegando que la pena privativa de la libertad había sido muy poca y también combatió la tasación de perjuicios.

El Tribunal, por medio de sentencia que recurrió en casación el defensor (fls. 13 y ss.-2), confirmó enteramente el fallo apelado. En cuanto al monto de los perjuicios materiales, aclaró el voto el Magistrado Ponente.

LA DEMANDA

Cargo primero

Al amparo del artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista aduce nulidad del proceso, por vicio que "a no dudarlo desemboca en la violación del derecho de defensa" (fl. 54-2), por cuanto el procesado Gutiérrez Escobar rindió indagatoria cuando todavía no se tenía conocimiento de que José Manuel Cifuentes había fallecido, y por tanto, "ningún cargo distinto a referirse el juzgado a la existencia de un herido se le hizo al procesado" (fls. 55 infra y 56). Transcribe las preguntas que al respecto se hicieron en la indagatoria, y reitera:

"Como puede apreciarse por la transcripción del interrogatorio ninguna pregunta de manera directa e inequívoca se formula al procesado con relación a un herido como consecuencia del incidente, a la posibilidad o no de haber tenido conocimiento de ese hecho; a las condiciones de manejo del arma, entrenamiento, posibilidad de prever tal resultado, conocimiento de la persona presuntamente ofendida, en fin, de todas aquellas circunstancias que ahora y en la condena que se profiere contra mi defendido se le reprochan de no haberlas tenido en cuenta, de la imprudencia culpable, en una palabra, de todo aquello que conforma la culpa penal" (fl. 58-2).

Insiste, ante el hecho de que el instructor conocía lo ocurrido, en que "disponía de información suficiente para haber estructurado una indagatoria amplia y a través de ella haber formulado cargos concretos al procesado para que pudiera explicar su conducta y defenderse de los mismos" (fl. cit.).

Señala que de todos modos no se interrogó al acusado por el homicidio culposo objeto de la sentencia impugnada (por el cual fue primero detenido preventivamente y luego acusado), y agrega que cuando murió la víctima se ha debido ampliar la injurada en cuestión.

Cita jurisprudencia acerca del carácter esencial que tiene en el proceso la indagatoria (Providencia de 27 de agosto de 1992, Mag. Pte. Dr. Saavedra Rojas), diligencia en la cual se exige que "se concrete la imputación" (fl. 62). "Que el procesado -indica la referida jurisprudencia- sea interrogado de manera clara y precisa sobre los hechos constitutivos de infracción a la ley penal y sobre las circunstancias anejas (sic) a ellos, constit verdadero requisito de procesabilidad para que se pueda ejercer el derecho de defensa" (fl. 62).

Insiste en que al procesado no se le indagó en concreto por el delito de homicidio culposo, cosa que tampoco hizo el Juez de conocimiento, y subraya que no se le interrogó allí por la lesión o muerte de una persona, quedando la justicia sin saber cuál es la versión del procesado acerca de la previsibilidad que se le reprochó posteriormente (fl. 66).

Reitera que se violó el derecho de defensa y precisa: "Es tan cierta mi apreciación que la defensa técnica hecha tardíamente en el proceso como en su oportunidad demostraré, quedó huérfana en sus planteamientos con relación al planteamiento sobre la culpa sin previsión y el caso fortuito y no fue aceptada por la potísima razón que (sic) no tenía sustento procesal sobre el cual afirmarse como consecuencia de la omisión aquí demostrada" (fls. 66 y 67).

Cargo segundo

También invoca nulidad, sobre la base de que el acusado no tuvo defensa técnica, pues dice que el apoderado de confianza que lo asistió en indagatoria "se limitó a través de un escrito a solicitar la entrega del automóvil Volkswagen de propiedad de mi poderdante y la obtuvo. Participó en una diligencia de inspección judicial, así como en ampliación de declaración del señor Nieves Baldeón" (fl. 68).

Afirma que el dicho apoderado no alegó de conclusión, no controvirtió los peritajes y "no solicitó pruebas a favor de su defendido, pudiéndolo haber hecho y principalmente si plantearía el caso fortuito como efectivamente lo hizo en la audiencia pública, ninguna diligencia solicitó que le sirviera de fundamento a sus alegaciones. Fue pues pasiva su presencia en el sumario" (fl. 68), pasividad que le reprocha aún más en la etapa del juicio. "Cierto es -dice- que alegó de manera erudita y juiciosa sobre los fenómenos teóricos de la culpabilidad culposa y del caso fortuito, pero, repito, sin ninguna fortuna para su patrocinado precisamente por no haber propiciado una sola prueba siquiera, distinta a las practicadas de oficio primero con los acompañantes del procesado y luego por iniciativa del instructor las demás que naturalmente no apuntaron a la demostración de la causal de exculpación que se propuso en la audiencia y que fue finalmente desechada en las dos instancias" (fl. 69).

Agrega que nada hizo el defensor con relación al peritaje sobre daños y perjuicios, no obstante haber sido mal cuantificados. Anota más adelante que "si la estrategia del defensor hubiera sido alegar el caso fortuito, circunstancia ésta excepcional, lo prudente, lo que cualquier mandatario

hubiera debido siquiera intentar era una actividad probatoria que condujera a la demostración del caso; no con la pasividad, el dejar hacer y dejar pasar para en oportunidad a la cual no podía faltar como era la audiencia pública, llegar a sostener una tesis jurídica y debatirla exclusivamente en el campo teórico, huérfana por tanto de respaldo probatorio" (fl. 70).

Cargo tercero

Afirma que existen irregularidades sustanciales constitutivas de nulidad debidas a que no se cumplieron las actuaciones previstas en los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal, atinentes a la extinción de la acción penal cuando haya reparación integral del daño ocasionado con el delito. Habla sobre la audiencia de conciliación y señala que el funcionario judicial está en la obligación de propiciar un acuerdo entre el procesado y la víctima "citando para audiencia de conciliación como uno de los ritos del proceso penal y por los delitos que admiten preclusión o cesación de procedimiento" (fl. 73), omisión -dice- que perjudicó entonces al procesado, porque a su respecto no se le dio oportunidad de que se le decidiera la preclusión o la cesación de procedimiento. "En uno y otro caso -alega-, bien porque omitió el funcionario la diligencia, ora porque no la solicitó el defensor de confianza, lo cierto es que no se cumplió con una actuación fundamental en el proceso y se privó con ello al procesado de la obtención de esos innegables beneficios de los cuales nos venimos ocupando".

Cargo cuarto

Con fundamento en el artículo 220-1, cuerpo segundo del C. de P. P., dice el casacionista: "La censura que habré de hacer a la providencia recurrida dice relación con la condena al pago de los perjuicios en cantidad equivalente al valor de 3.000 gramos oro en favor de las personas constituidas en parte civil" (fls. 74 infra y 75).

Se refiere a la aclaración de voto a la sentencia impugnada y considera que con base en éste "es forzoso aceptar que la sentencia recurrida en casación es violatoria de la ley sustancial al haber incurrido el sentenciador en error de hecho al suponer o presumir la existencia de la prueba demostrativa del perjuicio material que se predica sufrieron las señoras ya mencionadas, por la muerte de su pariente señor Cifuentes" (fl. 75), y afirma que "el único perjuicio demostrado en el proceso es el 'daño emergente', esto es la suma de $514.100.00 pagados por concepto de gastos funerarios" (fl. cit.).

Sostiene que no existe en autos prueba de que Blanca Judith Cifuentes González y Luz Amparo Cifuentes, "quienes se constituyeron en parte civil", dependieran económicamente y en forma legal de éste (el occiso Cifuentes), para reclamar esa indemnización, ya fuera por enfermedad o incapacidad física o mental, y, por tanto, se liquidara a su favor esa cantidad de dinero "como lo sostiene el H. Magistrado que aclaró el voto" (fls. 75 y 76), aduciendo que, en esas condiciones, el fallo recurrido viola "los artículos 103 y 105 del Código Penal, que imponen la obligación de reparar el daño ocasionado con el delito al responsable en el caso del artículo 105 y que reconoce, caso del artículo 103, al delito como fuente de obligaciones" (fl. 76), e insiste en que el fallador erró "al dar por demostrado que las personas constituidas en parte civil se encontraban en la situación prevista por los artículos 419, 420 y 422 del Código Civil y que consecuentemente en el procesado nacía la obligación de indemnizar de que tratan los artículos 103 y 105 del Código Penal, los cuales por ausencia de prueba en los perjuicios materiales alegados fueron aplicados en indebida forma" (fl. 76).

En esos términos, pues, demanda la casación del fallo.

ALEGATO DEL APODERADO DE LA PARTE CIVIL

Este sujeto procesal se opone a las pretensiones de la demanda que se han reseñado, y al efecto dice en primer término que al sindicado se le exhortó "para que hiciera un relato de los hechos, y reconoce haber efectuado tres disparos conforme los hechos por él narrados, sin importarnos qué los motivó, ya que, en últimas, dieron lugar inicialmente a unas lesiones, que propiciaron la captura del mismo cuando pretendían salir del departamento del Tolima, en la vía que conduce a Armenia (Q.), para seguir hacia Cali, según su versión, y que finalmente derivaron la muerte a *José Manuel Cifuentes*" (fl. 84-2).

Señala que "como se indicó en la demanda de reclamación de perjuicios, la señora Blanca Judith Cifuentes, progenitora del hoy occiso, es persona analfabeta, que nunca ha trabajado, lo mismo que la hermana del fallecido, quienes en un todo dependían de su hijo y su hermano, quien siempre fue ejemplo para la sociedad" (fl. cit.).

Posteriormente protesta por la cantidad de pena privativa de la libertad impuesta al procesado (fl. 85) y critica la aclaración de voto de uno de los Magistrados falladores en relación con los perjuicios ocasionados por quien es "descendiente de una casta militar" y ocupa una determinada posición social (fls. cit., infra).

Termina pidiendo que no se case la sentencia en ninguna de sus partes.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA Y CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cargo primero

Atañe el mismo a que al procesado no se le interrogó en la indagatoria en forma concreta por el hecho cometido, ni mucho menos por el constitutivo de homicidio culposo. Esa omisión, dice el censor, configura nulidad por violación al derecho de defensa.

1. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal anota, en primer término, que el Juzgado 42 de Instrucción Criminal dejó constancia de que al imputado se le hizo saber de los derechos contenidos en el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, que la captura se realizó bajo la imputación de tentativa de homicidio y que el capturado firma esa diligencia "conociendo los motivos por los cuales está capturado" (fl. 22 cuaderno Corte).

Expresa que, posteriormente, cuando se recibió ampliación de testimonio a Carlos Antonio Nieva, la situación se aclaró, y que por ello en el auto que resolvió la situación jurídica al sindicado Gutiérrez Escobar, se dijo que, en relación con el citado declarante, el procesado "estaría incurso en el hecho punible de daño en bien ajeno, artículo 19 de la Ley 23 de 1991, que procede por querella de parte, la que no ha sido presentada por el ofendido. Por tanto, no resulta cierta la afirmación del demandante relativa a que no se tomó ninguna determinación respecto de Nieva Baldeón" (fl. cit.).

En cuanto a la inconformidad capital del censor, de no haberse ampliado la injurada del implicado Gutiérrez Escobar para interrogarlo en concreto por el homicidio culposo, dice la Delegada: "Si revisamos la aludida diligencia de descargos, jamás se hizo referencia a determinado delito, tentativa de homicidio y homicidio culposo, ella se dirigió a establecer los hechos materia de investigación y las respuestas dadas por el sindicado, para el instructor, resultaron suficientes, por lo que la injurada, junto con los demás elementos de convicción que se allegaron en ese momento de la investigación, constituyeron la base para que al definirse la situación jurídica del encartado se le dictara medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio" (fl. 23), por lo cual piensa la Delegada que el sindicado sí tuvo la oportunidad de defenderse "de la imputación que motivó su vinculación procesal" (fl. cit.).

Transcribe ciertos apartes de la indagatoria en cuestión y deduce de allí "que el incriminado tenía pleno conocimiento no solamente de la

conducta que había realizado -disparar su arma imprudentemente, según se desprende de su mismo relato-, sino también del resultado de su acción -lesiones a un taxista-, elementos con los cuales se estructuró la imputación en su contra cuyo resultado jurídico y naturalístico posterior -muerte- no condicionó ni impidió, dadas las circunstancias del hecho, una adecuada defensa al inculpado, quien además se enteró del fallecimiento de José Manuel Cifuentes el día siguiente de lo ocurrido, cuando recibió notificación del auto de detención" (fl. 24).

Es del criterio que, en esas condiciones, la ampliación de indagatoria no resultaba necesaria, y que la resolución acusatoria es, por tanto, enteramente válida, sin que sea aplicable la jurisprudencia citada por el casacionista, que trató, no el advenimiento de un resultado posterior "sino la ausencia de interrogatorio sobre la conducta constitutiva del delito de falsa denuncia que fue deducido en el pliego de cargos".

Finalmente acota que el censor pasa por alto que el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal ordena al funcionario judicial interrogar al indagado sobre "los hechos que originaron su vinculación" y no sobre las calificaciones jurídicas que a ellos puedan darse, y que si bien esto es aconsejable para restar bases a infundados ataques de nulidad, su no referencia no disminuye las oportunidades defensivas del inculpado ni lesiona sus garantías procesales" (fl. 27), "hechos" sobre los cuales, como se vio -dice la Delegada- sí fue interrogado Gutiérrez Escobar.

Sostiene, consecuentemente, que el cargo no debe prosperar.

2. La Sala, acogiendo en lo sustancial lo que la Procuraduría dice, considera:

Es una equivocación ostensible exigir que desde la misma indagatoria que se recibe al imputado recién pasados los hechos (como ocurrió en este caso), deba enterársele de la calificación jurídica que hasta el momento recibe la conducta objeto de reproche. No: como bien lo recuerda la Delegada, es la misma *ley* la que dispone indagar por los *hechos* estructurantes de la imputación y de los cuales emerge posteriormente (primero al resolverse la situación jurídica y luego al calificarse el proceso) la acomodación jurídica que a ellos debe dárseles. Porque el sindicado, al defenderse de los hechos concretos, en principio, ya se está defendiendo de la hipotética adecuación que en derecho éstos merezcan. Lo anterior cobra fuerza en este concreto asunto, en el cual cuando se indagó al imputado no se conocía todavía que la víctima había fallecido.

Ahora bien, en la diligencia de indagatoria (fls. 23 y ss.-1), el imputado tuvo la primera oportunidad de dar su versión sobre lo sucedido, como en

efecto lo hizo al sostener que "en ningún momento nosotros supimos de la persona herida, pero cuando ya habíamos sido capturados por la policía (con anterioridad sostuvo -fl. 24 vto.- haber sido enterado de las heridas causadas a un taxista), pero en ningún momento nadie nos dijo que habíamos herido a alguna persona" (fl. 26-1), y agrega, cuando se le pregunta si tiene algo más que decir, "que en ningún momento pretendí herir a nadie, lo que hice fue apuntando los disparos hacia la llanta de la Luv para evitar que ésta continuara y nos dejara seguir y como ya dije anteriormente el tercer disparo el cual pegó en el vidrio y salió por el panorámico, no me explico por qué pegó ahí, pero debió de haber sido por el nerviosismo que en ese momento teníamos porque el carro estaba en movimiento... Ruego al señor Juez que como hasta el momento no existe indicio ni prueba testimonial ninguna que me comprometa como autor de una tentativa de homicidio y de que por otra parte la responsabilidad por las lesiones a terceros (sic) que apareció herido posiblemente por acción de los disparos que hice sería a título de culpa..." (fl. 26 vto.).

Como se ve, el indagado entrevió incluso que los efectos de su acción (simple daño o muerte) eran culposos, como efectivamente se consideró en el curso de todo el proceso.

No sobra agregar, con relación a un simple comentario que hace el casacionista al respecto, que al momento de ser capturado el procesado Gutiérrez Escobar -apenas poco después de ocurridos los hechos-, aparece una constancia del Juzgado 42 de Instrucción Criminal Permanente que dice (fl. 4-1): "En la fecha les hago saber a los capturados (el procesado y sus acompañantes que fueron pronto dejados en libertad, fl. 7) Diego Alberto Arévalo Vélez, Jorge Ricardo Gutiérrez Escobar y Andrés Mauricio Guevara Arévalo, los derechos contenidos en el artículo 403 del C. de P. P., y al efecto les hago saber que sus capturas las realizó la Policía Nacional, bajo la sindicación de tentativa de homicidio; que tienen derecho a entrevistarse con un abogado, e indicar la persona a quien se le deba comunicar su aprehensión. Enterados firman, manifestando que ya sus familias tienen conocimiento de su captura, que saben por qué motivos están capturados y que a cualquier momento se entrevistarán con un abogado".

Ante la evidente falta de fundamento en que se apoya el cargo, él no prospera.

Cargo segundo

Se hace consistir en que el procesado Gutiérrez Escobar no tuvo una defensa real en el proceso por parte de su apoderado de confianza, originándose entonces la correspondiente causal de nulidad.

1. Dice la Delegada al respecto que "la misión sagrada del defensor no puede estar atada a rígidas reglas que impongan la obligación de solicitar pruebas determinadas o recurrir todos o algunos pronunciamientos del funcionario judicial. Lo importante, en este punto, es que la actividad de la defensa técnica responda a la función que tiene de proteger los intereses de quien se enfrenta a la función punitiva del Estado y que lo haga dentro de las normas que rigen la profesión de abogado y con los conocimientos mínimos atinentes a la ciencia del derecho" (fl. 28). En seguida añade:

"Así las cosas, el no haberse solicitado por parte del profesional de confianza del sentenciado pruebas que condujeran a la demostración de la causal de inculpabilidad que alegó en la audiencia, no puede elevarse a la categoría de nulidad, máxime cuando el investigativo exhibe numerosas pruebas como muestra de la intención de obtener los suficientes elementos de juicio para llegar a la verdad real, como las declaraciones, inspecciones judiciales, dictámenes y comisiones para su práctica a la Unidad Investigativa de la Fiscalía.

"Es innegable el hecho de que el defensor no presentó alegatos de conclusión ni solicitó prueba alguna, pero al proceso no parece faltarle tal actividad ya que sus decisiones de fondo están amparadas en juiciosos razonamientos y material probatorio adecuado, el que pudo ser controvertido ampliamente por el defensor quien siempre estuvo atento al desenvolvimiento del proceso.

"Por ello, no es acertado el demandante cuando afirma que la figura del caso fortuito no tuvo eco por la falta de pruebas que el profesional del derecho no solicitó, como quiera que oficiosamente se evacuaron algunas diligencias tendientes a determinar las condiciones de su existencia -inspección judicial a la vía y a los vehículos, testimonios-..." (fls. 28 y 29).

Reproduce la Delegada algunos apartes que el proceso contiene dirigidos a destacar que el error aducido por el acusado no era invencible y a reafirmar la imprudencia de su conducta.

En cuanto al dictamen sobre perjuicios, dice que son impertinentes las alegaciones respecto de que no se combatió el mismo, ya que el sentenciador para este efecto no tuvo en cuenta la referida experticia.

Al estimar que no se "coartó" el derecho a la defensa, es criterio de la Procuraduría que el cargo no debe prosperar.

2. En primer término es de advertir que cuando se alega nulidad por falta de actividad probatoria y/o por no impugnar determinado pronunciamiento judicial, el actor está en la obligación de demostrar, en

el primer caso, qué pruebas fueron omitidas y cuál la incidencia de esta omisión en la situación del acusado. Y si lo que quiere censurar, para pedir la nulidad del proceso, es la no impugnación de un determinado pronunciamiento judicial por parte del defensor, también está obligado a demostrar la trascendencia en el proceso de esta inactividad profesional.

Limitarse a afirmar -como lo hace aquí el censor- que no se pidieron pruebas por parte de la defensa y que no recurrió las decisiones adversas a su representado, es quedarse en el mero enunciado, ya que debe admitirse que unas aseveraciones así hechas carecen enteramente de sustentación. Pedir pruebas por pedir, impugnar por impugnar, no sólo es inane sino que incluso puede en determinados casos exhibir un censurable propósito, como podría ser el de dilatar la actuación procesal, o el de aparentarle a su patrocinado una diligencia profesional que en realidad a nada conduce.

En este proceso de verdad que los funcionarios judiciales, se mostraron acuciosos y afanosos en la obtención de la llamada verdad real, búsqueda inherente a todo funcionario instructor y también a quien falla el proceso. No alegar antes de la calificación del sumario o no impugnar esa calificación, bien puede obedecer a una táctica de la defensa o a una tácita conformidad con la resolución de acusación por considerarla justa. Sería arbitrario, entonces, tomar estas circunstancias como evidencias de una pretendida ausencia de defensa técnica.

Por no estar sustentada esta censura de nulidad, la Corte la desechará.

Cargo tercero

Asevera el casacionista que no se dio cumplimiento a la conciliación ni a la preclusión de la instrucción o a la cesación de procedimiento previstas en los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal, normas modificadas por la Ley 81 de 1993. Dice concretamente que los funcionarios judiciales que conocieron del proceso no "propiciaron" dichas actuaciones, las cuales tampoco fueron activadas por el defensor. Por ello, concluye, existe nulidad del proceso.

1. La Procuraduría Delegada considera que el censor plantea "situaciones que ni siquiera alcanzan el grado de irregularidad" (fl. 31), por cuanto que la mencionada Ley 81 entró en vigencia después de proferida la sentencia de segunda instancia, por lo cual ha de afirmarse que al tiempo de la actuación procesal "la audiencia de conciliación no era obligatoria" (fl. 32), sino deferida a la voluntad discrecional de las partes y del funcionario judicial, este último en tratándose de la conciliación. Anota que la llegada a un acuerdo entre las partes no es "definitiva" y que si

éstas "no concilian resulta aventurada la afirmación del demandante relativa a que a su prohijado se le privó de 'innegables beneficios'".

Agrega que la no realización del avalúo de perjuicios en la etapa de instrucción no impedía que el procesado o su defensor solicitaran la celebración de la audiencia de conciliación, "pues como quedó visto, con ella se busca el acuerdo entre los sujetos que conforman la relación jurídico-procesal" (fl. 32).

Es del sentir entonces que el cargo tampoco debe prosperar.

2. Para la Sala es claro el tenor de las normas mencionadas por el casacionista en este reproche: artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal, sin modificación alguna, ya que la ley 81 de 1993 no había entrado aún a regir (lo empezó en noviembre de 1993, y el fallo de primera instancia lleva fecha de 7 de julio de dicho año).

El mencionado artículo 38 contempla la conciliación durante la investigación previa o durante la instrucción, únicamente para los delitos que admitan el desistimiento, entre los que no está el homicidio culposo por el cual se procedió en este asunto (art. 33 *ibidem*).

Respecto del artículo 39, éste permitía la extinción de la acción penal cuando existiera reparación integral del daño ocasionado, previo avalúo pericial: esta norma no da ningún pie para pensar que esa reparación tuviera que darse por iniciativa del funcionario judicial que conoce del proceso, como que la misma queda a disposición de los respectivos sujetos procesales, que en este caso no la procuraron.

No teniendo entonces razón alguna el casacionista en el soporte de este cargo, el mismo no debe prosperar.

Cargo cuarto

El actor sostiene, por la vía de la transgresión indirecta de la ley (art. 220-1, cuerpo segundo) que el fallador supuso la prueba sobre la dependencia económica de la madre y la hermana del occiso, quienes se constituyeron en parte civil, error que llevó a condenar excesivamente al procesado por dicho concepto.

1. Anota la Delegada que, en principio, dicha alegación pudiera prosperar, pero que no lo consigue debido a que el sentenciador no condenó al procesado a pagar los perjuicios en favor de las referidas familiares del occiso, sino en pro de los sucesores, y que conforme a las declaraciones de Rubén Darío Rojas Mora, Abelardo Chávez Garzón y Licinio de Jesús Salazar Loaiza (fls. 183, 184 y 187-1), a la víctima del punible aquí juzgado

la suceden dos menores de edad, quienes de acuerdo con la ley tienen derecho a ser resarcidos.

Piensa, pues, que el cargo no prospera y que la sentencia debe mantenerse.

2. Tal como lo destaca la Delegada, el actor en este último cargo parte de una premisa errónea, cual es que los juzgadores condenaron al acusado a pagar los perjuicios inferidos con su conducta delictiva en favor "de las señoras Blanca Cifuentes González y Luz Amparo Cifuentes quienes por medio de abogado se constituyeron en parte civil", no obstante que en relación con éstas jamás se demostró que "dependieran económica y en forma legal" del occiso, "ya fuera por enfermedad o incapacidad física o mental".

Si el casacionista, y también el H. Magistrado que aclaró su postura frente a la de la decisión mayoritaria, hubieran leído con detenimiento y en su totalidad, tanto el fallo de primera como el de segunda instancia, seguramente que el primero no habría formulado este cargo, ni el segundo hubiera aclarado su voto.

En efecto. En la parte motiva de la sentencia de primera instancia, con toda claridad se determinó que la condenación al pago de los perjuicios se decretaría "*a favor de los sucesores*", y en la parte resolutiva de la misma se concretó esta decisión, al disponerse en el ordinal tercero de ésta, "condenar a Jorge Ricardo Gutiérrez Escobar a que pague los perjuicios ocasionados por el hecho que se le está condenando, *a los sucesores* en el equivalente...".

El Tribunal, por su parte, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia que acaba de reseñarse, aunque en la parte motiva de su decisión incurrió en el mismo error de la aclaración de voto, tal vez debido a la circunstancia de que su autor lo fue también de la ponencia, es lo cierto que culminó su fallo con la categórica determinación de "confirmar *en todas sus partes* la sentencia objeto del recurso de apelación a que se hizo mérito anteriormente."

Así las cosas, para la Corte no queda duda alguna que la indemnización de perjuicios no se decretó en favor de la madre y la hermana del occiso, como equivocadamente lo han entendido algunos en este proceso, sino en favor de los "*sucesores*", que no son las precitadas personas, sino los hijos de la víctima, que por serlo, las excluyen de la sucesión, de conformidad con las normas civiles que regulan la materia (Ley 29 de 1982, art. 4). La existencia de estos hijos aparece confirmada con las declaraciones rendidas por Rubén Darío Rojas Mora (fl. 183), Abelardo Chávez Garzón (fl. 184) y Licinio De Jesús Salazar Loaiza (fl. 187).

Si el censor, para formular este cargo partió de una premisa equivocada, es lógico deducir que su conclusión también está afectada de error, y por ello este cargo igualmente será desestimado, por no ser cierto el fundamento en que se apoya.

Resulta imperativo, finalmente, que la Corte se ocupe de destacar algunos aspectos en torno a situaciones como la aquí generada, debido a la manera como termina fallándose en ocasiones la acción indemnizatoria dentro del proceso penal.

Ninguna discusión admite la discrecionalidad del juez penal sobre el punto, llegado el momento de resolver la responsabilidad penal. Sin embargo esa discrecionalidad no implica un ejercicio incalculado sobre las declaraciones de derecho que corresponde hacer, dando lugar a confusiones o, por qué no, a la prolongación de litigios, cuya evitación, precisamente, ha sido uno de los motivos por los cuales el desarrollo de la indemnización derivada del delito ha sido determinada en el sentido de dotar al juez penal de amplias atribuciones al respecto.

En el caso aquí decidido, si el sentenciador optó por resolver la indemnización en favor de los sucesores de la víctima, sujetos distintos de quienes habían sido reconocidos parte civil, era imperioso pronunciarse acerca de la pretensión de estos últimos y de la responsabilidad del sentenciado en relación con ellos.

No haberse procedido así, ha dado lugar a dejar irresoluto un aspecto de la relación, con evidente transgresión del principio de congruencia, según el cual, la sentencia debe estar en consonancia con la pretensión aducida en la demanda, tener en cuenta los hechos modificativos o extintitivos del derecho sustancial sobre el cual versa el litigio, etc. (art. 305 C. de P. C., modificado Decreto 2282 de 1989).

La Corte expresa su preocupación por la ocurrencia de este tipo de irregularidades, contrarias a los principios que informan la función judicial, mucho más si ellas solo son detectadas en sede del recurso extraordinario de casación, donde las posibilidades de enmienda quedan condicionadas a la proposición y demostración de determinados errores, salvo la anulación oficiosa o la casación para la preservación de las garantías individuales, aspectos estos últimos no predicables del caso objeto de pronunciamiento.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la sentencia recurrida no se casará.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. *Cúmplase.*

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

SENTENCIAS / AUTOS

Para alguien que conozca el derecho resulta evidente que las providencias judiciales se clasifican en sentencias y autos, siendo aquéllas las que ordinariamente ponen fin a una actuación procesal con reconocimiento expreso de la culpabilidad del procesado -sentencia condenatoria- o de su inocencia -sentencia absolutoria-, si de instancias se trata, o definen la casación o la acción de revisión; y éstos, decisiones que si resuelven algún incidente o aspecto sustancial del proceso, se denominarán 'autos interlocutorios', para diferenciarlos de los de sustanciación que se ocupan de meros trámites o impulsos procesales. Solo por excepción, la ley denomina 'sentencia' a una decisión que en sede de casación invalida un proceso; en los demás casos la determinación que en tal sentido tomen los jueces en las instancias es naturalísticamente un "auto interlocutorio", así se haya pronunciado con ocasión de la revisión de una sentencia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.125

Proceso No. 9030

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por el apoderado de la *parte civil*, contra la sentencia proferida el 17 de agosto de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, mediante la cual en Sala mayoritaria se *absolvió* al coprocesado *Luis Roberto Castro Murillo* del delito de homicidio en la persona de Saúl Silva Peñalosa y se *anuló* parcialmente lo actuado respecto del coprocesado *Gonzalo Castro Murillo* en relación con el mismo homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En jurisdicción del municipio de Confines, granja 'La Vega', el 14 de abril de 1992, siendo aproximadamente las cuatro de la tarde, *Luis Roberto Castro Murillo* y Saúl Silva Peñalosa se agredieron recíprocamente con

sendas armas de fuego, ocasionándose lesiones que al primero no le impidieron dirigirse en su propia motocicleta al área urbana en procura de atención médica, mientras que el segundo hubo de ser recogido por algunas personas que lo trasladaron al mismo pueblo, pero ante el estado de ambos, fueron llevados separadamente al Hospital del municipio del Socorro, a donde arribó primero *Luis Roberto,* siendo atendido inmediatamente por el servicio de urgencias. Al llegar el otro lesionado, fue agredido en momentos en que era sacado del vehículo que lo transportaba, pero esta vez por un hermano de aquél de nombre Gonzalo Castro Murillo, con resultados fatales, pues falleció.

Iniciada la investigación penal por el Juzgado 19 I. C. del Socorro, los hermanos Castro Murillo fueron vinculados con indagatoria y posteriormente, mediante resolución acusatoria de la Unidad de Fiscalías número 13, comprometidos en juicio así: a *Luis Roberto,* por homicidio voluntario, y a *Gonzalo,* a quien se había practicado examen médico-psiquiátrico por el Instituto de Medicina Legal de Bucaramanga, por homicidio agravado en calidad de inimputable.

Tramitada la causa, en cuyo transcurso se practicó nuevo peritaje médico a Gonzalo por el Instituto de Medicina Legal, esta vez en Santafé de Bogotá, en el que se desechó toda causa de inimputabilidad y se concluyó que al momento de obrar lo hizo bajo un estado de ira y dolor, el Juzgado de primera instancia emitió fallo de condena para ambos implicados por los cargos deducidos en la resolución acusatoria, imponiéndoles las penas que consideró condignas pero considerando imputable a Gonzalo, fallo que el Tribunal Superior del Distrito dejó sin efecto al *revocar* la condena de *Luis Roberto,* en cuyo favor reconoció la excluyente de antijuridicidad de legítima defensa, y *anular* el proceso parcialmente a partir de la ejecutoria del auto de cierre de investigación respecto de *Gonzalo Castro Murillo,* determinaciones contra las cuales se ha recurrido en casación por la parte civil. (fls. 4 y ss., 166, 212-228, 253 v., 274 y ss., 318-369 cd. ppl. 1; cd. ppl. 2; cd. Tr.).

LA DEMANDA

Luego de un vasto recuento de los hechos y de la actuación procesal, con reseña y comentarios sobre algunas de las pruebas recaudadas, y con el entendido de estar *demandando* la sentencia del Tribunal en una *primera censura,* bajo un extenso acápite que denomina:

"Primera causal de casación invocada contra la sentencia aquí acusada en segunda instancia por el Honorable Tribunal Superior de San Gil, fecha diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Enunciación de la primera causal invocada: art. 220 numeral segundo, formula un primer cargo, así:

"*Cargo Primero*: Error de derecho al variar la situación jurídica del sindicado, inimputable a imputable".

El recurrente formula varios comentarios en torno a la decisión anulatoria del Tribunal de segunda instancia, con relación al coprocesado, Gonzalo Castro Murillo, la que encuentra *acertada* y solicita, por tanto, "*no casar*".

Ya, en relación al fallo de absolución, dos cargos formula a la sentencia, que guardando el mismo orden de presentación en la demanda, se resumen así:

Primer Cargo. La sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad, debido a la errada calificación del delito de homicidio en referencia con el coprocesado *Luis Roberto Castro Murillo.*

Coreando, según precisa, la posición de la defensa de este implicado en los debates, el señor representante de la parte civil afirma que habiendo sido lesionado Saúl Silva por *Luis Roberto* en la granja 'La Vega' del municipio de Confines y trasladado al Hospital Regional del Socorro en busca de atención médica, en estado grave, pero con sus signos vitales, respiración corta y marcada palidez, aunque *agonizante*, al decir de la testigo Herminda Munévar, la muerte *no* se la ocasionó *Luis Roberto*, sino el procesado Gonzalo Castro, porque las heridas que aquél le infligió:

"no se encuentran enmarcadas dentro de las que efectivamente le causaron la muerte, sino que están dentro de la posibilidad de fallecer, si no se hubiese presentado un elemento perturbador, como fue la alevosa actitud" de Gonzalo; por consiguiente, *Luis Roberto* debió ser comprometido en juicio solamente por *tentativa de homicidio*, mientras que *Gonzalo* bien lo estuvo por el homicidio consumado.

Agrega que sobre una persona "no se pueden cometer dos homicidios y las acciones de los hermanos Castro Murillo no son concomitantes"; y que no son coautores los procesados porque cada uno actuó en un estadio diferente de la acción criminosa.

Cargo segundo. La sentencia, en cuanto absolutoria del mismo *Luis Roberto Castro Murillo*, es violatoria de una norma de derecho sustancial, por error en la apreciación de la prueba.

Afirma que en el proceso obra prueba de que este acusado tenía amenazado de muerte al occiso, quien así se lo hizo saber a varias personas,

llegando incluso a "presentar un memorial querellando en busca de proteger su vida..."; que aquél tenía fama de violento, de buscapleitos y de ufanarse de portar y usar armas de fuego, mientras que la víctima era persona pacífica, que el día de los hechos regresaba con el mercado para su familia sin sospechar que *Luis Roberto* lo estuviera esperando para atacarlo aprovechando estar en sitio solitario como lo hizo, de lo cual dio cuenta la testigo Mireya Durán, quien lo vio disparar sin estar aún herido, de donde se infiere que los disparos que el occiso le hizo fueron para repeler la agresión.

No tenía entonces cabida "la eximente montada en la indagatoria para que quedara impune su acción", y tampoco sus explicaciones podían recibir la credibilidad que el Tribunal les otorgó "en contra de los testimonios de personas honorables, mayores de edad, identificados legalmente y cuyo dicho nunca fue controvertido ni rechazado".

Finalmente, en cuanto al cargo por *nulidad,* solicita el actor, se case la sentencia en lo referente a la absolución de *Luis Roberto Castro Murillo* y en su lugar se *invalide* el proceso a partir de la ejecutoria del auto de cierre de investigación para que se reponga lo actuado previa corrección de la resolución acusatoria.

Nada en concreto pide respecto del segundo cargo presentado con apoyo en la causal primera.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Tras advertir que lo que el demandante cataloga como primer cargo contra la sentencia del Tribunal *no* lo es por la conformidad que expresa con la decisión a la cual se refiere. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en relación con los demás cargos, se opone a la pretensión de la demanda sugiriendo la *no casación* impetrada, enfatizando tanto en los severos yerros de técnica casacional que afectan el escrito, como en la ausencia de fundamento de los reproches.

Advierte que al cuestionar la calificación sumarial en el cargo donde depreca la nulidad parcial del proceso, no especifica qué garantía se vulneró, dejando la censura incompleta; además de ser las apreciaciones que la desarrollan, incoherentes y superficiales, sin que logren refutar las consideraciones del fallador.

La oposición al cargo último estriba en la omisión en citar las normas sustanciales supuestamente transgredidas por el Tribunal y la falta de desarrollo del planteamiento sobre la errada apreciación probatoria que pregona, limitándose el discurso a afirmar la existencia de pruebas

demostrativas del temperamento pacífico del occiso en oposición a la inferencia del Tribunal referida a que quien atacó al procesado fue el obitado, pretendiendo sacar avante el criterio del censor sobre el del Tribunal respecto del grado de credibilidad de unos testimonios.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Siendo el recurso extraordinario de casación una oportunidad que brinda la ley para que los sujetos procesales procuren la *remoción* de la sentencia de segunda instancia -así lo establece el numeral 3o. del artículo 225 C. P. P.- que por errores *in procedendo* o *in iudicando* termina afectando sus derechos, no resulta comprensible que en el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor apoderado demandante califique como uno de los cargos al fallo, -el que distingue como "*primero*" en su escrito-, dedicada como está su argumentación a manifestarse *de acuerdo* con la decisión de *invalidar* parcialmente lo actuado respecto del coprocesado *Gonzalo Castro Murillo*, quien fuera comprometido en juicio mediante resolución acusatoria por el delito de homicidio agravado como *inimputable* pero condenado en primera instancia con exclusión de esa calidad subjetiva, en pronunciamiento que el Tribunal consideró anfibológico y vulnerador del derecho de defensa y por lo tanto determinante de la invalidación final que procura ahora el recurrente, pues en su escrito pide "no casar" tal decisión, como si, además, fuese ésta una sentencia.

Alegaciones de este jaez evidencian, si no un desconocimiento del instituto de la casación en un profesional del derecho, que como tal debe ser un colaborador leal con la administración de justicia, sí, por lo menos, revela un descuido mayúsculo en la presentación y desarrollo de la acusación que no por ser hoy menos rígida en su concepción normativa y jurisprudencial, deba convertirse en alegación libre e incoherente.

Para alguien que conozca el derecho resulta evidente que las providencias judiciales se clasifican en sentencias y autos, siendo aquéllas las que ordinariamente ponen fin a una actuación procesal con reconocimiento expreso de la culpabilidad del procesado -sentencia condenatoria- o de su inocencia -sentencia absolutoria-, si de instancias se trata, o definen la casación o la acción de revisión; y éstos, decisiones que si resuelven algún incidente o aspecto sustancial del proceso, se denominarán 'autos interlocutorios', para diferenciarlos de los de sustanciación que se ocupan de meros trámites o impulsos procesales. Solo por excepción, la ley denomina '*sentencia*' a una decisión que en sede de casación invalida un proceso; en los demás casos, la determinación que en tal sentido tomen los jueces en las instancias es naturalísticamente un

"auto interlocutorio", así se haya pronunciado, como ocurrió en este caso, con ocasión de la revisión de una sentencia. Ha dicho la jurisprudencia pacíficamente que no por que se tomen diversas decisiones dentro de un mismo cuerpo de una providencia, cambia la naturaleza jurídica que la ley da a esas determinaciones; es apenas una práctica que por economía procesal suele usarse en los estrados judiciales. Muchas veces, en un auto interlocutorio de definición de situación jurídica, por ejemplo, se ordenan pruebas, y no por ello esta determinación deja de ser de sustanciación; así mismo, no porque el Tribunal de San Gil en la misma providencia en que absolvió al procesado *Luis Roberto Castro* haya resuelto *anular* parcialmente el proceso respecto de Gonzalo Castro, esta determinación adquirió la naturaleza de "sentencia". Es y sigue siéndolo un auto interlocutorio contra el cual no cabe el recurso extraordinario de casación, pues éste está reservado por el legislador para las sentencias de segunda instancia, bien por la vía del recurso tradicional o del discrecional referidos en el artículo 218 del C. de P. P. No hay lugar, entonces, a estudiar tal reproche.

Ahora bien, en cuanto hace a los cargos que contra la sentencia se formularon se tiene:

Cargo de Nulidad. La nulidad del proceso por errada calificación del delito respecto del coacusado *Luis Roberto Castro,* llamado a juicio por homicidio voluntario y a quien en criterio del recurrente debió comprometérsele y condenársele por tentativa de homicidio y no absolvérsele, como se hizo en el fallo de segunda instancia.

Ciertamente el profesional, además de no precisar el concepto de la violación dentro de las opciones legales que menciona el artículo 29 de la Carta, como lo resalta el Ministerio Público, ni indicar de qué manera con la calificación que cuestiona se afectó la eficacia de su actuación, lo que hace es, basado en el testimonio de la enfermera Herminda Munévar, exponer sus propias conclusiones sobre el estado de salud del occiso, herido como estaba a manos de *Luis Roberto* al momento de ser atacado por el hermano de éste, *Gonzalo,* cuando era descendido del vehículo que lo transportó hasta el hospital del municipio del Socorro, pero sin controvertir las reflexiones de la Fiscalía calificadora para la formulación de los cargos en los términos conocidos.

Afirma, apoyado en el citado testimonio, que el occiso llegó al hospital "en grave estado de salud por las heridas recibidas en la población de Confines, pero que respiraba" y que:

"aunque el testigo no tiene todos los elementos científicos, tiene por lo menos los rudimentos necesarios para conocer si una persona ya falleció

o *todavía se encuentra viva, pero agonizante*", para afirmar la errada calificación de que habla, tras concluir, sin reflexionar sobre las consecuencias lógicas de su discurso, que:

"por tanto, las heridas causadas por Luis Roberto Castro, no se encuentran enmarcadas dentro de las que efectivamente le causaron la muerte, sino que *están dentro de la posibilidad de fallecer, si no se hubiese presentado un elemento perturbador como fue la alevosa actitud asumida por Gonzalo*... quien procedió a rematarlo..." (destacado fuera de texto).

Con toda razón el Procurador asevera la falta de sustentación del reparo destacando la despreocupación del actor en considerar los argumentos de la resolución acusatoria respecto de *Luis Roberto*, providencia en la que se analizan factores tales como la gravedad de las heridas que éste le infligiera al occiso y la conducta de cada uno de los procesados y su relación con el resultado muerte -de la cual transcribe pertinente párrafo-.

Es que si el demandante reconoce, como lo hace, que el herido se hallaba en estado *agonizante*, porque así lo indicaba la descripción de la enfermera que lo acompañaba en el vehículo en que fue llevado de Confines a Socorro, a cuyo testimonio se atiene, no puede desconocer el nexo causal entre la conducta de *Luis Roberto* y el resultado muerte, al que por su parte, contribuyó eficazmente *Gonzalo* con sus disparos de última hora, convirtiéndose por tanto ambos en coautores, sólo que a *Luis Roberto* el Tribunal le reconoció la *justificante* de legítima defensa y por ello lo absolvió.

No habiendo mediado irregularidad sustancial traducible en errada calificación del hecho punible, como ha quedado visto, fuerza es declarar la *improsperidad* del cargo, como en efecto así se hace.

De otra parte, no sobra indicar que si el reproche se hace consistir en errada interpretación de pruebas, ha debido plantearse a través de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 220 del C. de P. P., porque no se trata de una causal de nulidad, reservada como está la errada calificación a un error de adecuación típica de una conducta, sino a un simple error en la determinación del grado de participación corregible directamente en casación, por ser además una decisión favorable, sin que ello conduzca a un desacuerdo entre el pliego de cargos y el fallo.

Cargo por error. Mediante este reparo afirma el censor que la sentencia viola la ley sustancial por errada apreciación de "las pruebas".

Se omite en la demanda precisar tanto la norma sustancial que se considera transgredida -factor de suma importancia para el caso si se recuerda que la absolución devino del reconocimiento de la justificante de

legítima defensa–, como la clase de error evaluativo del recaudo probatorio que pudo determinar la revocación del fallo condenatorio por el Tribunal.

Tampoco procura desvirtuar la trascendencia de todos los elementos de juicio que contribuyeron a la decisión *ad quem*, diluyéndose la acusación en comentarios sin sustento sobre los hechos que el actor considera demostrados, tales como que, en contraste con el procesado absuelto, que es persona agresiva y buscapleitos, el occiso era un individuo pacífico, lo que da por sentado con "los testimonios recaudados" –sin especificar cuáles–, que fue sorpresiva e "impunemente" atacado por aquél y que su actitud se limitó a repeler la agresión, aserto éste con el que desconoce la consideración probatoria del Tribunal, en cuyo criterio el caso fue a la inversa, y, que sustenta en la declaración de Mireya Durán, confiriéndole una interpretación opuesta a la de la Corporación, pero sin señalar si la de éste devino de yerro alguno de apreciación.

De otro lado, el actor protesta por habérsele conferido crédito a la versión del procesado absuelto "en contra de los testimonios de personas honorables... y cuyo dicho nunca fue controvertido ni rechazado" según sus términos, pero no indica cuáles fueron estos deponentes ni el contenido de sus exposiciones, dejando sin desarrollo la idea, en una inconsistencia más, que sumada a las anteriores, impone la *desestimación* de la censura.

Sin perjuicio de lo anotado, cabe destacar cómo las razones para aceptar la justificante alegada por *Luis Roberto* fueron el fruto del análisis de los acontecimientos según la prueba allegada. Dijo la Corporación: que el homicida transitaba en una motocicleta llevando consigo a un hijo menor suyo por el mismo camino veredal en que lo hacía el occiso, rumbo a casa de Alirio Durán; que lo alcanzó y sobrepasó sin cruzar palabra con él y, cuando se disponía a retornar, éste llegó y con palabras soeces le anunció: "se va a morir hoy", disparándole coetáneamente, a lo cual aquél respondió de igual manera, ocasionándose las recíprocas heridas de que da cuenta el informativo. Basado en esta secuencia fáctica agregó el Tribunal:

"En este punto cabe anotar que Luis Roberto transitaba con su pequeño hijo, transportándolo por delante en el vehículo, situación que evidentemente no es la propicia para preparar una agresión de tal naturaleza, por cuanto es incuestionable que el menor quedaba expuesto al peligro generado por ella misma, y que igualmente coadyuva a sostener que el agresor primario fue Silva y no quien podía poner en riesgo la vida de su descendiente de escasos dos años de edad"(fls. 21-22 cd. Tr.)

No fue, por lo que se observa en el fallo *ad quem*, la absolución de *Luis Roberto* una decisión surgida de manifiesto error apreciativo de los

elementos de juicio en torno a la justificante que esgrimió, sino la inferencia lógica obligada de la situación fáctica sólo a él atribuida.

Razón de más, para *mantener* ese proveído.

Por lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia* en *Sala de Casación Penal*, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida. En firme, *devuélvase* el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

VINCULACION AL PROCESO PENAL

La vinculación de una persona al proceso penal mediante indagatoria o declaración de reo ausente, no es atribución arbitraria o caprichosa del funcionario judicial, sino una medida condicionada al fundado y serio análisis de los antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación sobre la posible autoría o participación en el hecho punible, o por haber sido sorprendido en flagrante delito (artículo 352 del C. de P. P.).

De manera que no toda persona que se vea involucrada en un episodio delictuoso tiene que ser vinculada al proceso, sino solamente aquella en quien concurran dichas circunstancias para ser considerada como probable autora o partícipe de un delito.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 125.

Proceso No. 9063

VISTOS

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Carlos Josué Durán Franco,* contra la sentencia de 31 de agosto de 1993 mediante la cual el Tribunal Superior de San Gil reformó la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito del Socorro, condenándolo a la pena principal de 35 meses y 22 días de prisión, además de multa y suspensión de la conducción de automotores, por los delitos de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Así los relató el Tribunal Superior:

"El episodio fáctico tuvo ocurrencia en horas de la tarde del día ocho de enero de 1991 en el sitio denominado "La Guari", ubicado en la vereda "Canoas" de la comprensión municipal de Oiba.

En la fecha mencionada aproximadamente a las cinco de la tarde se dirigía con destino a Bogotá el señor Guillermo Sarmiento Clavijo, conduciendo su vehículo marca Dodge 1500, tipo sedán, color azul y de placas EV-3825, automotor que ocupaban además su esposa Soledad, los hijos menores Sol Adriana, Sandra Lucía y Juan Guillermo e igualmente la señora Bertha Patiño Ospina. En el sitio indicado y cuando el citado conductor se aprestaba a hacer una maniobra de adelantamiento de un vehículo que estaba detenido sobre la calzada derecha de la vía, intempestivamente este automotor que resultó ser la camioneta Mazda S.W., color strato plata, de placas CGS-449, conducida por Carlos Josué Durán Franco, viró hacia la izquierda y obstaculizó el paso del otro carro, produciéndose entonces el impacto y como consecuencia de él el Dodge donde viajaba la familia Sarmiento Patiño cayó a una quebrada y sufrieron diversas heridas sus ocupantes, llevando la peor parte la señora Bertha Patiño quien en malas condiciones fue rescatada del río y murió posteriormente en el Hospital del Socorro".

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue iniciada al día siguiente por el Juzgado Promiscuo Municipal de Oiba con base en el informe rendido por la Policía local y el croquis levantado por funcionario del INTRA, siendo continuada por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de San Gil que le definió la situación jurídica al sindicado Carlos Josué Durán Franco con detención preventiva por los delitos de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, concediéndole el beneficio de libertad provisional.

El 8 de abril de 1992 el mencionado Juzgado calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado por los delitos de homicidio culposo en Bertha Patiño Ospina y lesiones personales culposas en José Guillermo Sarmiento Clavijo, Soledad Patiño de Sarmiento y Juan Guillermo Sarmiento Patiño, ordenando investigar por separado las lesiones causadas a la menor Sol Adriana Sarmiento Patiño; enjuiciamiento consentido por la defensa.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Tercero Penal del Circuito del Socorro profirió sentencia el 19 de julio de 1993, condenando al acusado a la pena principal de 36 meses de prisión, además de multa y suspensión en la conducción de vehículos automotores, y la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un

período igual al de la pena privativa de la libertad. Así mismo, le concedió la ejecución condicional de la condena y le impuso el pago en concreto y especificado de los perjuicios materiales y morales causados.

Este fallo fue apelado por el defensor y el apoderado de la parte civil y confirmado por el Tribunal Superior de San Gil, mediante el que es objeto del recurso de casación, con las siguientes modificaciones: declaró la nulidad de lo actuado en relación con las lesiones causadas al conductor del automóvil volcado José Guillermo Sarmiento Clavijo por tratarse de contravención de competencia de las autoridades policivas, a donde remitió las copias pertinentes; fijó la pena principal en 35 meses y 22 días de prisión, cambiando también el valor de la multa y el término de suspensión para conducir automotores y variando significativamente el monto de la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo el ámbito de las causales primera y tercera de casación el defensor formula, en su orden, sendos cargos a la sentencia impugnada, a saber:

Primero. Violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación del testimonio de Margie Stella Cardozo Osma, prueba tenida por el Tribunal Superior como fundamento de la sentencia de condena, pese a haber sido erróneamente interpretado, asignándosele un valor incriminatorio del cual carece.

Afirma el recurrente que existen dos grupos de testigos que tratan de explicar lo ocurrido: el uno, que le atribuye culpabilidad en el accidente al conductor del automóvil, José Guillermo Sarmiento Clavijo, por viajar a excesiva velocidad; y el otro, al conductor de la camioneta Carlos Josué Durán Franco, por haber virado imprudentemente hacia la izquierda al paso del automóvil. El Tribunal se inclinó por asignarle credibilidad al segundo grupo, conformado por los lesionados y corroborado por la deponente Cardozo Osma, persona considerada imparcial y sin ningún interés para tergiversar la verdad.

"De tal apreciación -expresa- deviene el error de hecho pues el Tribunal por no apreciar las pruebas obrantes en autos y que tienen el valor de desvirtuar el dicho de la testigo y además la convicción derivada de él, apreció única e indebidamente el testimonio de *Margie Stella Cardozo*".

Aludiendo a las respuestas dadas por el conductor Sarmiento Clavijo, su esposa Soledad y su hijo Juan y a lo que muestra el croquis del accidente, arguye que el inculpado Durán Franco no hizo un viraje intempestivo ni invadió el otro carril de la vía, por lo que no se le puede atribuir culpabilidad

en la colisión, agregando que dichas pruebas fueron ignoradas por el fallador, pues de haber sido apreciadas, otro hubiera sido el resultado de la sentencia.

Explica a continuación que el error de hecho denunciado consistió en la suposición de prueba para condenar, porque el sentenciador "concluyó que necesariamente el procesado había invadido la parte opuesta de la calzada cuando no hay prueba de ello... En la labor de interpretación y valoración probatoria, no en la de aplicación de normas sobre pruebas, erró el *ad quem*, quien supuso el hecho del cruce, viraje e invasión de la otra parte de la calzada cuando no hay racionalmente elemento alguno que señale que la etiología del insuceso radica en tal circunstancia".

Agrega que el conductor Sarmiento Clavijo no atendió la señal que se encontraba en la recta donde se produjo el accidente, que le prohibía adelantar otro vehículo en proximidad al paso de peatones o cuando la maniobra ofrece algún peligro, con lo cual violó el artículo 136 del Código Nacional de Tránsito.

Segundo. Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, proveniente de irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso y desconocieron el derecho a la defensa del procesado.

Comienza el impugnante por reiterar lo que venía pregonando a lo largo del proceso, respecto a la irregular e indebida vinculación de su asistido como sindicado "al quedarse colaborando con la evacuación de los ocupantes del otro vehículo y atender lo relativo a la colisión con las autoridades policivas", mientras que Sarmiento Clavijo viajó con los heridos a Oiba, aprestándose a formular denuncia penal por hechos de los cuales había sido partícipe.

Se pregunta si constituye eximente de responsabilidad, *a priori*, la circunstancia de que el partícipe de un hecho punible presente denuncia para que no se le investigue y se le dé el carácter de ofendido, trasladándose todo el peso de la responsabilidad a quien por lealtad permaneció en el sitio de los acontecimientos, concluyendo que, existiendo partícipe conocido no puede desvinculársele de los hechos para que el otro asuma toda la responsabilidad pues con ello se rompe la igualdad y el equilibrio que debe orientar la administración de justicia.

El perjuicio irrogado a su cliente es tan evidente, que las pruebas pedidas y aportadas durante la audiencia pública para establecer la real ocurrencia de los acontecimientos no fueron tenidas en cuenta, "pese a tener el carácter de prueba trasladada y tener relación con las que estaban decretadas".

Ocupándose de la pregonada indefensión del procesado, argumenta que éste "no tuvo actividad probatoria que permitiese la procura o demostración de circunstancias eximentes, atenuantes o justificativas de su conducta" toda vez que durante el sumario y el juicio no se practicó ninguna prueba en su favor ni fue apelado el auto de proceder, situación que contrasta con la abundante prueba decretada a instancias de la parte civil, "siendo así ostensible la falta, o por lo menos, deficiente defensa técnica".

Descartando que dicha inactividad obedezca a pasividad, inercia o estrategia del defensor, afirma que sencillamente "la deficiente defensa técnica afecta el debido proceso en cuanto no se buscó lo favorable al procesado, violándose, como ya se indicó, el derecho de defensa y así el debido proceso".

Durante el término de tres días contemplado en el anterior Código de Procedimiento Penal no se pidieron pruebas, por lo cual las que tuvo el procesado a su favor fueron las mismas de la instrucción y las decretadas y recibidas durante el plenario tampoco fueron bien apreciadas, pese a que con ellas se probaba que la testigo de cargo "no podía ver los hechos que narró", imposibilitándose el derecho a la defensa.

Pide a la Corte casar la sentencia impugnada dando aplicación al artículo "5l del decreto 2651 de 1992" (sic, puede entenderse 1991), en el evento de no encontrar integrada la proposición jurídica completa o estimar que los cargos han debido formularse separadamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de examinar los cargos formulados, comenzando por el que tiene que ver con la nulidad planteada, termina solicitando que no se case la sentencia porque ninguno de ellos se abre paso.

Refiriéndose a la nulidad por supuesta violación del debido proceso, expresa que la no vinculación al mismo del conductor del automóvil José Guillermo Sarmiento Clavijo obedece a que ninguno de los funcionarios judiciales que han intervenido en el caso, en uso de la facultad discrecional contemplada en el artículo 352 del C. de P.P., lo consideraron autor o partícipe del hecho punible y que la expedición de copias para investigar por separado la conducta de Durán Franco por las lesiones causadas al primero de los nombrados y a su hija Sol Adriana, en razón de tratarse de ilicitudes de carácter contravencional, no "constituye ruptura de la unidad procesal" ni genera nulidad.

Tampoco configura nulidad la supuesta indefensión del sindicado, toda vez que éste contó desde la indagatoria con un defensor de confianza, recordando que en materia penal no tiene operancia el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, expedido para descongestionar los despachos judiciales, que trata de los requisitos que debe exhibir la demanda de casación en asuntos civiles y laborales, por haberlo considerado así la Sala de Casación Penal en providencias de 30 de enero y 2 de junio de 1992.

En cuanto al cargo por error de hecho afirma, después de resaltar los vacíos y deficiencias de que adolece en su presentación, que es infundado porque el demandante se limitó a enfrentar su personal criterio valorativo al del fallador; no tuvo en cuenta que los testimonios de la esposa y el hijo del conductor lesionado sí habían sido apreciados por el Tribunal en su justa dimensión, concluyendo que "Este tipo de alegación no es más que la contraposición de criterios del impugnante al del fallador, práctica inocua en casación ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal tercera. La vinculación de una persona al proceso penal mediante indagatoria o declaración de ausente, no es atribución arbitraria o caprichosa del funcionario judicial, sino una medida condicionada al fundado y serio análisis de los antecedentes y circunstancias consignados en la actuación sobre la posible autoría o participación en el hecho punible, o por haber sido sorprendido en flagrante delito (artículo 352 del C. de P. P.).

De manera que no toda persona que se vea involucrada en un episodio delictuoso tiene que ser vinculada al proceso, sino solamente aquella en quien concurran dichas circunstancias para ser considerada como probable autora o participe de un delito.

Siendo palmar, en el presente caso, que la vinculación al proceso mediante indagatoria del sindicado Carlos Josué Durán Clavijo, se produjo no porque hubiese permanecido en el lugar de los acontecimientos hasta la llegada de las respectivas autoridades mientras el conductor del automóvil se adelantaba a presentar la correspondiente denuncia penal, sino porque en criterio de los distintos funcionarios judiciales que han intervenido en este asunto y con base en los antecedentes y circunstancias consignados en el expediente, aparece figurando desde un comienzo como único culpable del accidente, atribuibilidad de conducta que no varió durante el desarrollo del proceso no obstante las reiteradas e infructuosas peticiones de la defensa para que también fuera sometido a indagatoria el conductor del automóvil José Guillermo Sarmiento Clavijo, quien a su vez es una de las víctimas del hecho, por lo que el cargo se hace insostenible.

Además, aun en el caso de que sí existiera mérito para la vinculación y ésta no se hubiere producido, tal omisión podría subsanarse compulsando copias para que se procediera por separado, sin generarse ni siquiera en tal hipótesis la nulidad pretendida.

No se puede desconocer esa realidad fáctica so pretexto de encontrarse frente a una nulidad basada en apreciaciones puramente subjetivas, como la de considerar a toda costa la coparticipación culpable del mencionado conductor.

Si por ministerio de la ley, la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, salvo que resulten afectadas las garantías constitucionales del procesado (inciso segundo del artículo 88 C. de P.P.), no se ve cómo la compulsa de copias para investigar por separado las lesiones sufridas por José Guillermo Sarmiento Clavijo y su hija Sol Adriana, constituya irregularidad invalidante de la actuación, máxime que dicha decisión no desconoció las formas del debido proceso ni conculcó el derecho a la defensa.

Ahora bien, respecto a la nulidad alegada por presunta indefensión del procesado recurrente, es preciso anotar que el demandante se limitó a plantearla, sin señalar qué hubiera podido hacerse y no se hizo, o mostrar cuál determinada estrategia defensiva hubiese podido lograr la declaración de inocencia del sindicado, o por lo menos una condenación mas benigna.

Tampoco precisó qué pruebas dejadas de practicar tenían la potencialidad de demostrar esa inocencia o de atenuar la responsabilidad del procesado, sino que se limitó a generalizar sobre el particular, indicando que había sido privado del recaudo de pruebas favorables, las cuales no especificó.

Tal planteamiento impide a la Sala adentrarse en un examen que permitiera diagnosticar si la irregularidad denunciada afectó de modo ostensible la garantía de una defensa técnica y formal, haciendo posible la invalidación del rito procesal como única solución para sanear el proceso, de lo cual se está muy lejos.

Similar solicitud de nulidad a la estudiada le fue negada al defensor de Durán Franco durante el juicio, advirtiéndose que en desarrollo de la audiencia pública contó el procesado con la asistencia de defensor y vocero, no pudiendo afirmarse que careció de defensa técnica y formal.

Por lo demás, el hecho de que el juez no hubiese apreciado las pruebas allegadas durante el debate público, trasladadas de otro proceso (el cursado en el Juzgado Promiscuo Municipal de Oiba por lesiones personales en la

niña Sol Adriana Patiño S.), por haberlo sido en forma extemporánea y sin sujeción al principio de legalidad, no puede generar la nulidad del proceso por quebranto del derecho a la defensa del procesado.

Por último, la inaplicación en materia penal de normas transitorias relativas a los requisitos formales de la demanda de casación (artículo 51 del Decreto 2651 de 1991), es cuestión ya decidida por la Sala mediante las determinaciones que recuerda la Procuraduría Delegada.

No prospera la impugnación.

Causal primera. El error de hecho endilgado al sentenciador se hace consistir, unas veces, en la errónea interpretación del testimonio de la joven Margie Stella Cardozo Osma y otras, en la falta de apreciación de las declaraciones que a juicio del recurrente demuestran la inocencia de su acudido, transitando indiscriminadamente por ambas hipótesis sin detenerse a encauzar la impugnación por un sendero definido, como si se tratara de una oportunidad de libre debate contra el caudal probatorio, práctica viable en un alegato de instancia pero no en sede de casación.

El Tribunal Superior, al valorar en conjunto los diferentes medios de persuasión que obran en autos, siguiendo para ello las reglas de la sana crítica, se inclinó a aceptar, de las dos versiones que tratan de explicar lo sucedido, la suministrada por los lesionados que ocupaban el automóvil colisionado, que le atribuye culpabilidad en el hecho al conductor de la camioneta y aquí procesado Carlos Josué Durán Franco por haber girado imprudente e intempestitavamente hacia la izquierda en momentos en que el otro vehículo cruzaba junto a él, además, por cuanto dicho acontecer encontró confirmación y respaldo en el testimonio de la joven Cardozo Osma, el cual le merece absoluta credibilidad por las razones que explica.

El nivel de credibilidad que el juzgador otorga a determinado medio de convicción, de acuerdo a las reglas de la crítica racional, no puede ser objetado como error de hecho en casación porque dicha evaluación escapa a los eventos generadores de tal yerro: omisión, suposición o desfiguración inexcusables de la prueba o del hecho por ella revelado.

Con razón ha dicho esta Sala que la casación no es una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad asignada a determinada prueba, cuando ésta no tiene fijado por ley un valor específico y la crítica se basa solamente, como en el presente caso, en la subjetividad del impugnante.

La circunstancia de que el sentenciador no hubiese acogido por inveraces los testimonios que respaldan la versión del sindicado en el

sentido de atribuirle culpabilidad en la colisión al conductor del automóvil José Guillermo Sarmiento Clavijo, por exceso de velocidad, no significa que tales probanzas fueron omitidas o ignoradas en el balance probatorio, sino por el contrario, apreciadas, aunque no con la connotación exculpatoria que le asigna el recurrente; observación igualmente predicable de las manifestaciones hechas por José Guillermo, su esposa Soledad y su hijo Juan, que en lo esencial de su relato incriminan al sindicado Durán Franco y encuentran adecuado respaldo en autos, como consignó el Tribunal en el siguiente pasaje del fallo impugnado:

"...en modo alguno es exagerada la atestación de los Sarmiento Patiño, está provista de la mayor lógica y halla respaldo en el expediente en lo esencial, luego es suficiente para originar la certeza que reclama el art. 247 del C. de P.P., no ocurriendo lo propio con el dicho del imputado y los testigos que le endilgan la responsabilidad a José Guillermo, porque como se vio, no es consistente que éste haya arrollado con su vehículo al otro, o que observándolo en plena labor de viraje lo hubiere investido (sic) pues ello implicaría poner en peligro deliberadamente su seguridad y la de su familia,lo cual no es lógico".

Los falladores fundamentaron su decisión de condena en la concurrencia de testimonios reales, veraces y creíbles que aunados a otros hechos indiciarios los llevaron a la certeza inequívoca de la responsabilidad penal del sindicado, por haber girado la camioneta imprudentemente hacia la izquierda en momentos en que cruzaba junto a ella el automóvil; por lo cual resulta inexacta la afirmación del censor, de que el fallo impugnado se fundó en prueba supuesta o inexistente.

Insiste el demandante en afirmar que tampoco fue tenido como prueba el croquis del accidente, pero no lo explica o desarrolla en orden a probar su valor demostrativo ni su incidencia determinante en la sentencia, olvidando que en él aparece consignada una sola versión informal de los hechos, suministrada por el sindicado Durán Franco (fls. 3 y 4).

Toda la argumentación del impugnante se reduce a discrepar de la valoración de las pruebas realizada por el sentenciador, disparidad de criterios que no puede disfrazarse de error de hecho, máxime que no resulta acreditado que el Tribunal hubiese llegado a conclusiones probatorias reñidas con la realidad procesal.

No prospera la impugnación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

No casar la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

POLICIA JUDICIAL / PRUEBA

La Sala se aparta de la Delegada en su apreciación según la cual de haberse tomado el juramento en las versiones recibidas por la Policía Judicial, éstas habrían perdido todo valor probatorio y no hubieran podido ser apreciadas por el juzgador. La razón del disentimiento radica en que, si bien es cierto, la Policía Judicial no estaba facultada para practicar testimonios, no por ello las importantes revelaciones de los exponentes juramentados habrían de perder su innegable valor indiciario, en la medida en que los demás medios de prueba confirmasen su veracidad.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No.125 (31-08-95)

Proceso No. 8566

VISTOS

Decide la Sala el recurso de Casación interpuesto por el defensor del procesado *Carlos Arturo Herrera Enciso* contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada 11 de Febrero de 1993, mediante la cual confirmó la condena que le impuso el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, consistente en 37 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado.

El recurso lo concedió el Tribunal por auto de 23 de marzo de 1993, en tanto que la correspondiente demanda fue declarada en esta Corporación como ajustada a las formalidades legales el 24 de agosto del mismo año.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros fueron resumidos por el Tribunal de la siguiente manera:

"Tienen relación con el hurto que se perpetró el 6 de febrero de 1982, en las instalaciones de la empresa "Electrolux", en donde penetraron varios

individuos que, con los rostros cubiertos para impedir su identificación, redujeron mediante el empleo de armas de fuego a los celadores, maniatándolos para luego dedicarse a sustraer electrodomésticos, y otros aparatos, que sacaron en el furgón de placas EX-1343, recuperado días después abandonado en el Barrio Olarte, en tanto que la mercancía fue llevada a la residencia de *Carlos Arturo Herrera Enciso*, en la calle 60 sur No. 64-29, donde efectivos del F-2 hallaron certificados de garantía, plaquetas de identificación y otros documentos, pertenecientes a las máquinas hurtadas, mas no éstas, las que habían sido trasladadas en la mañana del operativo; tiempo después incautaron parte del botín en la carrera 37 No. 6-41, y por último dos motosierras en la ciudad de Sogamoso".

Respecto de la actuación procesal, la Delegada presenta la siguiente sinopsis:

"Formulada la denuncia penal por el señor Humberto Mora Díaz, en su condición de Gerente Nacional de Servicio Técnico de la firma Electrolux S.A., y capturados Alcibiades López Meneses, José Angel Rodríguez López, Héctor Raúl Méndez Ruiz y Luis Arcadio Franco López, vigilantes de la empresa perjudicada, el Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Bogotá, abrió la investigación penal mediante auto del 9 de febrero de 1982, oyendo a estas personas en indagatoria.

'Posteriormente, el día 15 de febrero siguiente, la Policía Judicial puso disposición del instructor, a los señores Pedro Pablo Rojas Hernández y Hugo Alfonso Rengifo Galarza, anexando las exposiciones libres de éste Dairo José Cruz Moreno, Pilar Consuelo Rueda Ordóñez y María del Tránsito Luna de Cruz. También fueron entregadas diversas plaquetas de identificación, tarjetas de inventario físico, etiquetas, certificados de garantía de aspiradoras y brilladoras, todos estos elementos pertenecientes a la firma Electrolux, recuperados en el registro que se realizara en el inmueble ubicado en la calle 60 sur No. 64-29, residencia propiedad de *Carlos Arturo Herrera Enciso.*

Recibidas algunas declaraciones y recepcionadas las indagatorias de Rojas y Rengifo, con auto del 17 de febrero se les dejó en libertad junto con los inicialmente vinculados, ordenándose la captura de *Herrera Enciso*, la cual se produjo el día 5 de marzo siguiente.

Junto con el oficio que puso a disposición a *Herrera*, la Policía Judicial allegó igualmente las exposiciones libres de éste, Tobías Hernández Plazas y José Manuel Nempeque Avila. Oído aquél en indagatoria y compilados

los testimonios de Alejandro Figueroa y Pilar Consuelo Rueda Enciso, entre otros, mediante interlocutorio del día 15 del mismo mes, se decretó su libertad.

Capturó entonces la Policía Judicial a Guillermo Ruíz Pulido, Hernando García Buitrago y Julio César Osorio Casallas, en la vivienda ubicada en la carrera 47 No. 6-41, lugar en el cual así mismo 'al practicar una inspección', se hallaron varios elementos, presumiblemente, parte de los bienes objeto del ilícito apoderamiento. Vinculadas procesalmente estas personas, se ordenó su detención preventiva con auto del 23 de marzo de 1982.

El 4 de mayo siguiente son capturados por la Policía Judicial en la ciudad de Sogamoso y escuchados en versión libre por esta autoridad, Luis Enrique Guzmán y Luis Francisco Samaniego, siendo puestos a disposición del Juzgado Segundo Penal del Circuito, junto con una motosierra y otros elementos que les fueran decomisados.

Una vez escuchados en indagatoria, fueron puestos en libertad.

Previo el cierre investigativo, mediante la declaración de reos ausentes, finalmente se vinculó a Luis Daniel Rodríguez y Pedro Rojas, procediéndose a calificar el mérito sumarial con interlocutorio del 5 de noviembre de 1982, dentro del cual, entre otras determinaciones, la referida autoridad judicial llamó a juicio a *Herrera Enciso,* Rojas Hernández, Rengifo Galarza y Luis Daniel Rodríguez, por el delito de receptación; sobreseyó temporalmente, a su vez, a García Buitrago, Osorio Casallas, Franco Peláez, Méndez Ruiz, Guzmán y Samaniego.

Durante la etapa del juicio no se practicaron pruebas. El *29 de septiembre de 1988* se efectuó la audiencia pública. El *29 de octubre de 1990* es rechazada la petición que de prescripción de la acción penal elevara uno de los defensores; en su lugar se declara la nulidad del enjuiciamiento por errónea calificación. Se procede entonces a calificar de nuevo el proceso con auto del *11* de febrero de 1991, en el cual se deducen cargos por el delito de hurto calificado y agravado.

Tramitada nuevamente la etapa del juicio, sobrevienen las sentencias de primera y segunda instancias, en los términos consignados precedentemente.

La demanda de casación

Un único cargo le hace la defensora de *Carlos Arturo Herrera Enciso* a la sentencia del Tribunal y lo apoya en la causal primera de casación, cuerpo segundo, por considerar que con el proferimiento de aquella se violó en forma indirecta la ley sustancial por haberse incurrido en error de derecho,

originado en falsos juicios de legalidad respecto de las pruebas obrantes en el proceso y que fueron la base de la condena.

Acusa como normas de derecho sustancial violadas, indirectamente los artículos 2o., 5o., 35, 36 y 349 del Código Penal, y de manera directa, los artículos 246, 247, 248, 282 y 357 del Código de Procedimiento Penal y en igual forma los artículos 158, 175, 235, 254, 255, 256 y 385 del Decreto 409 de 1971 (C. de P. P. anterior).

Para demostrar el cargo, afirma la censora que en la sentencia atacada se dedujo responsabilidad penal a *Herrera Enciso* de las exposiciones vertidas por Pilar Consuelo Rueda, Dairo José Cruz Moreno y María del Tránsito Luna, a pesar de que éstas no fueron rendidas bajo juramento, como se evidencia en las actas correspondientes donde se advierte que el funcionario de policía que las tomó simplemente exhortó a los deponentes para que dijeran la verdad, libres de apremio y sin juramento.

Agrega que conforme con las disposiciones del C. de P. P. de 1971, aplicable a este asunto, la ausencia del juramento impedía que dichas exposiciones fueran tenidas como pruebas de cargo, máxime cuando dentro de ellas se hacían imputaciones a terceros, al igual que ocurre bajo el actual estatuto procesal penal.

Por la misma razón la demandante descalifica como prueba de cargo la versión inicialmente dada por Luis Francisco Samaniego a las autoridades policivas y posteriormente al Juez instructor, y le endilga al Tribunal otro falso de juicio de legalidad consistente en haberle dado crédito a las imputaciones que éste hizo al procesado, las que por ausencia del juramento deben considerarse legalmente inexistentes.

Finalmente, afirma la censora que el Tribunal incurrió "en el mismo error frente al falso juicio de legalidad" al predicar la existencia en el proceso de "pluralidad indiciaria" demostrativa de la responsabilidad de *Herrera Enciso*, sin que en la sentencia se hubiera hecho claridad al respecto, de forma que pudiera saberse a ciencia cierta cuáles son esos indicios y en qué forma fueron construidos; en otras palabras, no se explicó cuáles fueron los hechos indicadores y los hechos indicados, ni las inferencias lógicas realizadas por el juzgador para arribar a dicha conclusión.

Con base en las argumentaciones expuestas, la recurrente solicita a la Corte casar la sentencia de segundo grado y en su lugar absolver a su representado de todos los cargos que le fueron imputados.

CONCEPTO DE LA DELEGADA

Para la Procuraduría Segunda Delegada el cargo propuesto resulta carente de todo fundamento, por estimar que el no haber juramentado a quienes rindieron las versiones que el fallador apreció como pruebas de cargo, lejos de viciar la existencia legal de las mismas, antes bien, es lo que permite que se les reconozca el valor probatório que merecen, según las siguientes consideraciones:

El artículo 254 del Decreto 409 de 1971, norma vigente para la época en que se recibieron dichas versiones, autorizaba únicamente al juez o funcionario de instrucción para juramentar a los declarantes. A su turno, el artículo 247 *ibidem* prohibía al juez o funcionario de instrucción delegar su función de interrogar personalmente a los testigos, y disponía que toda declaración recibida sin observancia de esta formalidad carecía de valor.

Conforme con lo anterior, para el Ministerio Público resulta claro que la facultad de recibir declaraciones bajo juramento estaba reservada a los jueces o funcionarios de instrucción, en tanto que los miembros de la Policía Judicial sólo estaban autorizados para recibir versiones libres y anotar la información básica sobre las personas que tuvieren algún conocimiento de los hechos, a efecto de posibilitar la posterior aducción de sus testimonios por parte del instructor (artículo 289 C, numeral 6o. del D. 409/71).

La Procuraduría Delegada deduce de ese conjunto de normas que, contrario a lo afirmado por la demandante, en el caso de estudio obraron correctamente los funcionarios de Policía Judicial al abstenerse de juramentar a los deponentes de marras, pues en su criterio ello sí hubiera dejado sin ningún valor sus versiones libres y habría impedido que las mismas fuesen apreciadas por el juzgador.

Estima, además, igualmente infundado el reparo que le hace la demandante al fallo del Tribunal por la supuesta falta de claridad y concreción en el análisis de la prueba respecto de la responsabilidad deducida a su representado, ya que en la sentencia aparece debidamente relacionada toda la prueba indiciaria en que se basó el Tribunal para condenar a Herrera Enciso, la cual no deja duda sobre su responsabilidad en los hechos investigados.

Concluye, entonces, que el Tribunal no cometió ninguno de los yerros que se le atribuyen, razón por la cual solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tal como conceptúa la Delegada, el cargo formulado carece de fundamento no sólo porque las versiones recepcionadas por la Policía Judicial debían estar libres de juramento, sino principalmente porque el fallo de condena contra el señor Herrera Enciso tiene sustento en los diversos medios de prueba aducidos al plenario y no solamente en las versiones objeto del cuestionamiento, como lo quiere hacer ver la recurrente.

Sin embargo, la Sala se aparta de la Delegada en su apreciación según la cual de haberse tomado el juramento en las versiones recibidas por la Policía Judicial, éstas habrían perdido todo valor probatorio y no hubieran podido ser apreciadas por el juzgador. La razón del disentimiento radica en que si bien es cierto la Policía Judicial no estaba facultada para practicar testimonios, no por ello las importantes revelaciones de los exponentes juramentados habrían de perder su innegable valor indiciario, en la medida en que los demás medios de prueba confirmasen su veracidad.

Es evidente que el sentenciador no incurrió en el error que le atribuye la defensora al tener en cuenta las versiones de marras, pues tenía el deber de apreciar todos los medios de prueba existentes y si del análisis conjunto de los mismos surgió para el Tribunal certeza sobre la responsabilidad de *Herrera Enciso* en el punible investigado, su decisión de condenarlo no puede merecer ningún reparo.

Además, no le asiste razón a la demandante cuando afirma que por ser injuradas dichas versiones el sentenciador no podía tenerlas como pruebas de cargo, toda vez que aunque técnicamente no se las puede considerar como testimonios, es incuestionable el importante valor probatorio que merecen dado lo revelador de sus contenidos y la concordancia que tienen con los demás medios de prueba recopilados.

Por otra parte, tal como la propia demandante lo reconoce, el Tribunal fue claro al señalar que la condena de *Herrera Enciso* se fundamenta en la "pluralidad indiciaria" obrante en el plenario, dentro de la cual quedáron incluidas las versiones libres atacadas, que sin duda constituyen pruebas de cargo contra dicho procesado.

Por manera que aunque en ocasiones el fallador se hubiere referido a las versiones de marras, como si se tratara de testimonios, no puede quedar duda en el sentido de que las apreció como indicios, y siguiendo las reglas de la sana crítica, de ellos surge certeza sobre la responsabilidad del sentenciado Herrera Enciso.

Así las cosas, ha quedado desvirtuada la infracción indirecta de las disposiciones legales invocadas, y en cuanto a la violación directa de las normas procedimentales acusadas, debe señalarse que conforme con la técnica de este recurso extraordinario, la censura ha debido ser formulada como infracción indirecta, en la medida en que lo que se cuestiona es el análisis de las pruebas efectuado por el juzgador, y la violación directa presupone la plena aceptación de los hechos y de la valoración probatoria efectuada. De suerte que ante la imposibilidad jurídica de que la violación alegada hubiere tenido ocurrencia, de entrada se advierte la improsperidad del ataque.

De otro lado, no debe olvidarse que en materia de apreciación de los medios de prueba ha regido entre nosotros el sistema de persuasión racional y no el de tarifa legal, por lo que tampoco le asiste razón a la censora cuando manifiesta que de haber mediado el juramento habría podido darse a dichas versiones "el valor probatorio ordenado por la ley".

En conclusión, *no prospera el cargo.*

Finalmente, respecto al reproche que le hace la demandante a la sentencia de segundo grado porque supuestamente no se explicó en ella con suficiente claridad cuál era la pluralidad indiciaria de la que se dedujo responsabilidad a *Herrera Enciso*, cabe anotar que aunque no se trata de un cargo propiamente tal, pues su deficiente y confusa formulación impide que se le considere así, la Sala, sin ahorrar esfuerzos, acometió su estudio y, coincidiendo con el criterio de la Delegada, lo encuentra infundado en razón de que el Tribunal, aunque con metodología diferente a la reclamada por la recurrente, fue prolijo en la motivación de su fallo y analizó ampliamente el material probatorio existente en torno a la participación de dicho procesado, dejando consignadas las razones que determinaron su condena.

En efecto, tomando la adecuada síntesis que elaboró el Procurador Delegado sobre la parte pertinente de la sentencia, se tiene que los indicios construidos por el Tribunal para deducirle responsabilidad a Herrera Enciso en los hechos investigados, fueron los siguientes:

" El hallazgo de elementos que hacían parte de los bienes hurtados a los pocos días de ocurridos los hechos, en el interior de la vivienda ubicada en la calle 60 No. 64-29 sur, de propiedad de *Carlos Arturo Herrera Enciso*; las versiones que en esa fecha se recepcionaron a Rueda Enciso, Cruz Moreno y Luna de Cruz, que lo vinculaban directamente con el punible; la inverosímil explicación suministrada por el procesado para tal hecho; la contradictoria coartada propuesta por Rengifo Galarza y Alejandro Figueroa y la ninguna credibilidad que para el fallador merecieron éstos

en tanto pretendieron mentirosamente situar al procesado en lugar distante al de la Empresa esquilmada para el día de autos; la mercancía, aunque en exigua cantidad, recuperada en la ciudad de Sogamoso y la versión de Luis Francisco Samaniego, acorde con la cual ésta le fue llevada y entregada directamente por *Herrera Enciso* en los días inmediatos a sucedido el hecho."

Semejantes revelaciones debidamente acreditadas en el proceso, permiten colegir el acierto de la decisión tomada en las instancias respecto a este procesado, pues ante la certeza sobre su participación en el reato y la ausencia de circunstancias justificantes o exculpatorias, se imponía condenarlo.

Corolario de todo lo anterior, se mantendrá incólume el fallo recurrido en casación.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con éste,

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada, de naturaleza, fecha y orígen consignados en el cuerpo de esta providencia.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

INDICES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RELATORIA SALA DE CASACION PENAL
GACETA JUDICIAL SEGUNDO SEMESTRE DE 1995
INDICE ALFABETICO

A

ACCION CIVIL-Cuantía 25, 294
ACCION DE REVISION 263
ACLARACION DE PROVIDENCIA 183
ACUMULACION 529
APELACION 137, 186
APELACION (Salvamento de Voto) 198
APELACION 303
APERTURA DE INVESTIGACION 526
AUDIENCIA ESPECIAL 465, 529
AUDIENCIA PUBLICA 186
AUTO CALIFICATORIO 66
AUTOS 582

C

CASACION 32, 428, 430, 456, 469
CASACION (Salvamento de Voto) 465
CASACION DISCRECIONAL 277
CASACION OFICIOSA 60, 140
CAUSAL 384

CESACION DE PROCEDIMIENTO 521
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA 131, 550
CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA 433
COAUTOR, 59
COLABORACION CON LA JUSTICIA 155
COLABORACION EFICAZ 226
COLISION DE COMPETENCIA 66, 86, 94, 259, 266, 292 314, 407, 515, 521
COMPETENCIA 100, 155, 159, 178, 202, 308
CONCILIACION 273, 566
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 226
CONEXIDAD 159
CONFESION 456, 465, 474
CONSTREÑIMIENTO 413
CONSULTA 94
CONTRAVENCION (Aclaración de Voto) 84
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 311
CULPABILIDAD 441

D

DEBIDO PROCESO 124
DEBIDO PROCESO (Salvamento de Voto), ... 42
DEFENSA TECNICA 7, 535, 566
DEFENSA TECNICA (Salvamento de Voto) 549
DEFENSOR 325
DELITOS CONEXOS 347
DEMANDA DE CASACION 48, 140, 150, 213, 245, 347, 384
DERECHO DE DEFENSA 7,124
DESJUDICIALIZACION 474

DETENCION DOMICILIARIA 318
DETENCION DOMICILIARIA (Salvamento de Voto) 323
DOLO 72

E

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 106
EXTORSION 413
EXTORSION (Salvamento de Voto) 426
EXTRADICION 117, 176, 342

F

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO 354
FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PRIVADO 96
FAVORABILIDAD 86
FISCAL 202
FRANQUICIA PREPARATORIA 129
FRAUDE PROCESAL 354

H

HABEAS CORPUS 178

I

IMPEDIMENTO 170
IMPUTABILIDAD 131
IN DUBIO PRO REO 235
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 48, 213, 245
INDAGATORIA 566
INDEMNIZACION 390, 566
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 474
INIMPUTABILIDAD 229

IRA E INTENSO DOLOR 250, 430
IRA E INTENSO DOLOR (Aclaración de Voto) 257
IRREGULARIDAD 336

J

JUEZ 202
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS 259
JUEZ REGIONAL 94, 266
JUSTICIA PENAL MILITAR 100
JUSTICIA REGIONAL 159, 515

L

LEGALIDAD DE LA PENA 550
LEGALIDAD DE LA PENA (Aclaración de Voto) 565
LEGITIMA DEFENSA 250
LEGITIMA DEFENSA (Aclaración de Voto) 257
LIBERTAD CONDICIONAL 129, 438
LIBERTAD PROVISIONAL 311, 318, 323

N

NARCOTRAFICO 515
NON BIS IN IDEM 117
NULIDAD 42, 60, 124, 131, 140, 213, 283, 336, 469, 535, 566

P

PARENTESCO 45, 433
PECULADO POR APROPIACION 395
PENA 183, 430
PENA ACCESORIA 219, 327
PERITAZGO 277

PERJUICIOS-Cuantía 150
PERSONALIDAD 219
POLICIA JUDICIAL 601
PORTE ILEGAL DE ARMAS 266
PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES (Salvamento Parcial de Voto) 271
PRESCRIPCION 354
PREVARICATO 109, 441
PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD 71
PROCESO PENAL 186
PRUEBA 7, 229, 601

Q

QUERELLA 273

R

RECURSO DE HECHO 263
RECURSO DE SUPLICA 145
REDENCION DE PENA 155
REFORMATIO IN PEJUS 303
REHABILITACION 308
REPARACION DEL DAÑO 566
REPOSICION 68
RESOLUCION DE ACUSACION 66, 521
RESPONSABILIDAD CIVIL 390

S

SANA CRITICA 229, 474
SENTENCIA 219, 351
SENTENCIAS 582

SER SOCIO 170
SINDICADO 325
SUBROGADO PENAL 308
SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD 219

T

TENTATIVA 413, 430
TENTATIVA DE HOMICIDIO 314
TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 277
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 30, 42, 456, 529
TERMINO 318
TRABAJADOR OFICIAL 395
TRANSITO DE LEGISLACION 186

U

UNIDAD PROCESAL 159

V

VINCULACION AL PROCESO PENAL 591

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL

GACETA JUDICIAL SEGUNDO SEMESTRE DE 1995

INDICE CRONOLOGICO

PRUEBA/ DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA. Ningún acto irregular o violatorio para las garantías procesales se ofrece en la actuación de primer grado, porque en el curso de la audiencia pública se dio debido cumplimiento a los principios de inmediación, oralidad, publicidad, lealtad, contradicción e igualdad, sin que el solo hecho de consignar en unas grabaciones magnetofónicas las intervenciones orales de las partes pueda constituir defecto sustancial alguno, tratándose de un procedimiento válido y previsto en la ley, no sometido por su regulación especial, a la forzada transcripción que establece en lo civil el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

No solamente por la ausencia de defensa técnica se incurre en la vulneración del derecho del sindicado a estar asistido por un abogado. Del mismo modo se desconoce el derecho a la defensa cuando el juez ignora los planteamientos oportunos del apoderado, porque de nada sirve que los profesionales en representación del acusado permanezcan atentos al desarrollo del proceso, presenten alegaciones, aporten o soliciten pruebas o hagan uso de recursos, si el juzgador se niega a oírlos.Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.Sentencia de Casación de: 06/07/1995.Decisión: Casa en el sentido de decretar la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Acción: Luis Manuel Arrieta Ramos. Delitos: Homicidio. Proceso: 8821. Publicada: Sí. 7

ACCION CIVIL-Cuantía. Es de observarse que aunque el trámite del recurso es diferente entre las especialidades civil y penal, como que en aquélla el Tribunal concede el recurso y la Corte decide si lo admite y solo entonces se presenta la demanda, mientras que en ésta a partir del estatuto vigente desde 1992 las alegaciones se presentan ante el Tribunal una vez concedido el recurso, el asunto de la cuantía sí está

condicionado a la actividad del Tribunal, pues es éste el obligado a ordenar, "antes de resolver sobre la procedencia del recurso" el justiprecio de la cuantía para recurrir.Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación de: 06/07/1995. Decisión: Declara nulidad desde auto que concedió el recurso. Ciudad: Santafé de Bogotá.Acción: Delio Arquimides Palacios Casas. Delitos: Fraude a resolución judicial. Proceso: 10515.Publicada: Sí 25

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO. No puede hablarse estrictamente de un acuerdo entre dos sujetos procesales pues ello implicaría que cada cual lleva su propuesta y que durante la discusión consiguiente ambas se unifican hasta llegarse a una solución común. Por el contrario, como bien lo expresa el nombre de la figura y lo señala con acierto la Delegada, de lo que aquí se trata es de finalizar por adelantado la actuación ante la admisión de responsabilidad hecha por el reo con base en los cargos presentados por el instructor.

Por consiguiente, dado que únicamente la audiencia puede versar sobre los reproches expuestos por el fiscal, no hay lugar a deducir otros diferentes durante el curso de ésta, limitándose el procesado a rechazarlos o aceptarlos parcial o totalmente. De igual manera, y como es apenas obvio, los dichos cargos para alcanzar su plena legalidad han de tener respaldo en la realidad procesal. Magistraso Ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación de: 07/07/1995. Decisión: Casa decretando la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Jaime Enrique Quiroga Guerrero. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb. Proceso: 8436. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Dr. Egdar Saavedra Rojas. 30

NULIDAD / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / DEBIDO PROCESO (Salvamento de Voto). Salvamento de Voto: DR. EDGAR SAAVEDRA ROJAS. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.Sentencia Casación de: 07/07/1995. Proceso: 8436. Publicada: Sí. 42

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / DEMANDA DE CASACION. En la incongruencia se acepta que la calificación fue correcta pero desconocida en la sentencia, mientras que el error en la denominación jurídica lo que se pretende es demostrar que no se podía dictar sentencia con base en la calificación dada porque es errónea.

Pero aún más, la censura así presentada conllevaría dos decisiones antagónicas; la nulidad implicaría que la Corte remitiera el proceso a

las instancias para que la fiscalía procediera nuevamente a su calificación; en tanto que la incongruencia obligaría a esta Sala a proferir una sentencia de sustitución, en la que se ajustaría el fallo a los cargos imputados en el llamamiento a juicio.

El error en la denominación jurídica no puede ser demandado por la causal primera, como quiera que de ser aceptada la decisión sería dictar un fallo de reemplazo, el cual resultaría incongruente con la resolución de acusación. Por esta razón reiteradamente se ha dicho que se debe acudir únicamente a la causal tercera, ya que esa falla afecta el debido proceso, irregularidad prevista en el numeral 2o. del artículo 304 del estatuto procesal. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación de: 17/07/1995. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Acción: Jesús María Henao Botero. Delitos: Tentativa de homicidio. Porte ilegal de armas. Proceso: 8720. Publicada: Sí. 48

NULIDAD / CASACION OFICIOSA. A pesar de las limitaciones a la oficiosidad existentes, no debe ignorarse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 228 del C.P.P., la Corte tiene el deber de declarar cualquier nulidad que advierta en el proceso, así ésta no hubiere sido alegada o su formulación resultare defectuosa. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación de: 12/07/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Raúl Eduardo Puentes González. Delitos: Tentativa de homicidio. Porte ilegal de armas. Homicidio. Proceso: 8898. Publicada: Sí. 60

COLISION DE COMPETENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION / AUTO CALIFICATORIO. De conceder razón a este segundo planteamiento, (que la colisión pueda plantearse siempre que medie una resolución acusatoria) fácil resultaría concluir en que la Corte no podría terciar en esta clase de conflictos, pues si su promoción tiene como obligado presupuesto el proferimiento de una resolución de acusación que ubica el caso bajo el conocimiento de los jueces, ineludiblemente bastaría con evocarla junto con su intangibilidad para inhibir cualquier análisis sobre los factores determinantes del conocimiento.

Por el contrario, es indudable que uno de los principios fundamentales anejos al debido proceso se refiere al adelantamiento del proceso por el juez natural y competente, al punto de que la causal primera de nulidad prevista en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal apunta justamente a la "falta de competencia del funcionario judicial".

Siendo ello así, necio resultaría pretender que luego de descubrir su propia incompetencia, tuviera un funcionario que proseguir indefectiblemente

con el adelantamiento de un determinado asunto, sólo por la necesidad de obedecer un auto calificatorio en firme, inferencia que se opondría por lo demás a los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal cuando en su orden autorizan al funcionario para que decrete la nulidad cuando la advierta, y a las partes para que la invoquen "hasta el término de traslado común para preparar la audiencia", porque de lo contrario quedaría supeditada al recurso extraordinario de casación. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencias de: 13/07/1995. Decisión: Dirime el conflicto asigándolo al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Santa Rosa de Osos. Acción: Henry León Mesa Herrera. Delitos: Infracción al D. 1194/89, infracción a la Ley 40/93. Proceso: 10629. Publicada: Sí. 66

DOLO / PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.

1.-Recuérdese que el dolo, al tenor de lo establecido por el artículo 36 del Código Penal, reviste dos aspectos esenciales: el conocimiento del hecho punible y la voluntad de realizarlo.

2.-El funcionario judicial deberá citar al procesado conforme a lo reglado en el numeral 2o. del artículo 376 del Código Adjetivo, cuando el delito imputado tenga pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a dos años de prisión y no se encuentre dentro de aquellas conductas delictuales en que proceda la detención preventiva como medida de aseguramiento.

Ahora bien, si el procesado no comparece a rendir indagatoria, la ley faculta al funcionario para que expida la orden escrita de captura con el fin de practicar la diligencia, pues una vez terminada deberá dejar en libertad al indagado. (Paragrafos 1 y 2 art. 376 del C. de P.P.). Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Segunda Instancia de: 13/07/1995. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buga. Acción: Martín Rosbery Vásquez Cancino. Delitos: Privación ilegal de la libertad. Proceso: 9586. Publicada: Sí. 71

FAVORABILIDAD / COLISION DE COMPETENCIA. Como bien se sabe, en tratándose de normas que fijen jurisdicción o competencia, su aplicación es general e inmediata, pues siendo instrumentos de organización del Estado en la lucha contra el delito, constituyen legislación de orden público, frente a la cual no caben consideraciones relativas a la favorabilidad de los propios infractores.

El simple cambio de juzgador, aunque ello implique variación del procedimiento, no puede considerarse en sí mismo favorable o perjudicial para ningún procesado, pues de un lado, todos los

funcionarios que administran justicia están igualmente obligados a cumplir su delicada misión con estricta observancia del orden jurídico y, del otro, todos los procedimientos legales se presumen respetuosos de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución Nacional. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Colisión de Competencias de: 13/07/1995. Decisión: Dirime el conflicto en favor del Tribunal Superior de Neiva. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Acción Orlando Alarcón Páez, Salomón Castillo Perdomo. Delitos: Violación a la Ley 30/96. Proceso: 10604. Publicada: Sí. 86

COLISION DE COMPETENCIA / CONSULTA / JUSTICIA REGIONAL. El Código Penal y el de Procedimiento Penal eran aplicables sólo en aquellas materias no reguladas por disposiciones especiales. El principio pues de la especialidad es aquí el imperante y por tanto no había lugar a la consulta pues ésta sólo operaba en eventos de sentencias absolutorias.

En la hora de ahora, una sentencia condenatoria que no sea anticipada sería consultable. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto Colisión de Competencias de: 13/07/1995. Decisión: Atribuye conocimiento al J. 3o. de Ejecución de Penas. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Roselino Mora Roa. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10679. Publicada: Sí. 94

JUSTICIA PENAL MILITAR/ COMPETENCIA. "La actividad calificada como militar, se realiza mediante actos propios del servicio, o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando". De modo que "en estas condiciones, el militar que no adecúe su conducta al acto propio del servicio, o que no actúe en cumplimiento de órdenes superiores, o se aparte de ellas, para dedicarse a actividades particulares por su propia cuenta, estará actuando por fuera del servicio y en asuntos que no guardan relación con éste, y los hechos punibles que llegare a realizar en estas condiciones, pertenecen indudablemente a la órbita de competencia de la Justicia Ordinaria".

Para el caso de los oficiales y agentes de la Policía Nacional, lejos de quebrantarse esta regla, su estatuto vigente a la fecha de los hechos y el adelantamiento de la causa la confirma, pues el artículo 18 del Decreto 2137 de 1983 (apenas derogado por el artículo 37 de la ley 62 de agosto de 1993) disponía que serían juzgados conforme al código de Justicia Penal Militar los miembros de esa institución que "...con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo o en las circunstancias de que trata el artículo 37 de este estatuto, cometan delitos...". Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

Sentencia Casación de: 13/07/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Gerardo Antonio Pardo Guativa. Delitos: Homicidio. Proceso: 8841. Publicada: Sí. 100

PREVARICATO. Para la estructuración del prevaricato la ley no exige ningún elemento o ingrediente subjetivo especial; basta con que el autor de la conducta prevaricadora la hubiere realizado con dolo, así la investigación no haya permitido establecer cuál fue el motivo más allá de querer transgredir la normatividad que lo impulsó a delinquir. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Segunda Instancia de: 17/07/1995. Decisión: Confirma sentencia condenatoria y modifica la pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Acción: Germán Eduardo Zúñiga Pavia. Delitos: Prevaricato. Proceso: 9762. Publicada: Sí. 109

EXTRADICION / NON BIS IN IDEM. Por lo que al principio de la doble incriminación se refiere, deben distinguirse las infracciones incluidas en los Convenios Internacionales de las que quedan cobijadas exclusivamente por el trámite del Código de Procedimiento Penal Colombiano. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Extradición de: 18/07/1995. Decisión: Conceptúa favorablemente por unos delitos y desfavorable por otro. Procedencia: Gobierno. Ciudad: España. Acción: Antonio Martínez Fontaneda. Proceso: 10423. Publicada: Sí. 117

DERECHO DE DEFENSA / DEBIDO PROCESO / NULIDAD. Cuando los reparos del casacionista denuncian vicios de actividad del juez que pueden constituir irregularidades sustanciales no allanables por atentar gravemente contra derechos fundamentales como los de defensa y debido proceso, tales como la no práctica de las pruebas necesarias para adoptar la decisión cuestionada obviamente se está desconociendo la legalidad del proceso y reclamando su reposición desde una etapa muy anterior a la sentencia. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación de: 18/07/1995. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Diógenes Sosa Pedraza. Delitos: Homicidio. Proceso: 10514. Publicada: Sí. 124

LIBERTAD CONDICIONAL / FRANQUICIA PREPARATORIA. Los beneficios administrativos de permiso hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria a que se refieren los artículos 147, 148 y 149 del Código Penitenciario y Carcelario, operan únicamente en relación con condenados, es decir, cuando la sentencia haya quedado ejecutoriada. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Casación

-Libertad- de: 10/07/1995. Decisión: Se abstiene. Acción: Eloy Pereira Orozco. Proceso: 10015. Publicada: Sí. 129

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / IMPUTABILIDAD / NULIDAD.

1.-Cuando en la resolución acusatoria se dice que "debe" concurrir la agravante, se está indudablemente afirmando de forma categórica la existencia de la misma. En otros términos, al señalarse que "debe" considerarse tal o cuál cosa, se está implícitamente diciendo que esa y no otra es la manera de proceder de acuerdo con la realidad procesal y con la ley.

2.-Hoy día el proceso de juzgamiento es igual para los imputables y para los inimputables, y la diferencia viene a aparecer solamente en el momento de dictar el fallo y de imponer la sanción, como que a los primeros corresponde pena y a los segundos medidas de seguridad. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación de: 19/07/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Sixto Quibayó. Delitos: Homicidio. Proceso: 9189. Publicada: Sí. 131

APELACION. El hecho de que la providencia apelada haya sido proferida por el juez de segunda instancia del proceso, constituye motivo más que suficiente para afirmar la improcedencia del recurso de apelación, ante la consideración de que nuestro sistema procesal no admite, en ningún caso, una tercera instancia. Por lo demás el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal es bien claro al señalar que el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Recurso de Hecho de: 19/07/1995. Decisión: Declara que estuvo bien denegado el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Ramón Hely Quesada Ortíz. Delitos: Concusión. Proceso: 10652. Publicada: Sí. 137

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD / CASACION OFICIOSA

1.- Si por un lado se afirma que el proceso está viciado de nulidad, resulta absurdo pedir por el otro el cambio de tipicidad o la reducción de la pena; dicho de otra manera, demandar la disminución de la pena impuesta o el cambio de la tipicidad, implica reconocer de antemano la validez del proceso, circunstancia que lógicamente se opone a la pretensión de nulidad.

2.- La Corte tiene el deber jurídico de declarar oficiosamente las nulidades que advierta cuando va a proferir fallo de casación, y que, en consecuencia, respecto de ese deber no rige el principio de limitación del recurso (art. 228 C.P.P.); pero ello no significa de ninguna manera que detrás de dicho deber jurídico del Tribunal de casación se esconda una excepción al presupuesto procesal de la demanda en forma (art. 225 C.P.P.) ya que es de riguroso cumplimiento el que legitima a la Corporación para desatar el recurso extraordinario, aún a pesar de la distensión paulatina que el paso del tiempo y de las legislaciones han ido generando respecto de su rigor técnico. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Casación de: 24/07/1995. Decisión: Rechaza *in limine* y declara desierto. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Luis Danilo Guerrero Rodríguez. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 10519. Publicada: Sí. 140

RECURSO DE SUPLICA. Tal como está concebido en los procesos administrativo y civil el recurso de súplica sólo procede contra las decisiones interlocutorias que emitan los ponentes dentro de un asunto, impugnación que habrá de proponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se profirió la providencia, con el fin de impulsar la actuación, la cual culmina con la sentencia, pronunciamiento que sí se habrá de tomar con el concurso de los demás componentes de la Sala.

Situación distinta ocurre en la jurisdicción penal, en la cual los recursos ordinarios y extraordinarios se encuentran debidamente contemplados y por ello no hay lugar a la remisión a otras legislaciones, las decisiones interlocutorias que se emitan dentro de las actuaciones es con el consenso de los demás componentes de la Sala, cuando se trate de juez colegiado. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Unica Instancia de: 25/07/1995. Decisión: Rechaza el recurso de súplica. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Juan Guillermo Angel, Piedad Córdoba de Castro, Alvaro Benedetti, Yolima Espinosa Vera. Proceso: 9719. Publicada: Sí. 145

PERJUICIOS - Cuantia / DEMANDA DE CASACION. El artículo 221 del Código de Procedimiento Penal enseña que "Cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponda al delito o delitos".

Cabe recordar que el requisito para recurrir en casación se cumple, cuando la diferencia entre la indemnización demandada y la concretada

en la sentencia de segundo grado, es decir la parte insatisfecha, resulta igual o superior a la cuantía anteriormente mencionada.($27.400.000 a diez de mayo de 1994). Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación de: 25/07/1995. Decisión: Declara la nulidad de auto e inadmite el recurso de casación. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Ramón Rico Lizarazo. Delitos: Lesiones personales culposas Homicidio culposo. Proceso: 10561. Publicada: Sí. 150

REDENCION DE PENA / COLABORACION CON LA JUSTICIA / COMPETENCIA. Respecto a la petición para que se conceda rebaja por haber colaborado con la administración de justicia, por ser este un aspecto inherente al fallo solamente puede ser examinado al revisar la sentencia impugnada, si hubiere lugar a ello. Es un criterio jurisprudencial pacíficamente sostenido con fundamento en lo inequivocamente plasmado en la ley reguladora de la competencia restrictiva dada a la Corte con sede en casación. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación -Libertad- de: 26/07/1995. Decisión: Niega libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Pedro Nel Gaitán Moreno. Acción: Porte ilegal de armas. Homicidio. Proceso: 9256. Publicada: Sí. 155

CESACION DE PROCEDIMIENTO / COMPETENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. En esta Sede la cesación de procedimiento sólo resulta posible ante la demostración de causales objetivas (muerte del procesado, prescripción de la acción penal, etc.), propiciaría abierto desconocimiento al debido proceso al anticipar razonamientos que son propios de absolver al momento de proferir el fallo que ha de resolver la alzada extraordinaria. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación de: 26/07/1995. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Florencia. Acción: Juan Crisóstomo Almario Medina. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Hurto calificado y agravado. Porte ilegal de armas, homicidio. Proceso: 10196. Publicada: Sí. 157

JUSTICIA REGIONAL / CONEXIDAD / COMPETENCIA / UNIDAD PROCESAL. Los decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991 dieron origen a una nueva jurisdicción a la cual se le atribuyó la investigación y juzgamiento, entre otros, del homicidio cometido en sujeto pasivo cualificado, dentro de los que se incluye personal de la Policía Nacional.

Si bien en materia de competencia por razón de la conexidad la ley procesal exige que se tramiten bajo una misma cuerda los procesos pertenecientes a diferentes jurisdicciones teniendo prelación la especial, ha de entenderse que la operancia de dicho fenómeno surge por motivos de conveniencia como la economía procesal o por factores de tipo

funcional, como la unidad de sujeto activo, la comunidad probatoria, en fin, aspectos que de cualquier forma hacen conveniente que la investigación y juzgamiento se adelanten en un solo proceso.

Empero, la propia ley procesal ha previsto hipótesis en que se rompe la unidad procesal entre los ilícitos vinculados, u otras más en que por circunstancias de cualquier índole se omite considerar la conexión y como consecuencia de ello los procesos se tramitan por cuerda separada, cada cual según el factor de competencia referido a la naturaleza del hecho.

En el primer caso, señala el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, inciso final, se opera el cambio de competencia y del asunto se ocupa, hasta finalizar, el funcionario naturalmente competente. En el segundo, la omisión de la unidad no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales (art.88 inciso final del Código de Procedimiento Penal). Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación de: 26/07/1995. Decisión: Casa oficiosamente y declara nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Edgar Orlando Camelo Grillo. Delitos: Porte ilegal de armas. Homicidio. Proceso: 9167. Publicada: Sí. 159

IMPEDIMENTO / SER SOCIO. Para la Sala resulta incuestionable, como fluye del claro texto del ordinal octavo del artículo 103 del C.de P.P., modificada por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993, que la causal de impedimento o recusación allí contemplada surge para el funcionario judicial cuando él, su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro de los grados previstos en la misma, es socio de alguno de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple o de hecho; es decir, cuando cualquiera de las mencionadas personas es socia de un sujeto procesal en sociedades de personas en las que por su peculiar naturaleza nacen vínculos más estrechos entre los socios.

La causal se predica, por voluntad expresa del legislador, de las sociedades de personas mas no de las de capital, de beneficiencia, auxilio mutuo, o sin ánimo de lucro, así de estas formas de asociación emerjan estrechos sentimientos de confraternidad y compañerismo entre los asociados. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Impedimento de: 27/07/1995. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Acción: Hugo Salazar Hidrobo. Delitos: Falsedad documental. Proceso: 10605. Publicada: Sí. 170

EXTRADICION / PRUEBA. Si las pruebas reclamadas se dirigen ha acreditar ante el Estado requerido, la inocencia o irresponsabilidad de la persona solicitada en extradición y no su falta de identidad física o el incumplimiento a lo previsto en los tratados públicos que rigen la materia las pruebas solicitadas con esa finalidad serán negadas por su notoria impertinencia. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Extradición de: 28/07/1995. Decisión: Niega por impertinentes las pruebas. Procedencia: Embajada. Ciudad: Canadá. Requerido: Sabatino Nicolucci. Proceso: 10412. Publicada: Sí. 175

HABEAS CORPUS / COMPETENCIA. La petición de Habeas Corpus, le corresponde atenderla al juez del lugar donde se halla realizado el acto que se dice arbitrario, esto es, el que priva a una persona de su libertad, y no esta Corporación por tener a su disposición el proceso, la encargada de proteger por dicha vía su derecho a ser libre, ante presuntas irregularidades atribuibles a quienes le impartieron captura. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Casación de: 28/07/1995. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Acción: Henry Henao Carvaja. Delitos: Hurto. Homicidio agravado. Proceso: 9444. Publicada: Sí. 178

PENA / ACLARACION DE PROVIDENCIA. La Corte sólo está facultada para modificar la pena impuesta en la sentencia, al momento de dictar el fallo que ponga fin al recurso de casación, de llegar a prosperar la correspondiente demanda. Mientras tanto, la de segundo grado dictada por el Tribunal conserva su valor pues se presume su legalidad y acierto.

Establece el inciso segundo del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil que la aclaración de providencias procederá de oficio dentro del término de ejecutoria, o mediante el recurso de reposición. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Casación - Libertad- de: 01/08/1995. Decisión: Niega libertad y se abstiene de aclarar providencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: José Angel Aparicio Gómez. Proceso: 9872. Publicada: Sí. 183

AUDIENCIA PUBLICA / TRANSITO DE LEGISLACION / PROCESO PENAL / APELACION. El artículo 13 transitorio de esa misma obra (Decreto 2700 de 1991), previó el trámite a seguir en los procesos que ya estaban en curso en el momento de entrar a regir y señaló:

"Art.13.- Trámite de audiencia y sentencia. Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública se continuarán tramitando con base en el anterior código, sin necesidad de traslado en segunda instancia al ministerio público".

De corte similar es la ley 153 de 1887 en su artículo 40, que regula la vigencia de la ley procesal en el tiempo para las leyes concernientes a la sustanciación y al rito, en tanto establece que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Esta excepción al principio de vigencia inmediata de la ley procesal no tiene cabida tratándose de la regulación de competencias, a no ser que la nueva norma estipule algo diferente para el período de tránsito entre la disposición recién expedida y la derogada.

2.- Según Florián el proceso penal tiene un substrato de altísimo interés público: la ordenación de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de observancia de las mismas, etc., son de carácter público. Aquí no se originan derechos adquiridos; sería una herejía hablar de cuasicontratros judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo mismo el artículo 2 del C.P. no tiene paralelo en el procedimiento penal, y de aquí la vigencia de la regla indicada de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, la cual extiende también su fuerza a los procesos pendientes, procesos incoados por delitos cometidos con anterioridad a su promulgación".(Elementos de Derecho Procesal Penal).

Se tiene que la ley procesal rige, por principio, de manera inmediata afectando las actuaciones en curso, salvo en aquellos eventos excluidos por el artículo 40 de la ley 153 de 1887 y por normas particulares que en cada ordenamiento regulan el tránsito de legislación. En el caso del actual C. de P. Penal, el art. 13 transitorio definió como habrían de culminarse, en cuanto al trámite y a los sujetos intervinientes, los procesos en los cuales, para el momento de entrar a regir, ya se había iniciado audiencia pública. Y respecto de las competencias establecidas en dicho estatuto, allí se regularon las situaciones especiales que se quisieron excluir de la regla general de la vigencia inmediata o aquéllas respecto de las cuales se requería alguna claridad especial. Normas específicas de esta ley son los artículos 2, 3, 4, 9, 11, 12, 14 y 15 transitorios de Dto. 2700 de 1991.

La esencia de la norma procesal es reglamentar el método que se llama proceso. Organizar su estructura y disciplinar el ejercicio de los derechos, deberes y cargas procesales de aquéllos que intervienen en él. Si por razones de interés público se varía la organización de la judicatura y con ello se afectan las competencias y la manera como se desenvuelven los recursos, lo que interesa, en punto a la garantía de la doble instancia es que exista la posibilidad de impugnación y que ello se produzca ante funcionario imparcial, es decir, que no haya comprometido su posición. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación Discrecional de: 02/08/1995.

Decisión: No Casa. Procedencia: Juzgado 3 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Marta. Acción: Roberto Emilio Galofre Fernández. Parte Civil: Oswaldo Arias Vance. Delitos: Abuso de confianza. Proceso: 9923. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Drs. Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel. 186

APELACION. (Salvamento de Voto). Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Salvamento de Voto: Dres. Jorge Enrique Valencia Martinez-Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación Discrecional de: 02/08/1995. Acción: Roberto Emilio Galofre Fernández. Parte Civil: Oswaldo Arias Vance. Proceso: 9923. Publicada: Sí. 198

FISCAL / JUEZ / COMPETENCIA. En desarrollo del mandato constitucional, el estatuto procesal distribuyó las competencias entregando a los fiscales la misión de "investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar", ante los jueces y tribunales, a quienes otorgó la función de juzgar. A partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación. (Art.444 C.de P.P.). Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación de: 02/08/1995. Decisión: Casa parcialmente y se ordena libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Acción: Jaime Orlando Reyes Niño. Proceso: 9117. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. 202

DEMANDA DE CASACION / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / NULIDAD. (Salvamento de Voto). Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de Voto: Dr.Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación de: 02/08/1995. Proceso: 9117. Publicada: Sí. 213

SENTENCIA / PENA ACCESORIA / SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD / PERSONALIDAD.

1.-La falta de sustentación de la sentencia constituye un desconocimiento del debido proceso.

2.-No es la suspensión de la patria potestad una medida común a toda clase de delitos, como tampoco de imposición general para todo acusado, pues dentro del principio de judicialidad que la rige (art. 43 C.P.) ha de consultarse en cada caso su viabilidad y conveniencia.

3.-Tanto al instructor como al juez compete en su oportunidad cumplir con el deber de escudriñar no solamente sobre los acontecimientos

que generaron el proceso, sino además todo aspecto relacionado con antecedentes y personalidad del procesado, y dentro de ellos su condición social, estado civil, nexos y obligaciones familiares. Así, el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal al reglamentar la indagatoria, con plena claridad prevé que es deber interrogar al procesado sobre el nombre de sus hijos, requiriendo datos de su edad y ocupación; y el artículo 449, *ibidem*, autoriza el interrogatorio durante la diligencia de audiencia para determinar cuanto aún resulte importante sobre el hecho y sobre el acusado, en particular "todo aquéllo que conduzca a revelar su personalidad". Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación de: 02/08/1995. Decisión: Desestima la demanda y casa parcial en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Acción: José Ramiro García Márquez. Delitos: Homicidio. Proceso: 9188. Publicada: Sí. 219

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / COLABORACION EFICAZ

1.- La Corte ha admitido que también en la sentencia de casación es dable conceder la condena de ejecución condicional, pues como derecho que la misma es, puede ser desconocido y entonces esa violación de la ley sustantiva se permite reparar a través del citado recurso extraordinario.

2- Los beneficios por colaboración eficaz con la administración de justicia a que se refiere el artículo 44 y ss. de la Ley 81 de 1993, deben acordarse con el Fiscal General de la Nación o el Fiscal que éste designe, previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, sujetándose a la aprobación de la autoridad judicial competente. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación -Libertad- de: 02/08/1995. Decisión: Se abstiene de resolveer en cuanto a la condena de ejecución condicional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Luis Fernando Tamayo Niño, Jaime Romero Hernández, Alfonso Escobar Acosta. Delitos: Concusión. Proceso: 10205. Publicada: Sí. 226

PRUEBA / SANA CRITICA / INIMPUTABILIDAD.

1.- El recaudo de cada elemento de convicción, depende fundamentalmente de su conducencia y pertinencia; por ello, en ocasiones, se puede perfectamente omitir la práctica de una prueba si se considera que el hecho cuya demostración se pretende, ya se encuentra suficientemente probado, siendo por tanto supérfluo su ordenamiento.

2.- En lo que se relaciona con la posible inimputabilidad del procesado, es claro que no en todos los procesos se debe ordenar la prueba psiquiátrica; tampoco es imperativo hacerlo en todos los procesos en los que el sindicado haya actuado en circunstancias de alicoramiento, porque, al juez le corresponde, dentro de su sano y racional criterio, disponer tal experticia cuando cuente con indicios de una posible inimputabilidad; indicadores que pueden surgir de la existencia de problemas mentales en la familia del procesado, de la demostración de traumatismos craneales severos, o de trastornos de la personalidad del sindicado, o cuando el comportamiento delictivo o el observado en los momentos anteriores y posteriores a su realización, demuestren especiales circunstancias que hicieran advertir un posible trastorno de la personalidad del autor. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación de: 02/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Acción: Javier Villegas Muñoz. Delitos: Homicidio. Proceso: 9397. Publicada: Sí. 229

IN DUBIO PRO REO. Suponer que una cantidad de pruebas en el mismo sentido frente a otra cantidad menor genera la duda, es convertir el proceso de conocimiento en un asunto de suma de medios de prueba, ya obsoleto en el sistema probatorio. Una prueba, aún con contradicciones internas, bien pueden contener datos de veracidad que convencen al juzgador, y no hacerlo una cantidad mayor de pruebas no creíbles obrantes en autos. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación de: 03/08/1995. Decisión: Desestima la demanda y casa parcial en cuanto pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Antonio Noé Ortíz. Delitos: Homicidio. Proceso: 8838. Publicada: Sí. 235

DEMANDA DE CASACION/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. Cuando se alega error en la calificación jurídica del hecho, por fuera del *nomen iuris* correspondiente, la causal que debe invocarse es la tercera, no la primera, puesto que si el actor alega ésta y la censura prospera, la Sala no podría dictar fallo de sustitución, como lo ordena el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, sin incurrir en un nuevo error judicial denunciable por la vía de la causal segunda. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación de: 03/08/1995. Decisión: Inadmite la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Luis Eduardo León Mongui. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 10659. Publicada: Sí. 245

IRA E INTENSO DOLOR / LEGITIMA DEFENSA. La ira o el dolor son estados afectivos de la persona provocada, quien a su merced sintió o vivió un momento de emoción violenta.

Cabe observar que el exceso defensivo y la ira o intenso dolor son dos fenómenos autónomos e independientes, que no pueden converger a explicar de modo razonable el comportamiento del procesado, porque aquél supone la existencia de una agresión actual e injusta que genera un peligro inminente contra un bien jurídicamente tutelado (la vida y la integridad personal), mientras que la segunda hipótesis emerge de un agravio o de una ofensa ya consumados, que desata en el ofendido reacciones de ira o de dolor. Magistrado Ponene: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación de: 03/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Acción: José Félix Burbano Villareal. Delitos: Homicidio. Proceso: 8844. Publicada: Sí. Aclaración de Voto: Drs. Carlos Eduardo Mejía Escobar, Jorge Enrique Valencia Martínez. 250

IRA E INTENSO DOLOR / LEGITIMA DEFENSA. (Aclaración de Voto) Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Aclaracion de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación de: 03/08/1995. Proceso: 8844. Publicada: Sí. 257

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / COLISION DE COMPETENCIA. Es claro que cuando se trata de cuestiones relacionadas con la ejecución de penas y medidas de seguridad, le corresponde conocer al Juez de Ejecución de Penas del lugar donde se encuentre descontando la sanción el condenado, sin importar la jurisdicción donde se haya proferido la sentencia. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Colisión de Competencias de: 03/08/1995. Decisión: Declara competencia al Juzgado 1 Penal del Circuito de Melgar. Procedencia: Juzgado 6 de Ejecución de Penas. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Oliver Benítez Mondroñeno. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10741. Publicada: Sí. 259

RECURSO DE HECHO / ACCION DE REVISION.

1.- La finalidad del recurso de hecho no es otra que la de facultar al Superior para conceder el recurso de apelación o de casación cuando éstos han sido indebidamente denegados por el inferior. Sin embargo, el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal le exige al recurrente de hecho que dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias en la Secretaría lo sustente, explicando claramente los fundamentos legales de su inconformidad, pues de lo contrario se desechará.

2.- El artículo 197 *ibidem* establece que la providencia que decide la acción de revisión cobra ejecutoria el mismo día que es suscrita por el funcionario judicial, y al ser considerado este trámite de única instancia, es improcedente cualquier recurso que se interponga contra los

interlocutorios que se dicten en él; por lo tanto, excluye al Superior del conocimiento de las decisiones que se tomen en este trámite especial como lo es la acción de revisión. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Recurso de Hecho de: 03/08/1995. Decisión: Desecha el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Jairo Arnoldo Pérez Pimiento. Delitos: Infracción al Dto. 1188/74. Proceso: 10752. Publicada: Sí. 263

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / PORTE ILEGAL DE ARMAS. La única excepción contemplada por la norma que define la competencia de los Jueces Regionales, en relación con las conductas descritas en el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, es la que se refiere al porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento quedó en cabeza de los Juzgados del Circuito.

En tratándose de municiones o explosivos, la competencia de los Juzgados Regionales se extiende a todas las previsiones fácticas del artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, en tanto que cuando son armas de fuego de defensa personal, se excluye de su marco de competencia el simple porte.

Resulta oportuno señalar, para prevenir futuros e innecesarios conflictos de competencia, que la munición correspondiente a la carga natural, entendida como el número de cartuchos que el tambor o proveedor está en capacidad de recibir según su diseño de fábrica, se integra al concepto o noción de arma de fuego, pero la ausencia de carga en nada modifica la modalidad delictiva, ya que el artefacto es considerado arma no porque esté dotado de proyectiles, sino porque reúna las características señaladas en el artículo 6o. del Decreto 2535 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Colisión de Competencias de: 03/08/1995. Decisión: Declara competencia al Juzgado Regional de Barranquilla. Ciudad: Valledupar. Acción: Tarcisio Moreno Méndez. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. Proceso: 10565. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. 266

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS. MILITARES. (Salvamento Parcial de Voto). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Salvamento Parcial de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto Colisión de competencias de: 03/08/1995. Proceso: 10565. Publicada: Sí. 271

CONCILIACION / QUERELLA. Considerando la prevalencia del interés privado sobre el público en la comisión de aquellas infracciones de que se ocupa el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, previó el legislador dejar a la discreción de la persona ofendida la iniciación

de la respectiva acción penal, mediante formulación de su querella oportuna.

Por esa misma naturaleza del delito y la relativa levedad del daño irrogado al interés que se defiende, buscó la ley al mismo tiempo fórmulas de entendimiento encaminadas a procurar la pronta solución de los conflictos y el menor esfuerzo del aparato judicial, confiando al juez la noble y no menos trascendente función de mediador e instrumento de conciliación y paz frente a las inconformidades derivadas de un derecho ofendido. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Unica Instancia de: 04/09/1995. Decisión: Declara cumplida la conciliación y precluye instrucción. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: José Guerra de la Espriella. Delitos: Delitos contra la integridad moral. Proceso: 10290. Publicada: Sí. 273

PERITAZGO / CASACION DISCRECIONAL / TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

1.- En el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal se le otorgaban al juez las facultades de apreciación de la experticia, precisamente para obligar su entendimiento tomando en cuenta su firmeza, su precisión y la calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los expertos "y los demás elementos probatorios que obren en el proceso", lo que muy lejos de integrar un abusivo proceder gozaba de la autorización clara y precisa del precepto.

2.- En el caso de la casación discrecional, su interposición se haya limitada al Procurador, su delegado o el defensor del acusado, lo que sustrae y margina de su interposición y su sustento al tercero civilmente responsable. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación Discrecional de: 04/08/1995. Decisión: Inadmite el recurso y rechaza por falta de personería el tercero civilmente responsable. Procedencia: Juzgado Noveno Penal del Circuito. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Kerstin Rojas Hueks, José Vicente Rojas Moreno. Delitos: Lesiones personales en accidente de tránsito. Proceso: 10663. Publicada: Sí. 277

NULIDAD / IRREGULARIDAD / ACCION DE REVISION.

1.- Conforme a uno de los principios que rigen las nulidades procesales, los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento, ya sea expreso o presunto, del perjudicado con la actuación irregular.

2-. La acción de revisión, como técnicamente se le ha denominado, es un derecho que surge para cambiar una situación que ha sido considerada como verdad indiscutible en el proceso en razón a la

presunción de acierto y legalidad que acompañan las decisiones proferidas por autoridad judicial en su función de administrar justicia. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Acción de Revisión de: 08/08/1995. Decisión: Ordena revisión del proceso. Procedencia: Tribunal Superior. Acción: Martha Cecilia Montoya Valencia. Delitos: Hurto calificado. Violación al Dt. 180/88. Proceso: 8987. Publicada: Sí. 283

COLISION DE COMPETENCIA. Es claro que mientras se dirime la colisión, corresponde exclusivamente al juez que tuviere el proceso atender cualquier petición de los sujetos procesales, salvo aquéllas que en forma expresa la ley le asigne a cualquier autoridad judicial diferente (art. 101 del C. de P.P.). Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Auto Colisión de Competencia de: 08/08/1995. Decisión: Se abstiene de considerar petición. Procedencia: Juzgado 3o. Penal del Circuito. Ciudad: Pitalito. Acción: Jorge Iván Bonilla Sánchez. Proceso: 10812. Publicada: Sí. 292

ACCION CIVIL-Cuantía. La acción civil es un procedimiento anejo a la acción penal, no inexorable, pues puede ser adelantada concomitante con la acción penal o independiente a ella, porque lo que persigue es el pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados con el ilícito, que obviamente involucran el valor del bien sobre el cual recayó éste si de delitos contra el patrimonio se trata. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Acción de Revisión de: 09/08/1995. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda de revisión. Ciudad: Armenia. Acción: Marino Restrepo Murillo. Delitos: Defraudación. Proceso: 10758. Publicada: Sí. 294

REFORMATIO IN PEJUS / APELACION / SEGUNDA INSTANCIA. La competencia del Superior para decidir, de conformidad con el artículo 217 del C. de P.P., se encuentra inequívocamente aquí señalada: sin limitación alguna, si del grado de consulta se trata; únicamente los aspectos impugnados, sí fue apelada, y cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el Fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuando tuviere interés para ello, la hubieren recurrido.

De lo anterior se infiere lógicamente que el fallo de segunda instancia no tiene, en principio, poder dispositivo sobre la situación jurídica de los no recurrentes salvo, por ejemplo, que se imponga la anulación de toda la actuación o que se les deba aplicar por extensión, pues su competencia solamente alcanza a quienes, a través de ese instrumento, muestran su inconformidad con lo decidido en la primera instancia, mas no a los que, con su silencio, demuestran su aprobación con lo

resuelto. La interposición del recurso es señal evidente de que se pretende acceder a otra instancia en busca de la justicia que el inferior le negó; su no interposición, demuestra que no hay interés en que se revise por el Superior lo decidido, pues se considera justo. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Recurso de Hecho de: 09/08/1995. Decisión: Desecha el recurso de hecho y declara improcedente el recurso de casación disc. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: San José de Cúcuta. Acción: Jesús Alberto Gutiérrez Julios Delitos: Hurto. Proceso: 10745. Publicada: Sí. 303

SUBROGADO PENAL / REHABILITACION / COMPETENCIA. Según lo previsto en el artículo 523 del Código de Procedimiento Penal, las decisiones que deba adoptar el juez de penas y medidas de seguridad o el que dictó la sentencia de primera instancia conforme a lo previsto en el artículo 20 transitorio de la misma codificación, con relación a los subrogados penales y la rehabilitación, deben ser adoptadas mediante resolución interlocutoria susceptible de los recursos ordinarios, estando limitada la competencia de la Corte para conocer de ella en virtud del recurso de apelación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Segunda Instancia de: 14/08/1995. Decisión: Se abstiene de considerar petición. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Acción: Alvaro Rafael Suárez Daza. Fiscal: María Teresa Iguarán Quintero. Acción Jairo José Ruíz Romo. Delitos: Falsedad material de empleado of. En documento público. Proceso: 9785. Publicada: Sí. 308

LIBERTAD PROVISIONAL / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Si la libertad provisional busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso y la eventual ejecución del fallo, es claro que proferida sentencia condenatoria, la excarcelación por regla general pierde su razón de ser. Esto indica que excepcionalmente en sede de casación puede solicitarse y concederse la liberación provisional. De ahí que esta Corte viene reconociendo en el recurso extraordinario la libertad condicional o el cumplimiento total de la pena, pero únicamente como vías para otorgar la excarcelación (art. 55.2 de la Ley 81 de 1993). Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Auto Casación de: 15/08/1995. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Acción: Guillermo Ricardo Arciniegas Narváez. Delitos: Homicidio. Proceso: 10332. Publicada: Sí. 311

TENTATIVA DE HOMICIDIO / COLISION DE COMPETENCIA. Sostener tal propósito (tentativa de homicidio) solamente por la potencialidad del arma utilizada es, sin lugar a dudas, una exageración, ya que si bien éste es un criterio que permite deducir el querer de un sujeto en un momento determinado, también lo es, que tal posibilidad deviene

sólo frente a otras circunstancias igualmente indicativas de tal propósito. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Colisión de Competencia de: 15/08/1995. Decisión: Dirime conflicto asignándolo al Juzgado 8 Penal del Circuito. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Elber Cuéllar Daza. Delitos: Lesiones personales. Porte de armas de defensa personal. Ataque a la autoridad. Proceso: 10802. Publicada: Sí. 314

DETENCION DOMICILIARIA / TERMINO / LIBERTAD PROVISIONAL

1.- El cumplimiento de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, debe ser en la casa o habitación del acusado y no por fuera de ella.

2.- Para efectos de la excarcelación deprecada, (vencimiento de término sin celebrar audiencia) se tiene que el numeral 5o. del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 enseña que el procesado tendrá derecho al beneficio de la libertad provisional "cuando hayan transcurrido más de seis meses contados a partir de la ejecutoria de la Resolución de acusación, sin que se hubiese celebrado la correspondiente audiencia pública o se hubiere vencido el término para presentar alegatos de conclusión en el juicio, según el caso, salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual, el término se entiende ampliado hasta seis (6) meses".

"No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa, o cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuible al sindicado o a su defensor". Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Unica Instancia de: 16/08/1995. Decisión: Concede libertad. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Jorge Manzur Jattin. Delitos: Concusión. Proceso: 9579. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Drs. Carlos Eduardo Mejía Escobar, Jorge Enrique Valencia Martínez. 318

LIBERTAD PROVISIONAL / DETENCION DOMICILIARIA. (Salvamento de Voto). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Salvamento de Voto: Dres. Carlos Eduardo Mejía Escobar - Jorge Enrique Valencia Martínez.Unica Instancia de: 16/08/1995. Acción: Jorge Manzur Jattin. Proceso: 9579. Publicada: Sí. 323

SINDICADO / DEFENSOR / CASACION. El artículo 137 del Código de Procedimiento Penal establece que, para los fines de su defensa, el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación, pero que si se presentan peticiones

contradictorias entre ellos, prevalecerán las del último. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación de: 16/08/1995. Decisión: Inadmite el desistimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Acción: Nelson Alexis Bautista Villamizar. Delitos: Hurto. Proceso: 10044. Publicada: Sí. 325

PENA ACCESORIA. Si bien es cierto que las penas accesorias son consustanciales a las principales, ello de por sí no autoriza al funcionario judicial para que sobrepase los máximos fijados en la ley para la duración de este tipo de sanciones (art. 44 C.P.). Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación de: 16/08/1995. Decisión: Desestima la demanda y casa parcial para reducir interdicción de derechos y fun. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibague. Acción: Suárez Leyton y Suárez Ureña. Delitos: Lesiones personales. Homicidio. Proceso: 9055. Publicada: Sí. 327

IRREGULARIDAD / NULIDAD. No toda irregularidad que se produzca dentro del trámite procesal implica o redunda en nulidad de la actuación, pues es de su esencia tanto la sustancialidad del acto viciado como su capacidad para afectar las garantías de los sujetos procesales o implicar un desconocimiento de las bases fundamentales que estructura el debido proceso. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación de: 16/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Acción: Segundo Jaime Ruales Yela. Delitos: Homicidio. Proceso: 8938. Publicada: Sí. 336

EXTRADICION. No le corresponde a la Corte entrar a establecer si en Colombia se adelantan otros procesos adversos al solicitado, ni, por lo mismo, establecer si entre ellos y el proceso por el cual es requerido en extradición se dan motivos de conexidad.

De ninguna manera podría la Corte calificar el acierto o validez del procedimiento cumplido por el Estado requirente, ante el cual tiene el implicado la posibilidad de defenderse, ni entrar a interferir en los procesos que las autoridades nacionales tuvieran bajo su competencia. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extradición de: 17/08/1995. Decisión: Deniega pruebas y decreta de oficio otras pruebas. Requerido: Julio Cipriano Jo. Proceso: 10624. Publicada: Sí. 342

DELITOS CONEXOS / DEMANDA DE CASACION. En manera alguna el inciso segundo del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal consagra una forma autónoma de impugnación extraordinaria, al lado de la directa y de la excepcional. Lo que el precepto consiente, es la posibilidad de que el procesado juzgado por varios delitos conexos

pueda atacar la sentencia no solamente por los que cumplen las condiciones para la procedencia de la impugnación, sino también por los que no las reúnen, pero no más.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, a diferencia de los anteriores, enumera expresamente los casos de conexidad, y que dentro de las distintas hipótesis que trae no se cuenta la de varios delitos cometidos por personas distintas, que es la situación que se presenta en los llamados delitos recíprocos y también en el encubrimiento de cara al delito encubierto (art. 87 *ibidem*). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación -Reposición- de: 17/08/1995. Decisión: No repone y se abstiene de tramitar el recurso de hecho. Acción: Héctor Fabio Rosero Bermúdez, Francisco Ferney Tapasco González. Acción: Encubrimiento. Proceso: 10365. Publicada: Sí. 347

SENTENCIA. La aplicación del artículo 211 del rito procedimental penal tiene operancia en cuanto exista "error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutiva". Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Casación de: 17/08/1995. Decisión: Deniega la aclaración solicitada. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Acción: Luis Manuel Arrieta Ramos. Delitos: Homicidio. Proceso: 8821. Publicada: Sí. 351

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO / FRAUDE PROCESAL / PRESCRIPCION

1.- El uso legalmente requerido para que adquiera plena configuración el punible de falsedad en documento privado de que trata el artículo 221 del Código Penal, es aquél mediante el cual se introduce el documento en el tráfico jurídico, ya de manera judicial, mediante la aportación a un proceso, ora extrajudicialmente, pero con la ineludible intención de hacerlo valer como medio de prueba de la manifestación de voluntad de su creador.

2.- El delito de fraude procesal, "surge cuando la actividad judicial se ve entorpecida por la mendacidad de los sujetos procesales quienes gracias a la desfiguración de la verdad, consiguen que la decisión judicial sea errada y por ende, ajena a la ponderación, equidad y justicia, que es su objetivo primordial".(cas. junio 28 de 1994, M.P.Dr. Jorge Enrique Valencia M.).

"Para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cesa la lesión que por este medio se venía ocasionando

a la administración de justicia".(C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de junio de 1989, M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación de: 17/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Carmen Pérez de Cárdenas, Gladys Amparo Cárdenas Pérez, Juan Emilio Ramos Palencia. Delitos: Falsedad en documento privado. Fraude procesal. Proceso: 8968. Publicada: Sí. 354

DEMANDA DE CASACION / CAUSAL. De conformidad con el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, una demanda de casación debe reunir los siguientes requisitos formales:

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

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

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

"4o. Si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una...".

"Causal" es la expresión asignada en la ley para los motivos a través de los cuales se puede denunciar la ilegalidad de una sentencia de segunda instancia; y que en el lenguaje que se ha venido conformando en torno a esta vía extraordinaria, a cada acusación que se dirige contra la sentencia atacada se denomina cargo, reproche o censura. Por tanto es impropio denominar "causal" a lo que es cargo o censura. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación de: 17/08/1995. Decisión: Rechaza la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Carlos Arturo Bedoya Ocampo, Henry Humberto Gómez Méndez. Delitos: Acceso carnal violento.Homicidio. Proceso: 10511. Publicada: Sí. 384

RESPONSABILIDAD CIVIL / INDEMNIZACION. Cuando el origen de la responsabilidad civil extracontractual sea la comisión de un hecho punible, y la acción indemnizatoria se ejercite dentro del proceso penal, indefectiblemente la tasación de los perjuicios deberá efectuarse conforme a las reglas establecidas en el Título VI del Código Penal en concordancia con el Capítulo III del C. de Procedimiento Penal, según

las cuales los daños materiales y morales derivados del hecho punible deben ser reparados aun cuando no exista dentro del proceso base suficiente para fijarlos, en cuyo caso el juzgador estará obligado a señalar prudencialmente la respectiva indemnización. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación de: 18/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Acción Wilson Alfredo Quintana Soto. Delitos: Homicidio. Proceso: 9096. Publicada: Sí. 390

PECULADO POR APROPIACION / TRABAJADOR OFICIAL. El artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968, establece que si el Estado posee el 90% o más del capital social "se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado", de donde se deduce que en ese caso sus servidores ostenten la calidad de trabajadores oficiales. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación de: 18/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Acción: Andrés de la Rosa Fontalvo. Delitos: Falsedad. Peculado. Proceso: 8804. Publicada: Sí. 395

COLISION DE COMPETENCIA. La competencia para conocer de un determinado asunto está asignada por la ley para cada categoría jurisdiccional, y es principio general en esta materia, que las nomas procedimentales que fijen o señalen la jurisdicción y competencia, así como las que determinan lo relacionado con la ritualidad y sustanciación del proceso, son de aplicación inmediata y empiezan a regir a partir de su vigencia debiéndose aplicar a los procesos en trámite, salvo que afecten o menoscaben los derechos sustanciales de los procesados o resulten contrarios al principio de favorabilidad. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Colisión de Competencias de: 18/08/1995. Decisión: Dirime el conflicto asignando competencia al Juez Regional de Cali. Procedencia: Juzgado 2 Penal del Circuito. Ciudad: Patía El bordo. Acción: Reinerio Francu Piamba, Jairo Mauricio Redondo Ramírez. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10753. Publicada: Sí. 407

EXTORSION / CONSTREÑIMIENTO / TENTATIVA. Cuando el legislador dice: "El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero", está exigiendo una conducta con propósito definido capaz de doblegar la voluntad de una persona para hacer, tolerar u omitir aquéllo que el sujeto activo de esa conducta quiere, es decir, provecho que ha de ser necesariamente de orden económico, a juzgar por la ubicación de este tipo penal dentro de los delitos que protege el bien jurídico patrimonial de esa naturaleza.

Debe tenerse muy presente que el ingrediente subjetivo señalado en la norma (Art. 355 del C.P) lo es fundamentalmente para diferenciarla del tipo penal referido en el artículo 276 del C.P. -que vulnera también la libertad de autodeterminación o autonomía personal con el constreñimiento mediante iguales conductas-, pero con cualquiera finalidad, menos la económica. Razón para que la Corte sostenga, frente al delito de extorsión: "Si sólo se atenta contra la libertad de determinación fulminando una amenaza y no se logra el hacer, omitir o tolerar, nos encontraríamos cuando hay finalidad económica, en el terreno de la tentativa". Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación de: 23/08/1995. Decisión: Casa parcial, modifica la pena y revoca pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Acción: David Arregoces Núñez. Delitos: Extorsión. Proceso: 8864. Publicada: Sí. Salvamento de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. 413

EXTORSION. (Salvamento de Voto). Magistrado Ponente: Dr.Dídimo Páez Velandia. Salvamento de Voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación de: 23/09/1995. Proceso: 8864. Publicada: Sí. 426

CASACION. El trámite que para el efecto impone el artículo en comento (224 C. de P.P.) implica no sólo que el Tribunal ordene el traslado a los recurrentes, sino que, previo el envío del expediente a esta Corporación, verifique si todas las demandas fueron presentadas, cuando se tratare de varios recurrentes.

No obstante, de conformidad al artículo 13 de nuestra normatividad procesal penal, que consagra como norma rectora la corrección de los actos irregulares, se continuará con el trámite de este recurso, en aras del respeto y las garantías de los sujetos procesales. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Casación de: 23/08/1995. Decisión: Se declaran ajustadas las demandas y declara desierto el recurso a otro. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Acción: José Arias Sierra, Alvaro Pabón Benítez, Mauricio Ordóñez bustos, Luis Antonio Morales Moscoso, Luis Jesús Contreras Rojas. Delitos: Hurto. Secuestro. Concierto para delinquir. Homicidio. Proceso: 10477. Publicada: Sí. 428

PENA / CASACION / IRA E INTENSO DOLOR / TENTATIVA. La pena que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso de casación, es la máxima imponible al procesado, una vez hechos los aumentos o descuentos correspondientes por razón de los agravantes o atenuantes específicos que concurran en cada caso particular.

El artículo 22 del Código Penal dispone que, en casos de tentativa, el autor incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado.

A su vez, el artículo 60 *ibidem* establece que quien cometa el hecho en estado de ira e intenso dolor, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, de donde se deduce que la pena privativa de la libertad máxima imponible para el delito de homicidio simple (Art. 323), en la modalidad de tentativa y estado de ira, es de 5 años 7 meses y 15 días, *quantum* este que resulta de reducir a la mitad el máximo de 11 años y 3 meses fijado para la tentativa.

Como este monto, resulta ser inferior de seis años, que es el requerido para la procedencia del recurso de casación, se impone anular el auto del Tribunal que concedió la impugnación para, en su lugar, declararla improcedente. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación de: 23/08/1995. Decisión: Declara nulidad de auto y declara improcedente el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Jorge Tulio Borja. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 10840. Publicada: Sí. 430

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / PARENTESCO. La calidad indiscutiblemente excluyente de la lista de los vínculos agravantes del hecho punible, no permite confundir la naturaleza de los mismos, ni extender caprichosamente la cobertura agravante a todo "pariente" causante del homicidio por el solo hecho de serlo. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación de: 23/08/1995. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Inés Librada Ramos Piñeros. Delitos: Homicidio. Proceso: 8876. Publicada: Sí. 433

LIBERTAD CONDICIONAL. Es indudable que resulta inapropiado en sede de casación reclamar el otorgamiento del subrogado penal de la "libertad condicional" pues ello corresponde al Juez de Ejecución de Penas (art. 515 del C. de P.P.), una vez la sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación-Libertad- de: 23/08/1995. Decisión: Niega libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Manuel Artenio Benítez Moreno. Delitos: Extorsión. Proceso: 10780. Publicada: Sí. 438

CULPABILIDAD / PREVARICATO. El delito de prevaricato no admite las modalidades de la culpa o la preterintención; se trata de un hecho

punible eminentemente doloso. De ahí que un comportamiento que concuerde con la descripción del delito de prevaricato por omisión no es punible cuando se ha realizado en forma culposa. Magistrdo Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Unica Instancia de: 24/08/1995. Decisión: Se abstiene de iniciar investigación penal. Acción: Roberto Camacho W., Félix Samuel Ortegón. Proceso: 9905. Publicada: Sí. 441

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / CASACION / CONFESION. El acuerdo obrante en el acta respectiva, equiparada, anteriormente por la jurisprudencia y ahora también por la ley (art.37B numeral 2o., C. de P.P., 5o. de la L. 81/93) a la resolución de acusación del procedimiento normal, trasciende hacia la sentencia anticipada con fuerza concluyente y no puede ser de por sí cuestionado en sede de casación, salvo que repercuta en la validez formal de la actuación o afecte el debido proceso. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación de: 24/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Acción: Henry Orlando Narváez Burbano. Delitos: Homicidio. Proceso: 9088. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Dr. Dídimo Páez Velandia. 456

CONFESION / AUDIENCIA ESPECIAL / CASACION. (Salvamento de Voto). Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación de: 24/08/1995. Proceso: 9088. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Dr. Dídimo Páez Velandia. 465

NULIDAD / CASACION. Cuando la nulidad se aduce dentro del recurso extraordinario de casación, es evidente que ella queda restringida y regulada dentro de la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y como aquí se trata del ejercicio de un recurso extraordinario legalmente reglado en cuanto a su procedencia, fines, causales, cuantía, legitimación, oportunidad, principios, requisitos de la demanda y trámites para su presentación, forma y traslados, etc. (Cap. 3o. del Titulo IV, Libro Primero del Código de Procedimiento Penal) también forzoso admitir que su decisión haya de sujetarse a ese rigorismo según el cual (artículo 228 y 229 *ibidem*) el pronunciamiento final tendrá que contenerse en el fallo y luego de agotar las exigencias formales de ineludible cumplimiento, dentro de ellas el recaudo previo del concepto obligatorio del Ministerio Público en relación con el mérito de la demanda (artículo 226).

Lo anterior no obsta, es cierto, para que haga la Corte en este rito pronunciamientos de anulación anticipados y ajenos a la sentencia de casación, sea de modo oficioso, bien atendiendo solicitud de parte, pero en tal caso los vicios declarables tendrían que ser con exclusividad aquéllos subsiguientes al proferimiento del fallo de segunda instancia

como sucedería por vía de ejemplo si el Tribunal ha concedido un recurso extemporáneo, o reducido o pretermitido notificaciones o traslados, en cuyo caso la oportunidad de su pronunciamiento sería la misma regulada en las normas generales (artículo 305 C. de P.P.), evento claramente distinto de la ocurrencia de vicios *in procedendo* previos o concomitantes con el fallo que se acusa, y que son el objeto mismo de la decisión de fondo del recurso. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Casación de: 24/08/1995. Decisión: Deniega la nulidad propuesta. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Popayán. Acción: Rubio Gentil Espinosa Espinosa. Delitos: Hurto. Homicidio. Proceso: 9926. Publicada: Sí. 469

SANA CRITICA / CONFESION / DESJUDICIALIZACION / INDEMNIZACION

1.- El juez para cumplir con el principio de contradicción y de motivación debe contestar todos y cada uno de los argumentos de las partes, para terminar dando razones por las cuales acepta los planteamientos o porque los rechaza y es obvio que si está en desacuerdo con lo manifestado por una de las partes, deba destacar sus falencias, su alejamiento de la ley, la doctrina o la jurisprudencia, sus ilogicidades, sus incoherencias o sus contradicciones y cuando así actúa el juez está cumpliendo de manera estricta con sus deberes que es contestar y motivar sus decisiones manifestándole a las partes porque no comparte las postulaciones formuladas.

2.- Fórmulas como las de conciliación, el aumento de número de delitos querellables, la sentencia anticipada o denominada negociación de penas, la rebaja de pena por confesión y el principio de oportunidad (no existente en nuestra legislación) son claras manifestaciones de propósitos gubernamentales de desjudicialización.

3.- Si la confesión es calificada es claro que la carga investigativa para el Estado es mayor porque no solamente se debe demostrar la autoría, sino que es necesario investigar y demostrar si la causal de exculpación o atenuación de la responsabilidad efectivamente se ha dado para efectos de decretar la irresponsabilidad o la responsabilidad atenuada; situación bien diversa si se está en presencia de una confesión simple, en las que sólo se debe verificar la veracidad de la misma y en tales consecuencias la labor investigativa de los instructores se reduce de manera significativa.

4.- En relación con el tema (perjuicios) existe una amplia reglamentación legal y es así como el artículo 107 del C.P., dispone que de no existir base suficiente para evaluar el perjuicio por medio de perito, el juez prudencialmente podrá señalar una suma equivalente en gramos oro

hasta una cuantía de cuatro mil, pero la eventualidad que se comenta se debe entender en su real dimensión, es decir, cuando no existe prueba suficiente dentro del proceso que nos indique cuál ha podido ser la magnitud del daño y su consecuente evaluación.

Por su parte en el artículo 180 del C. de P.P., señala cuáles son los requisitos que debe llenar una sentencia en el numeral 8o., dispone la obligación para el sentenciador de condenar en concreto "si a ello hubiere lugar"; expresión esta última que hace relación a delitos que efectivamente hayan ocasionado un daño concreto, que el mismo pueda ser evaluado e individualizado y se pueda tomar tal determinación en beneficio de alguien en concreto. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación de: 24/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Carlos Alberto Vélez Arbeláez. Delitos: Homicidio. Proceso: 9643. Publicada: Sí. 474

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / NARCOTRAFICO

No será la sola consideración de cantidad de la sustancia hallada el factor determinante que elucide competencias, en cuanto es lógicamente comprensible que la tarea de elaborar no constituye por lo general un solo acto, ni es lo corriente que se asuman riesgos de encarcelación y decomisos, ni que se inviertan considerables sumas de dinero en el montaje de laboratorios y la compra de insumos para producir apenas unos pocos gramos o una cantidad exigua de la droga, lo que permite fácilmente llegar a que el pesaje de la sustancia en secamiento no desvanece la entidad compleja de la actividad descubierta, en cuanto apunta a la elaboración de una cantidad indefinida de sustancia vedada. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencias de: 28/08/1995. Decisión: Declara la competencia al Tribunal Nacional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Acción: Javier León duarte, Luis Guillermo Londoño, Jesús Trujillo Núñez. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10821. Publicada: Sí. 515

COLISION DE COMPETENCIA / RESOLUCION DE ACUSACION / CESACION DE PROCEDIMIENTO.

1.- En nuestro actual sistema procesal penal la resolución de acusación determina el juez de conocimiento y también el marco fáctico y jurídico dentro del cual debe éste moverse. De allí que se le considere ley del proceso mientras conserve su vigencia.

En el curso del juicio no es posible cesar procedimiento por causales distintas de las puramente objetivas, es decir, de aquellas que implica

revaloración probatoria. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Colisión de Competencias de: 28/08/1995. Decisión: Declara competencia al Juzgado Regional de Barranquilla. Procedencia: Juzgado 8 Penal del Circuito. Ciudad: Valledupar. Acción: Levis Zúñiga Angulo, Jesús Mora Guate. Delitos: Hurto calificado y agravado. Porte de armas de defensa personal. Utilización ilegal de uniformes de uso privado. Proceso: 10695. Publicada: Sí. 521

APERTURA DE INVESTIGACION. Nuestro estatuto procesal penal establece dos mecanismos a través de los cuales, válidamente, puede darse a conocer la noticia *criminis* a la administración de justicia para que se ponga en movimiento; en primer lugar, por medio de denuncia que cualquier persona formule de la comisión del hecho punible, perseguible de oficio, del que tenga conocimiento; y, en último lugar, oficiosamente, cuando, por razón de sus funciones, el empleado oficial llega a conocer de la perpetración de hecho punible que transmite, a su vez, al funcionario competente para los fines consiguientes.

Atendiendo lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) que hace remisión, en materia penal y disciplinaria, a lo preceptuado por el artículo 27-1 de la Ley 24 de 1992, en lo que toca a que no se admitirán quejas que sean anónimas o que carezcan de fundamento, no existiendo imputación concreta que averiguar, debe la Corte rechazar la denuncia presentada. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Paez Velandia. Unica Instancia de: 29/08/1995. Decisión: Rechaza la denuncia. Procedencia: Corte Supremade Justicia. Acción: Enrique Caballero Eduen. Proceso: 10608. Publicada: Sí. 526

ACUMULACION / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / AUDIENCIA ESPECIAL. El hecho de que el acta en que la fiscalía formula cargos y el procesado los admite haya sido asimilada a la resolución acusatoria, de ninguna manera subsana el vacío procesal de la etapa enjuiciatoria. Aquella equivalencia, evidentemente producirá los efectos procesales que surgen de una providencia calificatoria con respecto a los diversos fenómenos jurídicos que dependen de esa decisión, por ejemplo, como parámetro que delimita la sentencia, o para efectos de la prescripción, pero como elemento que pertenece a la etapa instructiva, no se erige en sustituto de la causa.

De esta manera, resulta manifiesta la imposibilidad de acumular un proceso normal que se encuentra en la etapa de la causa con un proceso adelantado bajo los señalados trámites especiales, porque procesalmente hablando en estos últimos no existe una causa y, entonces, el objeto de la acumulación desaparece. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Auto Segunda Instancia de: 29/08/1995. Decisión: Confirma auto.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Acción: Paulina Avila Pinto. Delitos: Peculado por apropiación. Fasedad ideólogica en documento público. Falsedad en documento privado. Enriquecimiento ilícito. Proceso: 10832. Publicada: Sí. 529

DEFENSA TECNICA / NULIDAD. El principio de la convalidación de los actos procesales irregulares tienen limitantes en las garantías constitucionales, y muy particularmente en el derecho de defensa. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación de: 30/08/1995. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio decretando nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Acción: Fernán Oswaldo Escobar Ossa. Delitos: Hurto calificado. Porte de armas de defensa personal. Homicidio agravado. Proceso: 9016. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. 535

DEFENSA TECNICA. (Salvamento de Voto). Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación de: 30/08/1995. Proceso: 9016. Publicada: Sí. 549

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / LEGALIDAD DE LA PENA. El criterio de la Sala es que la prohibición de agravar la sanción parte de la consideración de que la pena impuesta haya sido respetando el mínimo y el máximo previsto en la ley, y no aquélla que por ignorancia o arbitrariedad judicial desconoce esos parámetros, ya que en esas condiciones no podría ser objeto de protección, pues la garantía Constitucional no puede ser entendida de manera absoluta, esto es, aún a costa de la violación de la propia Constitución. Tampoco puede entenderse que la posibilidad de hacer respetar una garantía fundamental, como lo es el principio de legalidad, queda exclusivamente en manos de los sujetos procesales, obligando al Juez que conoce de una apelación a confirmar una sentencia inconstitucional, so pretexto de que no puede agravar la pena al condenado cuando es apelante único, como si este principio fuera superior al inicialmente mencionado, y como si no existiera el mandato de que "los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley". Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación de: 31/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Eusebio Montaño Reina. Delitos: Homicidio. Proceso: 8866. Publicada: Sí. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. 550

LEGALIDAD DE LA PENA. (Aclaración de Voto). Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique

Valencia Martínez. Sentencia Casación de: 31/08/1995. Proceso: 8866. Publicada: Sí. 565

INDAGATORIA / DEFENSA TECNICA / NULIDAD / CONCILIACION / REPARACION DEL DAÑO / PERJUICIOS.

1.- El artículo 360 del Código de Procedimiento Penal ordena al funcionario judicial interrogar al indagado sobre "los hechos que originaron su vinculación" y no sobre las calificaciones jurídicas que a ellos puedan darse, y que si bien esto es aconsejable para restar bases a infundados ataques de nulidad, su no referencia no disminuye las oportunidades defensivas del inculpado ni lesiona sus garantías procesales.

2.- No alegar antes de la calificación del sumario o no impugnar esa calificación, bien puede obedecer a una táctica de la defensa o a una tácita conformidad con la resolución de acusación por considerarla justa. Sería arbitrario entonces, tomar estas circunstancias como evidencias de una pretendida ausencia de defensa técnica.

3.- El artículo 38 del Código de Procedimiento Penal contempla la conciliación durante la investigación previa o durante la instrucción, únicamente para los delitos que admitan el desistimiento, entre los que no está el homicidio culposo. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación de: 31/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Jorge Ricardo Gutiérrez Escobar. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 9193. Publicada: Sí. 566

SENTENCIAS / AUTOS. Para alguien que conozca el Derecho resulta evidente que las providencias judiciales se clasifican en sentencias y autos, siendo aquéllas las que ordinariamente ponen fin a una actuación procesal con reconocimiento expreso de la culpabilidad del procesado -sentencia condenatoria- o de su inocencia -sentencia absolutoria-, sí de instancias se trata, o definen la casación o la acción de revisión; y éstas, decisiones que sí resuelven algún incidente o aspecto sustancial del proceso, se denominarán "autos interlocutorios" , para diferenciarlos de los de sustanciación que se ocupan de meros trámites o impulsos procesales. Sólo por excepción, la ley denomina "sentencia" a una decisión que en sede de casación invalida un proceso en los demás casos la determinación que en tal sentido tomen los jueces en las instancias es naturalísticamente un "auto interlocutorio", así se haya pronunciado con ocasión de la revisión de una sentencia. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación de: 31/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito

Judicial. Ciudad: San Gil. Acción: Luis Roberto Castro Murillo. Delitos: Homicidio. Proceso: 9030. Publicada: Sí. 582

VINCULACION AL PROCESO PENAL. La vinculación de una persona al proceso penal mediante indagatoria o declaración de reo ausente, no es atribución arbitraria o caprichosa del funcionario judicial, sino una medida condicionada al fundado y serio análisis de los antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación sobre la posible autoría o participación en el hecho punible, o por haber sido sorprendido en flagrante delito (Artículo 352 del C. de P.P.).

De manera que no toda persona que se vea involucrada en un episodio delictuoso tiene que ser vinculada al proceso, sino solamente aquélla en quien concurran dichas circunstancias para ser considerada como probable autora o partícipe de un delito. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación de: 31/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: San Gil. Acción: Carlos José Durán Franco. Delitos: Homicidio. Lesiones personal en accidente de tránsito. Proceso: 9063. Publicada: Sí. 591

POLICIA JUDICIAL / PRUEBA. La Sala se aparta de la Delegada en su apreciación según la cual de haberse tomado el juramento en las versiones recibidas por la Policía Judicial, éstas habrían perdido todo valor probatorio y no hubieran podido ser apreciadas por el juzgador. La razón del disentimiento radica en que si bien es cierto la Policía Judicial no estaba facultada para practicar testimonios, no por ello las importantes revelaciones de los exponentes juramentados habrían de perder su innegable valor indiciario, en la medida en que los demás medios de prueba confirmasen su veracidad. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación de: 31/08/1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Carlos Arturo Herrera Enciso. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 8566. Publicada: Sí. 601

LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE
«GACETA JUDICIAL, SEGUNDO SEMESTRE VOLUMEN 1»
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN FEBRERO DE 1998.

IVSTITIA ET LITTERAE